REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCII • Noviembre-Diciembre • Núm. 758

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 XCII • Noviembre-Diciembre 2016 • Núm. 758

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*

DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «La transmisión *mortis causa* e *inter vivos* de la cualidad del socio en la sociedad civil» / *The mortis transmission causes And living qualities of partner*..... 3063

ESTÉVEZ ABELEIRA, Teresa: «El pacto de mejora como negocio jurídico *mortis causa*» / *Succession agreements in Galicia. The Pacto de Mejora as a legal transaction* mortis causa 3113

VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Aceptación y repudiación de la herencia tras la Ley de Jurisdicción Voluntaria» / *Acceptance and rejection of inheritance after Voluntary Jurisdiction Law*..... 3143

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

DEL REY BARBA, Sebastián: «¿Es posible el arbitraje hipotecario?» / *It's possible the mortgage arbitration?*..... 3177

QUESADA PÁEZ, Abigail: «La dación en pago frente al mecanismo de segunda oportunidad» / *Surrender in lieu of payment vs. the debt discharge mechanism* 3193

DERECHO COMPARADO / *COMPARATIVE LAW*

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta: «Estatuto jurídico de la cotitularidad en Cuba. Una visión desde el Código Civil cubano» / *Legal status of joint-title deeds in Cuba. A view from the Cuban Civil Code* 3211

Págs.

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..... 3255

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la acción de impugnación de la misma» / *Complacency recognition of paternity. Exercise challenge action*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 3341

1.2. Derecho de familia:

— «La 'revitalización' de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (y II)» / *«The 'renovations' of the guard of fact gives after the Law 26/2015, 28 july of modification of the protection system to the infancy and to the adolescence (and II)*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 3363

1.3. Derechos reales:

— «La protección registral del tercero hipotecario en el ámbito penal» / *The Land Registry protection of the third party in the criminal area,* por Antonio J. VELA SÁNCHEZ 3388

1.4. Sucesiones:

— «Consideraciones sobre la pensión compensatoria y su continuidad tras el fallecimiento del deudor: la pervivencia de la deuda y los herederos como deudores» / *Considerations about the maintenance payments and their continuity after the debtor's death: the debt and the legal heirs*, por José Luis GONZÁLEZ VICENTE.. 3418

Págs.

1.5. Obligaciones y Contratos:

— «Criterio sobre el cómputo de la caducidad de la acción de vicio en el consentimiento recaído sobre productos bancarios o de inversión establecido en las SSTS de 12 de enero de 2015, de 7 de julio de 2015, de 16 de septiembre de 2015, así como en el resto de jurisprudencia dictada» / *Case law criterion on the counting of the limitation period for an action of mistake in the formation of a banking or investment contract established in the judgments of the Supreme Court rendered on January 12th 2015, July 7th 2015, September 16th 2015 and other case law*, por Héctor Daniel MARÍN NARROS..... 3439

1.6. Responsabilidad civil:

— «Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental» / *Non-pecuniary loss caused by paternity fraud and parental responsibility*, por Isabel ESPÍN ALBA 3461

1.7. Concursal:

— «La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario. Análisis de las reformas operadas por la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales» / *Suspension of the eviction of mortgagors. Examination of the reforms introduced by Law 25/2015 on the second-chance mechanism, and the recent caselaw of the Courts*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 3483

2. MERCANTIL:

— «Fiducia *cum amico*, compraventa de acciones e inaplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil» / *Fiducia Cum Amico, Share Purchases and Non-application of Article 1306 of the Civil Code*, por Francisco REDONDO TRIGO 3501

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

— «La fecha de terminación de la obra antigua y su acreditación mediante certificación expedida por técnico competente» / *The date of completion of the old construction*

Págs.

and its accreditation certificate issued by a competent technician, por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN.... 3519

4. DERECHO BANCARIO:

— «Las clausulas suelo: ¿discrepancia jurisprudencial entre TS y TJUE por la devolución íntegra de las cantidades pagadas por el consumidor?» / *A jurisprudential discrepancy between the Spanish Supreme Court and the Court of Justice of the European Union on the full refund of the quantities paid by the consumer?*, por Federico ADAN DOMÉNECH 3532

ACTUALIDAD JURÍDICA / *LEGAL NEWS*

Información de actividades 3563

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

«Nuevo Tratado de fundaciones», de R. de Lorenzo García, J. L. Piñar Mañas e I. Peñalosa Esteban (dirs.), por Juan-Cruz ALLI TURRILLAS 3573

«Fundamentos de derecho privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina», de RICARDO LUIS LORENZETTI, por Rosa ADELA LEONSEGUI GUILLOT 3578

ESTUDIOS

La transmisión *mortis causa* e *inter vivos* de la cualidad de socio en la sociedad civil

The mortis transmission causes And living qualities of partner

por

JUAN FAUSTINO DOMÍNGUEZ REYES

Doctor en Derecho

RESUMEN: Las sociedades civiles parten de la tradición histórica de que una vez fallecido uno de los socios se extingue, salvo pacto en contrario. Nuestro Código Civil regula dos supuestos de continuidad: el denominado pacto de continuidad de los socios sobrevivientes, y el pacto de continuidad de los herederos del socio fallecido. De la lectura del artículo 1696 del Código Civil se deduce la posibilidad de que un socio pueda transmitir su condición a un tercero a través de una cesión de contrato.

ABSTRACT: The civil societies depart from the historical tradition from that: once expired one of the partners becomes extinct, except agreement to the contrary. Our Civil Code regulates two suppositions of continuity: the agreement called of continuity of the surviving partners, and the agreement of continuity of the inheritors of the deceased partner. Of the reading of the article 1696 of the Civil Code there is deduced the possibility that a partner could transmit his condition of partner to a third party across a transfer of contract.

PALABRAS CLAVES: Sociedades. Socios. Transmisión. Cesión de contrato.

KEY WORDS: Societies. Partners. Transmission. Transfer of contract.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 1704 DEL CÓDIGO CIVIL: LOS PACTOS DE TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA CONDICIÓN DE SOCIO: 1. La continuidad entre los socios sobrevivientes. 2. Liquidación y pago de la cuota de participación. 3. La responsabilidad de los herederos.—III. EL ARTÍCULO 1704, PÁRRAFO 2.º DEL CÓDIGO CIVIL: LA CONTINUIDAD POR LOS HEREDEROS. 1. La designación individual: Artículo 1056 del Código Civil. 2. La pluralidad de herederos.—IV. EL ARTÍCULO 1696 DEL CÓDIGO CIVIL: LA TRANSMISIÓN DE LA CUALIDAD DE SOCIO. 1. La cesión de contrato: Previo. 2. Concepto y naturaleza jurídica. *A) Concepto. B) Naturaleza jurídica*. 3. Las relaciones entre los sujetos de la cesión. *A) La relación del cedente y del cesionario. B) La relación del cesionario y del cedido*. 4. *Intuitu personae*.—V. ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 132 DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL.

I. INTRODUCCIÓN

La regla general es que: la sociedad se disuelve por fallecimiento de uno de los socios, salvo pacto en contrario. Pero el artículo 1704 del Código Civil prevé dos excepciones: una el pacto de continuidad con el resto de los socios sobrevivientes (art. 1704-1.º del Código Civil); otra, el pacto de continuidad por los herederos del socio fallecido (art. 1704-2.º del Código Civil). Esta posibilidad que arbitra la cláusula de continuidad de los socios y herederos, en mi opinión, no es la que designa el sucesor, sino es la manifestación de la voluntad de los constituyentes de que, una vez fallecido uno de los socios, no opere la disolución de la sociedad, sino la continuidad de la empresa a través del fenómeno sucesorio. Este criterio con base en el principio de conservación de la empresa ha sido recogido en casi todas las legislaciones de nuestro entorno cultural.

De acuerdo con lo expuesto el testador puede ejercer el artículo 1056-1.º del Código Civil, efectuando la partición de sus bienes por actos entre vivos o por causa de muerte o, acudiendo al artículo 1056-2.º del mismo cuerpo legal, que autoriza al testador para realizar la partición de sus bienes en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia.

El artículo 1696 del Código Civil regula por un lado la subparticipación (posibilidad de que un socio se asocie con un tercero) y, por otro, la transmisión de un socio (el asociado no puede ingresar en la sociedad, salvo consentimiento de los demás socios), dentro de esta segunda categoría, se deduce del mencionado

artículo 1696 la posibilidad de transmitir la cualidad de un socio, cuestión que, por otro lado, se discute en la doctrina cómo se ha de transmitir la mencionada cualidad de un socio a un tercero. Un importante sector de la doctrina apuesta que debe ser a través de una cesión de contrato.

La figura jurídica de la cesión de contrato no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que ha sido calificada de compleja y, en algunos casos, de excepcional, pero al amparo de lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil es posible convenir una cesión unitaria o, como la define GARCÍA AMIGO «La cesión de contrato es un negocio jurídico unitario que se caracteriza como un contrato innominado y consensual, obligatorio y plurilateral, cuya finalidad es transmitir a un tercero la relación contractual».

Cabe la posibilidad, en el supuesto del artículo 1698 del Código Civil, cuando un socio actúa sin poder de representación queda obligado ante el acreedor y no la sociedad como ente. En este caso, si cede su cualidad de socio a un tercero, en la cesión se deberá pactar conjuntamente una cesión de crédito o una asunción de deuda que deberá consentir el cedido.

II. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 1704, PÁRRAFO 1.º DEL CÓDIGO CIVIL: LOS PACTOS DE TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA CONDICIÓN DE SOCIO

Dispone el artículo 1704, párrafo 1.º del Código Civil: «Es válido el pacto de que, en caso de morir uno de los socios, continúa la sociedad entre los que sobreviven. En este caso el heredero del que haya fallecido solo tendrá derecho a que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante, y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de los hechos antes de aquel día […]»[1]. Precepto que tiene su antecedente legislativo en el artículo 1597 del Proyecto de Código Civil de 1851[2], que tomó como referencia el artículo 1868 del Código Civil francés, que dispone: «Si ha sido estipulado que, en caso de muerte de uno de los asociados, la sociedad continuará con su heredero, o solamente entre los socios sobrevivientes, estas disposiciones serán respetadas; en el segundo caso, el heredero del fallecido no tiene derecho más que a la partición de la sociedad, en atención a la situación de esta sociedad en el momento del fallecimiento, y no participa de los derechos ulteriores más que en tanto sean una continuación necesaria de lo que se había hecho antes de la muerte del asociado al cual se sucede»[3]. Según este precepto de aplicación a las sociedades civiles, colectivas, comanditarias y de responsabilidad limitada, en nuestro Derecho el pacto es similar al artículo 1704 del Código Civil y de aplicación a las sociedades civiles, colectivas y comanditarias (art. 222-1.º)[4]. No obstante, por la identidad de los artículos 1868 y 1704, ello originó una modificación en nuestro Derecho

de Partidas (P. 5.ª, tít. 10.º, Ley 1.ª; p. 5.ª, tít. 10.º, Ley 10.ª) en relación con su procedente histórico (D. 17,50,2) sobre la continuidad de los pactos (D. 17,2,9,60) sobre la disolución de la sociedad por muerte de un socio.

La legislación francesa fue la que inició la codificación europea, recogiendo los principios de Derecho romano en donde la sociedad supone un contrato de orden interno y confianza mutua. Codificación que se extendió por los países europeos, pero no por igual[5].

En nuestro Derecho de Partidas se le atribuye a la sociedad el lucro o ganancia, tanto si se trata de sociedades civiles o comerciales. Así, la p. 3.ª, tít. 18.º, Ley 78.º, expresa como ha de ser constituida una sociedad: *Compañías hacen los hombres unos con otros para ganar algo de consumo, e la carta de la compañía debe ser hecha en esta guisa*.[6] A su vez la p. 5.ª, tít. 10.º, Proemio: *«Compañía que haciendo los mercaderes e los otros hombres entre sí para poder ganar algo más de ligero, ayuntando su haber en uno […]»,* concretamente la p. 5.ª, tít. 10.º, Ley 10.ª, declara por qué razones se desata la compañía después que es hecha: *«Desátese la compañía en muchas maneras; e primeramente por la muerte natural de alguno e los compañeros. Pues aunque sean muchos, deshácese la compañía por la muerte del uno, salvo si cuando la firmaron pusieron pleito entre sí que aunque muriese alguno de ellos, que los otros fincasen en la compañía […]»*. Todo ello resulta como procedente histórico del vigente artículo 1704 del Código Civil.

En 1829 se publicó nuestro primer Código de Comercio, y en él se recogió la separación de las sociedades civiles y mercantiles, la primera fue regulada por primera vez en el Proyecto de 1851 (arts. 1564 a 1601), de clara influencia francesa, por lo que su regulación se apartó del Derecho de Partidas. El vigente Código Civil (arts. 1665 a 1708) reproduce literalmente, salvo pequeñas modificaciones el repetido Proyecto de 1851.

Siguiendo una interpretación literal del artículo 1704-1.º del Código Civil apreciamos que, en efecto, el fallecimiento de uno de los socios conlleva la disolución de la sociedad (art. 1700-3.º del Código Civil), por su carácter *intuitu personae*[7] del contrato, salvo que se haya pactado la continuidad de la sociedad entre los socios sobrevivientes (cláusula de continuación), satisfaciendo a los herederos del socio fallecido el valor de la participación social, mediante liquidación con efectos desde el fallecimiento del causante, no desde el día de la liquidación o el de interposición de la demanda, sino del fallecimiento del socio, según reconoció STS 18 de diciembre de 1970 *(RJ* 1970, 5598). Así que, en el momento del óbito opera la extinción de la sociedad y los herederos del causante representan el interés de este ante la sociedad disuelta. Como escribe CAPILLA RONCERO[8] la intransmisibilidad *mortis causa* a la que se enfrenta el artículo 1704-1.º, es una consecuencia del principio *intuitu personae* y, por tanto, conlleva la disolución de la sociedad, salvo que exista un pacto de continuidad o de sobrevivencia de los socios. Ciertamente el artículo 1704-1.º declara que en el supuesto de no existir

pacto de continuidad, los herederos no participaran de los derechos y obligaciones ulteriores, salvo aquellas operaciones contraídas por hechos anteriores cuya responsabilidad queda subordinada a la aceptación de la herencia.

Por último, señalar que conforme a lo dispuesto en el repetido artículo 1704 estamos en presencia de dos supuesto: uno, pacto de continuidad entre los socios sobrevivientes (art. 1704-1.º); otro, pacto de continuidad de los herederos (art. 1704-2.º), además de la transmisión de la cualidad del socio (art. 1696). En este caso MARTÍNEZ VELENCOSO[9] comenta que la condición de socio no forma parte de la herencia, pues el fallecimiento del socio no es transmisible *mortis causa* por proteger los intereses de los demás socios, y por la posible responsabilidad personal e ilimitada. Es necesario, añade, que con carácter previo se disuelva la sociedad por el resto de los socios o por los herederos del fallecido. En opinión del profesor GIRÓN TENA[10], la transmisión de la cualidad del socio es excepcional (respecto de extraños, pero no de familiares o colaboradores) y compleja (pues supone la transmisión de una relación jurídica), en todo caso, añade, la posibilidad de la transmisión ha de construirse expresamente porque el principio general es contrario a la transmisibilidad de la condición de socio (art. 143 del C.Com. y 1696 del Código Civil); no obstante, GIRÓN TENA[11], estima que el fallecimiento de un socio no es un acto de extinción, sino de apertura del periodo de liquidación. Tendremos ocasión de volver más ampliamente sobre este particular.

1. La continuidad entre los socios sobrevivientes

Una vez fallecido uno de los socios para que se produzca la continuidad de los sobrevivientes ha de existir un pacto en tal sentido. La cuestión es si dicho pacto ha de ser expreso o cabe la posibilidad de un pacto tácito. En todo caso, lo que debe concurrir es un asentimiento expreso de todos los sobrevivientes, sin perjuicio de si cabe una mayoría cualificada o la posible continuidad de la sociedad tras la muerte de un socio sin que exista pacto alguno.

En opinión de CAPILLA RONCERO[12] la cláusula de continuidad tanto si afecta a los asociados sobrevivientes, como a los herederos del fallecido, debe existir con carácter previo al hecho causante. Así, ocurrió en el Derecho romano (D.17, 2, 65, 9), y que posteriormente recogió el artículo 1868 del Código Civil francés, que también asumió el artículo 1597 del Proyecto de Código Civil de 1851, de análoga redacción al vigente artículo 1704 del Código Civil. Por otro lado la denominada «cláusula de continuidad», no afecta a lo dispuesto en el artículo 1271-2.º del Código Civil; ya que, dicho precepto establece: «Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particulares, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056». Es decir, el artículo

1271-2.º del Código Civil niega toda validez a la herencia futura, salvo que, en aplicación del artículo 1056-1.º del mismo cuerpo legal, el testador hiciere por actos entre vivos o por última voluntad la partición de sus bienes[13]. Así, lo entiende la STS de 23 de febrero de 1999 *(AC* 1999, 577), cuando dice: «el hecho de que el reparto del acervo patrimonial del testador se instrumente por un acto *inter vivos* no le confiere cariz contractual, ni la imbuye de una fuerza vinculante frente al de *cuis*. Cualquier tipo de partición es complemento o corolario de una transmisión *mortis causa*. Solo puede producirse efectos distributivos-traslativos como resultado del fallecimiento del causante. Ya proclamaron elocuentemente las fuentes que *viventus non datur hereditatis*. No se puede adquirir *mortis causa* de una persona viva. Es preciso, para ello, esperar a su óbito. La consecuencia es clara: en cualquier momento puede el que repartió cambiar de destinatario, otorgar nuevo testamento, cambiar de destinatario de sus generalidades […] y consecuentemente invalidar la partición que, en situación de pendencia hasta que sobrevenga la defunción del testador, estará siempre amenazada de un cambio de voluntad del titular patrimonial y que solo se considerará definitivamente cuando sobrevenga su muerte. Repetidas sentencias de esta Sala corroboran esta tesis. SSTS de 9 de junio de 1903, 6 de marzo de 1917 y 9 de julio de 1940».

No cabe duda, escribe GIRÓN TENA[14] que la literalidad de los artículos 222-1.º del C.Com. y el 1704-1.º del Código Civil es la de fijar el contenido del pacto de continuidad de los socios sobrevivientes o, como señala CANO[15], la solución eficaz y justa para los problemas del artículo 1704 del Código Civil es que a *priori* sean recogidos en la escritura de constitución, aunque la disposición no es imprescindible. Cuestión que, por otro lado, puede tomar la forma de «cláusula facultativa de continuidad» que supone no adoptar dicho acuerdo en el momento de la fundación de la sociedad, sino en el momento del óbito y por acuerdo unánime[16]; cláusula que, en principio, puede resultar plausible ante aquellos supuestos en que no es necesaria la participación de los herederos en la decisión de la repetida continuidad entre los sobrevivientes.

No compartimos dicha postura, pues supone una exclusión anticipada de los herederos para lo que está prevista la cláusula tontina[17]. Creemos, no obstante, que la cláusula de continuidad entre los socios sobrevivientes debe constar en el contrato fundacional y de producirse el hecho previsto esta opera *ope legis* entre los asociados y por acuerdo unánime y, con ello, liquidar al heredero o los herederos del fallecido de su parte en el haber social. En este sentido es de una claridad meridiana lo dispuesto en el artículo 1704.1.º del Código Civil cuando dispone que la liquidación habrá de practicarse tomando como referencia el día del fallecimiento del causante, no participando de los derechos y obligaciones posteriores, sino en cuanto sean consecuencia de hechos anteriores de aquel día.

El pacto que permite la continuidad de los socios sobrevivientes o a los herederos no es indispensable que conste en el contrato, pero sí conveniente[18]. Así que, no existiendo pacto de continuidad, ni ha sido solicitada la disolución

por los socios sobrevivientes, sino, por el contrario, ha habido una continuidad social, se entiende que existe un pacto tácito de persistencia jurídica. La STS de 21 de junio de 1998 *(RJ* 1998, 4906), se pronunció en dichos términos: «La continuidad de la vida de las sociedades mercantiles no inscritas puede operar, además de la previsión constitutiva de permanecer con los herederos del socio difunto o por mediar pacto expreso entre los socios sobrevivientes, también en forma tácita, con lo que no se trata de una resurrección de la sociedad, como da a entender la sentencia recurrida, sino de su persistencia jurídica y continuidad comercial como sociedad de hecho entre los tres hermanos […], lo que aquí procede, en base a que no consta se hubiera celebrado nuevo pacto social, sin perjuicio de que por inercia o conveniencia se siguió respetando el originario».

CAPILLA RONCERO[19], abordando el tema, estima que la muerte de un socio hace que la sociedad entre en liquidación, pero si los socios sobrevivientes o herederos del socio fallecido manifiestan su voluntad de parar el procedimiento liquidatario se produce la continuidad de la sociedad. La STS de 21 de septiembre de 1907, resolvió en parte con lo expuesto en el fallo siguiente: «Que las disposiciones invocadas al establecer que las compañías colectivas terminarán por la muerte de uno de los socios no son tan absolutos que impliquen *ipso facto* por ministerio de la ley la extinción de la sociedad y menos que sean obstáculo a que los en ella interesados continúen por mutuo consentimiento las operaciones a que venía dedicada, por cuya razón la sociedad continuó funcionando legalmente, después del fallecimiento del socio, con el consentimiento de sus herederos y de los demás asociados».

A lo expuesto se añade un problema más que consiste en la personalidad jurídica de la sociedad civil, es decir, ha quedado en su versión originaria: «publicidad de hecho». En efecto, existe unanimidad en la doctrina[20] que la mencionada publicidad de las sociedades civiles es de hecho. Esto es, «consiste en el hecho de que en el tráfico se conozca la existencia de la sociedad, lo cual normalmente se conseguirá por la constante reiteración por parte de los socios de que contratan por cuenta de la sociedad cuando entablan relaciones con terceros». Pero, como decimos, quedó la versión anterior a partir de la STS de 24 de febrero de 2000, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta. *(RJ* 2000, 28888), en la que derogó la Disposición Adicional Única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (*BOE* núm. 233, de 29 de septiembre), por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario. Declara el Fundamento Jurídico Noveno de la mencionada resolución: «del mismo modo el carácter potestativo que parece inferirse de la expresión «podrá» utilizada para el artículo 83-3.º del Reglamento Registro Mercantil, hace que tanto el artículo 81-3.º como el 269-bis del Reglamento Registro Mercantil en la redacción que da la Disposición Adicional Única del Real Decreto objeto de recurso sean contrarios al artículo 19 del Código de Comercio. Si, por el contrario, se entendiese que la fórmula no es protestativa y que, por tanto, la

inscripción es obligatoria, se estaría ante el defecto ya asumido en el informe del Consejo de Estado de interferir en la regulación de las sociedades civiles reservadas al Código Civil y, en consecuencia, estaríamos ante idéntica infracción del principio de jerarquía normativa, razones por lo que la disposición debe ser considerada nula en los puntos objeto de impugnación»[21].

El mencionado Real Decreto 1867/1998, incorporó en su Disposición Adicional Única el artículo 81-3.º que declaraba la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Mercantil, entre otras, la sociedad civil, cualquiera que sea su objeto, aunque no tenga forma mercantil, y el artículo 269-bis que estableció el contenido de la hoja registral, tanto para la sociedad civil en su forma mercantil o, sin dicha forma. Para MASIDE MIRANDA[22] la reforma operada recogió el sentir de las resoluciones de la DGRN de 31 de marzo de 1997 *(AC* 1997, 122) y 11 de diciembre de 1997 *(RJ* 1997, 8822), como el reconocimiento de la inscripción de las sociedades civiles. Así que, los efectos internos de dichas sociedades se regirán por los artículos 1667 y 1668 del Código Civil (principio de libertad de forma), y los efectos externos que abarca a la titularidad de los derechos, obligaciones y cargas frente a terceros. Por tanto, la sociedad civil conforme a lo dispuesto en los artículos 35-2.º, 36 y 1669 en sentido contrario tiene personalidad jurídica, salvo que los pactos se mantengan en secreto o que un socio contrate con terceros[23].

En consecuencia, la sociedad civil sigue siendo conforme a lo dispuesto en los artículos 1665 y 1669 del Código Civil una entidad creada por medio de un contrato, entre dos o más personas que ponen en común bienes, dinero o industrias, con la intención de obtener ganancias, que tiene personalidad jurídica, pero carece de ella si el contrato permanece en secreto entre las partes o, que cada uno de los socios contrate en su propio nombre con terceros. En este caso la sociedad se regirá por las normas relativas a la comunidad de bienes (art. 392 y sigs. del Código Civil)[24]. En este sentido TENA PIAZUELO[25] estima que a pesar de la remisión del artículo 1669 al artículo 392, ambos del Código Civil, no transforma la sociedad en una comunidad, sino cumpliendo el supuesto del mencionado artículo 1669-2.º las relaciones externas se regirán por las reglas de la comunidad. Así, citando la STS de 21 de junio de 1990 *(RJ* 1990, 4860), que señala «la identificación entre comunidad de bienes y sociedad irregular, en los términos del artículo 1669-2.º del Código Civil está limitada al régimen jurídico de aquella última, de tal modo que no toda sociedad irregular implica una comunidad bienes»[26]. Para PAZ-ARES[27] la distinción entre sociedad y comunidad es problemática en donde ambas coexisten, en este sentido la STS de 21 de junio de 1990 *(RJ* 1990, 4860), destacó que: «no es que la sociedad se rige por las normas de la comunidad donde una sociedad irregular interna se identifica con una comunidad, sino que las normas de la comunidad regulan el fondo común de la sociedad; en opinión de MIQUEL GONZÁLEZ[28] «una interpretación adecuada del artículo 1669 nos debe de llevar a la aplicación tanto de las normas de la comunidad como las normas de la sociedad», si el repetido

artículo 1669 se remite al artículo 392 cuando las normas de la sociedad no han sido conocidas «es evidente que a las relaciones entre los socios que nada tengan que ver con este tema se deba aplicar la regulación de la sociedad». Para otro sector de la doctrina[29] estima que el problema de irregularidad de las sociedades civiles no está en la inscripción en el Registro Mercantil, pues no están obligadas dichas sociedades al cumplimiento del requisito formal (inscripción) en el registro público (arts. 1667 y 1669 del Código Civil). En el sentir de dicha doctrina[30] «si el socio no actúa en nombre de la sociedad, sino en nombre propio, ocultando su condición de socio, existe una sociedad interna, pero no una sociedad irregular». Sin embargo, la jurisprudencia del Alto Tribunal sigue usando la locución «sociedad irregular», como es el caso de la STS de 11 de octubre de 1990 *(RJ* 1990, 7857) que dice: «al estar las sociedades irregulares carentes de personalidad jurídica, por permanecer sus pactos secretos entre los socios, tal como establece el artículo 1669, se rigen en cuanto a terceros por las normas de la comunidad» *(vid*. las SSTS de 26 de junio de 1975 *[RJ* 1975, 2616], 22 de julio de 1993 *[RJ* 1993, 6274] y 10 de julio de 1995 [1995, 5555]).

Desde mi punto de vista el problema es de difícil solución. La sociedad es un contrato, así reza en los artículos 1665 del Código Civil y 116 del C. Com., cuyo origen está en la sociedad romana: *non est societas sine communione:* no hay sociedad sin comunidad[31]. El legislador redactó el mencionado artículo 1665 tomando la máxima romana: «la sociedad es una comunidad» en su aspecto interno, pues el externo no existió en dicha época. El artículo 1669 le otorga a dicha sociedad una personalidad de hecho, que queda excluida cuando un socio contrata en nombre propio con terceros y, en dicho supuesto, la sociedad se regirá por las normas de la comunidad. No quiere esto decir que la sociedad sea una comunidad o viceversa, pues ambas figuras jurídicas son diferentes e incompatibles[32], sino de *lege data* ante un incumplimiento del socio el aspecto interno de la sociedad se rige por el contrato fundacional, y en el aspecto externo por las reglas de la comunidad y, todo ello, se ha venido denominado erróneamente «sociedad irregular». A mi juicio ante el supuesto del artículo 1669 del Código Civil el capital social se divide en tantas partes como socios componen la sociedad (comunidad pro diviso, artículo 392 y sigs. del Código Civil), procediendo el tercero acreedor contra la cuota proporcional del socio negligente. Luego no existe una transformación de una sociedad en una comunidad, sino a los efectos de la deuda contraída el socio responde (en el supuesto del repetido artículo 1669) con su cuota de beneficios o con su cuota de participación.

2. Liquidación y pago de la cuota de participación

El artículo 1704 del Código Civil contempla la validez del pacto de sobrevivencia (cláusula de continuidad) en la sociedad civil. Dicho precepto otorga al

heredero o los herederos del fallecido el derecho a la partición tomando como fecha la muerte del socio, así como a no participar en los derechos y obligaciones ulteriores, pero sí en cuanto sean consecuencia de un hecho anterior.

Por otro lado, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1708, último artículo del título octavo, capítulo tercero: De los modos de extinguirse la sociedad. Precepto que a *lege data* trata de la liquidación o, como lo denomina el artículo 1704 «la partición», como así reconoció la STS de 28 de abril de 1998 *(RJ* 1998, 3263) cuando dice: «partiendo, pues, de la aceptada disolución de la sociedad, debe procederse a la liquidación de la misma, como disponen los artículos mencionados del C. Com. coincidiendo en este esencial extremo con el artículo 1708 del Código Civil que llamó «partición» a la «liquidación»». Por tanto, hay una remisión a las normas del Derecho de Sucesiones, partición de la herencia, en cuanto se pueden adaptar a los efectos de liquidar la cuota de participación del socio fallecido. Es decir, no como una herencia, sino como beneficios, bienes o derechos que en su conjunto forman la cuota pro indivisa, salvo que el causante disponga lo contrario.

La jurisprudencia ha sido clara en cuanto al desarrollo de los artículos relativos a la liquidación, así tenemos la STS de 13 de noviembre de 1995 *(AC* 1996, 101), que dice: «Ha de entenderse el contrato de 1 de julio de 1984, que rige la relación societaria civil de referencia y en el mismo no se pactó nada al reparto, por lo que la Sala sentenciadora entendió, a falta de convenio expreso, que los participaciones eran iguales y conforme a ello debía de distribuirse el patrimonio social […], que iguala las porciones correspondientes a los partícipes, dada la remisión que hace el artículo 1669 al tratarse de sociedad interna».

No hay duda en la doctrina[33] que el fallecimiento de un socio es causa de disolución de la sociedad, supuesto contemplado en el artículo 1700-3.º, que, como ha puesto de relieve DIÉGUEZ OLIVA[34], es una causa natural de disolución del contrato de sociedad. Pero desde mi punto de vista el artículo 1704 supone una excepción a la regla general de los modos de extinguir la sociedad a través de dos pactos: a) pacto de continuidad entre el resto de los socios (cláusula de los socios sobrevivientes); b) pacto de continuidad por los herederos del socio fallecido (cláusula de continuidad entre los herederos).

El fondo común, como lo expresa el artículo 1665 del Código Civil, u objeto mediato, como señala CASTÁN TOBEÑAS[35], garantía divisible entre los partícipes que no debe señalar diferencia entre la sociedad civil y la mercantil. La necesidad del fondo común en la sociedad es lo que, generalmente, se denomina «patrimonio social»[36] de ahí que se sostenga que sin dicho fondo no existe sociedad. La STS de 8 de mayo de 1968 *(RJ* 1968, 2335), confirma que, en efecto: «uno de los elementos esenciales y específicos de la sociedad es la constitución de un fondo común con los aportaciones de los socios». No obstante, el artículo 1665 habla de aportar: dinero, bienes o industria, cuyo enunciado se deduce de la diversidad que CAPILLA RONCERO[37] clasifica

esencial en atención a la naturaleza de su objeto que consiste en la aportación: propia o de bienes; y aportación impropia o de industria; es decir, pueden ser de bienes *(quoad dominium)* aportación que deja desvinculado al aportante; *(quoad usum)* aportación de uso y goce de la cosa articulada como un derecho real o personal; *(quoad sortem)* entrega del aportarte se centra en la posibilidad de recuperarlo[38].

El artículo 1704-1.º del Código Civil prevé el supuesto de que la sociedad continúe después del fallecimiento de un socio. En este supuesto se produce la correspondiente disminución del patrimonio social en la parte del socio fallecido o como comenta CAPILLA RONCERO[39] los sobrevivientes no suceden al fallecido, sino que su puesto desaparece.

Uno de los problemas que plantea la liquidación por fallecimiento de uno de los socios consiste, como dispone el artículo 1704-1.º, es el derecho del heredero a que se haga la partición (liquidación de la cuota pro divisa), que en opinión de CAPILLA RONCERO[40], es a través de una partición *in natura* o liquidación en metálico. Es decir, si la liquidación conlleva partir los bienes sociales para hacer efectiva *in natura* la cuota de participación; o, si cabe, por el contrario, que los órganos de la sociedad o, en su defecto, el liquidador designado evalúe la cuota de liquidación del socio. La opinión mayoritaria de la doctrina[41] es la segunda opción; ya que, la liquidación *in natura* puede causar graves perjuicios a la sociedad que puede verse desposeída de los elementos de su actividad social.

Siguiendo el anterior criterio, la liquidación se efectúa conforme a lo pactado entre las partes, transformando todo el haber social en líquido y a renglón seguido se procede a la distribución entre los herederos[42]. Así, el artículo 1708 del Código Civil se remite al artículo 1051 y sigs. del mismo cuerpo legal que, como tiene declarado la STS de 26 de febrero de 2004 *(AC* 2004, 1152): «Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división. Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extinguen la sociedad». Sin embargo, las operaciones particionales no están reguladas en el Código Civil; por lo que, generalmente, se aplican los artículos 786 y sigs. de la LEC[43].

En efecto, el mencionado artículo 786-1.º prevé que el contador designado realizará las operaciones conforme a la ley aplicable a la sucesión (como hemos indicado más arriba la liquidación de una sociedad no es la liquidación de una herencia, por lo que se lleva a cabo a través de los pactos establecidos por los socios), cuestión esta que se encarga de aclarar el mencionado artículo 786, párrafo 1.º de la LEC, cuando dice que: «[…] si el testador hubiera establecido reglas distintas para el inventario, evalúo, liquidación y división de sus bienes, se atendrá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudique la legítima de los herederos forzosos. Procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la

excesiva división de las fincas». No obstante, el repetido artículo 786, párrafo 2.º, dice:«Las operaciones divisorias deberán presentarse en el plazo máximo de dos meses desde que fueron iniciadas, y se contendrán en su escrito firmado por el contador, en el que se expresará: a) La relación de bienes que forman el caudal partible; b) El evalúo de los comprendidos en esta relación; c) La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1061 del Código Civil que proclama el principio de igualdad en la partición adjudicando a cada uno, si fuese el caso, las cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, precepto más facultativo que imperativo *(vid.* STS de 15 de marzo de 1995 *AC* 1995, 617) o como reconoció la STS de 6 de octubre de 2000 *(AC* 2000, 107), «su carácter más facultativo y orientativo que imperativa observancia». Todo ello atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1082 del Código Civil, según el cual establece la obligación de pagar a los acreedores sociales o a afianzar el crédito antes de partir el haber líquido de la sociedad. La infracción del mencionado artículo 1082 hace inoponible la partición por los acreedores. Por otro lado el artículo 782-4.º de la LEC, reproduce el mismo criterio, pero añadiendo que la partición de los acreedores podrá deducirse en cualquier momento, antes de la adjudicación.

3. La responsabilidad de los herederos

El artículo 1704-1.º del Código Civil concluye que los herederos del socio fallecido no participarán de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia de un hecho anterior. Lógico que así sea. Pues sustanciándose el supuesto de que varios socios queden en el lugar del fallecido y con ello la continuación de la sociedad deben ser los asociados los obligados a cubrir los posibles derechos y obligaciones que la sustitución conlleva.

Pero, el repetido artículo 1704.1.º *in fine* establece una excepción: «[…] sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de un hecho antes de aquel día». Aquí la expresión «día» queda regulada cuando el legislador hace coincidir el día con la muerte del causante, es decir, el derecho de los herederos a la partición y a cubrir las posibles deudas anteriores a la liquidación de la cuota de participación del socio fallecido se tomará como fecha el fallecimiento del causante, remitiéndose a lo dispuesto en los artículos 657 y 661 del Código Civil en donde el heredero sucede desde la muerte del causante. La cuestión es si la responsabilidad que se predica por el heredero ante un hecho anterior a la liquidación es conforme a las disposiciones testamentarias o se les imputa a los herederos la responsabilidad del socio fallecido.

El artículo 1697 del Código Civil, es un precepto básico, pues de su dicción se deducen los requisitos para que la sociedad quede obligada ante terceros

por actos de los socios: a) actuar por cuenta de la sociedad; b) con poder para obligar a la sociedad; y c) dentro de los límites del poder[44]. Así, para que la *contemplatio domini* sea plena y con ello la sociedad quede vinculada es preciso que el socio actúe por cuenta de la sociedad[45].

Por otro lado, el artículo 1698-3.º se remite al artículo 1695-1.º, ambos del Código Civil, precepto este último que establece cuatro reglas para cuando no se haya estipulado sobre la administración, la regla primera dice: «Todos los socios se considerarán apoderados, y lo que cualquiera de ellos hiciere por sí solo, obligará a la sociedad pero cada uno podrá oponerse a los operaciones de los demás antes que hayan producido efecto legal». PAZ-ARES[46] comentando el artículo 1695-1.º, entiende que estamos ante supuesto de administración cuando el contrato no lo ha previsto, correspondiendo a todos, es decir, todos los socios tiene el derecho y deber de administrar la sociedad.

Partimos del aserto que el «Código de Comercio establece la responsabilidad solidaria, personal, ilimitada y subsidiaria de los socios colectivos; asimismo, la irresponsabilidad personal de los comanditarios, y tal regla vale para las sociedades civiles en forma mercantil»[47]. Pero en la sociedad civil por imperativo del artículo 1698 la responsabilidad de los socios es mancomunada respecto de los demás y subsidiaria en cuanto de la sociedad[48] o, como comenta PAZ-ARES[49] la responsabilidad que se predica en el artículo 1698-1.º es mancomunada acompañada de la no presunción de la solidaridad, abarcando el principio general de parciaridad de las obligaciones, artículos 1137 y 1138 del Código Civil[50]. Sin embargo, la generalidad de la doctrina[51] estima que la responsabilidad de los socios es personal e ilimitada. Otro sector de la doctrina[52], por el contrario, estima que los socios no responden de las deudas sociales. Esta teoría con base en el principio de personalidad jurídica y los artículos 1697 y 1698 del Código Civil declara que la responsabilidad de los socios por deudas sociales es subsidiaria, cuya titularidad patrimonial surge de la separación de los patrimonios entre el ente social y los socios que la componen; por ello, los socios no responden directamente por las deudas sociales, sino los acreedores de la sociedad cuentan con la garantía patrimonial de la sociedad como ente autónomo. La cuestión está, escribe CAPILLA RONCERO[53] en si la responsabilidad por deudas sociales es de carácter principal o subsidiaria con o sin beneficio de excusión o, como comenta PAZ-ARES[54], si la responsabilidad de los socios es directa por deuda propia o, si dicha responsabilidad es indirecta por deuda ajena. En este sentido DE CASTRO y BRAVO[55], señaló que la concesión de la personalidad jurídica a la sociedad anónima llevó una deformación del concepto tradicional de la personalidad jurídica, además de extender dicha figura jurídica a todas las sociedades[56]. En la sociedad civil el problema fue diferente. El Proyecto isabelino no concedió dicha personalidad jurídica, pero el vigente Código Civil, artículos 35-2.º, 36 y 1669, fue, salvo las excepciones de los artículos 1697 y 1699, el que otorgó la personificación a la sociedad civil, y esto supone, como han puesto

de relieve LÓPEZ LÓPEZ y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ[57] la existencia de un patrimonio propio que responde de las obligaciones presentes y futuras, artículo 1911 del Código Civil (responsabilidad directa por deuda propia), pero si los socios responden por deuda ajena (art. 1698-1.º del Código Civil) estamos ante la responsabilidad indirecta por deuda ajena; es decir, los socios son considerados fiadores de la sociedad, que como señala CAPILLA RONCERO[58] la fianza no se presume[59]. En cuanto a la responsabilidad subsidiaria PAZ-ARES[60] estima que está estrechamente vinculada con la teoría de la personalidad jurídica (ello supone que los acreedores se dirigen directamente contra el patrimonio social, y para en el caso de que fuese infructuoso pueden los acreedores agredir el patrimonio de los socios). Pero para la teoría contraria a la personalidad jurídica, de igual modo con base en el artículo 1698 del Código Civil y los antecedentes históricos, afirma que se puede interpretar que los socios pueden responder principalmente de las deudas sociales[61]. Pero la opinión más extendida es que los socios responden subsidiariamente por las deudas sociales[62] siendo esta una consecuencia de la personificación de la sociedad que consiste en separar el patrimonio del ente social del patrimonio de los socios. Concepción rígida que conlleva una utilidad, además de un resultado práctico que viene con su propia naturaleza y con el sentido legal de la personalidad jurídica[63]. Aunque nuestro ordenamiento no diga expresamente que la responsabilidad de los socios es subsidiaria, ni los artículos 1698-1.º y 1699 del Código Civil se deduzca dicha opción, como tampoco se pueda sostener su apoyo en la teoría de la personalidad jurídica. CAPILLA RONCERO[64] a modo de conclusión señala que, en efecto, aunque el mentado artículo 1698 no lo diga expresamente existe una remisión a la normativa de la responsabilidad colectiva.

El artículo 1699 establece la preferencia de los acreedores de cada socio sobre los bienes, sin perjuicio de que los acreedores particulares puedan instar el embargo y remate de la parte de este en el fondo social. En este sentido CAPILLA RONCERO[65], señala que el artículo 1699 reconoce la preferencia, como bienes integrados en la sociedad a los efectos del pago de las deudas; para MARÍN LÓPEZ[66] la preferencia a que se refiere el artículo 1699 no es en sentido técnico, si no está en función de distintas situaciones, por ejemplo: a) constante la sociedad, el patrimonio sirve para el pago de las deudas; b) en fase de liquidación, obliga a pagar a los acreedores antes de partir; c) si se divide antes de haber pagado persiste la preferencia de los acreedores; por su parte DIÉGUEZ OLIVA[67], estima que existen dos partes en el mencionado artículo 1699: una, la preferencia de los acreedores sobre el patrimonio social; otra, facultades (no preferencia) de los acreedores sobre la participación de los socios en el fondo social, es decir, se produce el doble supuesto de acreedores de la sociedad y acreedores de los socios que actúan en función de que el deudor sea la sociedad o el socio; para CRESPO ALLUÉ[68] el artículo 1699 es de aplicación a las sociedades con personalidad jurídica, en caso contrario, los acreedores particulares de los socios solo pueden

dirigirse contra el patrimonio de los socios. El patrimonio social responde ante el embargo y remate por deudas de la sociedad, no por deudas privativas de los socios y únicamente puede ser instado por los acreedores.

Por último el artículo 1691-1.º establece un límite a la distribución de pérdidas y ganancias entre los socios, que reconoce el artículo 1689, primer inciso, pues el pacto que excluye a uno o más del todo o parte en las ganancias o pérdidas es nulo. El artículo 1691-2.º opera a modo de excepción de lo expresado en el párrafo anterior, pues aquí sí que exime de toda responsabilidad en las pérdidas al socio industrial.

Del artículo 1691 del Código Civil, DÍEZ PICAZO[69], ha señalado que es una regla natural y evidente dentro del contrato de sociedad civil. No obstante, es posible que los beneficios y pérdidas puedan ser repartidos de forma desigual, preferente o mediante algún privilegio; ya que, el artículo 1689 establece la regla de la proporcionalidad entre la participación en las ganancias y las pérdidas, salvo pacto en contrario[70]. Lo que permite la exclusión de pérdidas en la sociedad civil está materializado mediante cláusula acompañada al contrato inicial en la forma de pacto de responsabilidad personal, real, contribución al fondo social o garantía[71]. Con todo, el llamado «pacto leonino» tiene sus partidarios en donde las pérdidas y ganancias son esencia del contrato de sociedad, para sus detractores la distribución de beneficios y pérdidas aunque estipuladas es nulo. Concluye DÍEZ PICAZO[72], el artículo 1691 no declara la nulidad del contrato, sino el pacto leonino o cláusula parasocial por las partes.

Con todo, una vez producido el fallecimiento del socio se procede por pacto tácito o, en su caso, pacto expreso de los socios sobrevivientes a la continuidad de la sociedad, y con ello, la liquidación de la cuota de participación del socio fallecido, salvo que exista disposición testamentaria en beneficio de los herederos.

Como hemos expuesto más arriba el socio en vida es responsable de las deudas societarias, pero una vez fallecido no transmite dicha responsabilidad a sus herederos, sino que estos están sometidos a lo dispuesto en el testamento. Así que, si resultan designados y se procede por parte de los herederos a la aceptación de la herencia que, puede ser, pura y simple (responsabilidad *ultra vires hereditatis),* es decir, responden con los bienes heredados y los bienes propios [confusión patrimonial], o, a aceptar a beneficio de inventario, (responsabilidad *cum viribus hereditatis),* esto es, responden con los bienes heredados [separación patrimonial], además de que se produzca la deuda después del óbito[73].

III. EL ARTÍCULO 1704, PÁRRAFO 2.º DEL CÓDIGO CIVIL: LA CONTINUIDAD POR LOS HEREDEROS

Inicialmente en Derecho romano y después en la Codificación francesa el efecto de la disolución de la sociedad por muerte se explica por la nota *«intuitu*

personae» que enlaza la confianza y contemplación de la cualidad de persona con la incompatible continuidad de los herederos, por ser, en principio, personas inciertas y desconocidas al convenio social[74]. Esta rigidez se va suavizando por las necesidades prácticas que han sido conocida como: la continuidad de la empresa[75]. Pero, el Derecho romano evolucionó hacia la continuidad de los sobrevivientes, perdurando la invalidez de los pactos de continuidad por los herederos *(Adeo morte socii solvitur societas ut nec ab initio pacisci possimus ut etiam succedat societati)*[76]. La cuestión quedó entre la regla romana que impedía la continuidad de los herederos (en dicha época no cabe pensar en la presunta voluntad del causante de que sus herederos le sucedieran en la sociedad una vez fallecido) y la regla germana de la continuidad empresarial con base al principio de conservación del patrimonio familiar a través de la sucesión hereditaria[77]. Esta opinión desfasó el principio romano de efecto disolutorio, salvo pacto de subsistencia[78] a pesar de que el artículo 1700, párrafo 2.º del Código Civil lo regula. Pero no previsto en el contrato inicial la circunstancia sucesoria, y una vez fallecido el socio opera una transformación societaria que, como señala GIRÓN TENA[79], conlleva la disolución de la sociedad y el nacimiento de otra, por el contrario, si la regla es la de subsistencia, bien por pacto estatutario, bien por disposición testamentaria, habría que resolver entre los socios supervivientes por mayoría o por unanimidad la continuidad de los herederos[80].

Fue el Derecho alemán el primero que reguló el problema de la continuidad y sus dificultades. Así, el parágrafo 727-1.º del BGB, establece: «La sociedad se disolverá por la muerte de uno de los socios, siempre que del contrato de sociedad no resulte otra cosa»; el Código Civil italiano de 1942, artículo 2284, dispone que: «Salvo disposición contraria del contrato de sociedad, en caso de muerte de uno de los socios, los demás deben liquidar la cuota a sus herederos, a menos que prefieran (los socios sobrevivientes) disolver la sociedad, o bien continuarla con los mismos herederos y estos (los herederos del socio fallecido) consientan en ello (o lo acepten)»; precepto en donde el socio fallecido no extingue la sociedad, esta, si nada se acuerda en ese momento continúa entre los sobrevivientes, pero puede acordarse la continuidad o la disolución con los herederos. El artículo 1704, párrafo 2.º del Código Civil, señala que: «Si el pacto fuera que la sociedad ha de continuar con el heredero, será guardado, sin perjuicio de lo que se determina en el número 4.º del artículo 1700». Este último precepto establece una de las cuatro formas de extinción de la sociedad, que, en el supuesto que nos ocupa, sería: «por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículo 1705 y 1707». El mencionado artículo 1705 prevé el supuesto de disolución por voluntad unilateral o renuncia de uno de los socios cuando la sociedad no está sometida a término, dicha renuncia debe ser: de buena fe, en tiempo oportuno, además de poner en conocimiento de los otros socios. El artículo 1707 recoge el supuesto de la «denuncia extraordinaria mediante justo motivo». En este sentido la STS de 4 de

junio de 2001 *(AC* 2001, 951), estableció que: «El artículo 1700-4.º del Código Civil dispone que la sociedad se extingue por la voluntad de cualquiera de los socios con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1705 (denuncia ordinaria o libre, cuando la sociedad no está sujeta a tiempo determinado) y 1707 (denuncia extraordinaria, para cuando existe dicho tiempo, pero concurre un justo motivo), supeditando el primero de dichos preceptos el efecto de la renuncia a que se ponga en conocimiento de los otros socios. La denuncia ordinaria constituye un derecho potestativo del socio que responde a la inadmisibilidad de las vinculaciones perpetuas (STS de 17 de febrero de 1993) y a la oportunidad de facilitar la extinción del vínculo en aquellos sociedades en que destaca el elemento personal de la mutua confianza, cuando ha desaparecido la armonía».

Nuestro ordenamiento no recoge el principio de continuidad de la empresa[81], pero el fallecimiento de un socio es causa de extinción, artículo 1700-3.º del Código Civil, esta situación no impide que los socios sobrevivientes, o los herederos del consocio fallecido continúen la actividad empresarial[82]. Por tanto, acaecido el óbito y no estar prevista la sucesión o la continuidad en el contrato fundacional impera por tradición histórica[83] la disolución de la sociedad al fallecimiento de cualquiera de los socios. Pero, manifestado el consentimiento unánime de los socios que sobreviven y los herederos del fallecido se puede reactivar la sociedad en fase de liquidación[84], en todo caso, como señala CANO[85], la solución eficaz y justa es que la estipulación conste en la constitución de la sociedad, que aun no siendo necesaria, sí es conveniente.

Por último se plantea la naturaleza jurídica del pacto de continuidad suscrito por los socios en interés de los herederos con base a lo dispuesto en los artículos 1704-2.º del Código Civil y 222 del C.Com.

En este sentido CAPILLA RONCERO[86] y GIRÓN TENA[87], estiman que se puede hablar de una naturaleza obligatoria o facultativa, respectivamente[88]; para CANO[89], estamos ante una estipulación a favor de terceros. Para los partidarios del pacto de continuidad obligatorio se produce cuando el heredero se integra en la herencia del fallecido o, como sostiene CRESPO ALLUÉ[90], el mencionado pacto de continuidad es obligatorio cuando el heredero queda incluido de forma automática en la sociedad, previa aceptación de la herencia[91]; por el contrario, para los seguidores del pacto de naturaleza facultativa es cuando el heredero manifiesta su voluntad de integrarse en la sociedad, o, como comenta MARTÍNEZ VELENCOSO[92], ante la duda se debe entender el repetido pacto de continuidad como facultativo; para CRESPO ALLUÉ[93], la cláusula de continuidad es la posibilidad de ingreso o no en la sociedad que, en este último supuesto (no ingreso), puede el socio solicitar la liquidación de la cuota de participación. La tercera forma de otorgarle naturaleza jurídica a la cláusula de continuidad es a través de una «estipulación a favor de terceros», que se produce cuando el heredero accede a la posición del socio por actos *inter vivos* y no por sucesión o, como escribe GARRIGUES[94] la configuración exacta de

una estipulación a favor de terceros, engendra el derecho a favor del heredero del socio, sí así lo desea.

En mi opinión no es que el pacto de continuidad designe quien haya de suceder en la sociedad, sino supone una manifestación de la voluntad dirigida a hacer posible la transmisión de la cuota de participación siguiendo el fenómeno sucesorio, o como ha puesto de relieve MARÍN LÓPEZ[95], la cláusula de sucesión supone la adquisición por el heredero de la condición de socio si acepta la herencia.

Así que, existiendo el pacto de continuidad si no existe el testamento o declaración intestada que designe a los sucesores no pueden los herederos acceder a la condición del socio fallecido; por el contrario, no existiendo la cláusula en el contrato que admita la continuidad en beneficio de los descendientes del socio fallecido, pero sí el testamento en el cual designa a sus herederos estos pueden instar a la sociedad el derecho a ser socio; no hay última voluntad ni pacto de continuidad, se puede subsanar la continuidad mediante acuerdo unánime de los socios sobrevivientes y de los herederos, aportando en todo caso, la pertinente declaración de herederos. Por tanto, no es la cláusula inserta en el convenio societario la que decide si el heredero puede ocupar o no el lugar del socio fallecido, sino es el testamento o como señala GIRÓN TENA[96] la sucesión en la condición de socio se produce a través del derecho hereditario de adquisición a la herencia o, como escribe GARRIGUES[97], si el testador impone al heredero la condición de socio, si acepta la herencia accede a dicha cualidad.

1. La designación individual: Artículo 1056 del Código Civil

Partimos de que el artículo 1704, párrafo 2.º del Código Civil, permite el pacto de continuidad del heredero o de los herederos del socio fallecido. Dicha cláusula no es la que designa quien ha de suceder, si no manifiesta la voluntad de los socios constituyentes de prever que, fallecido uno de los socios, no opera la disolución de la sociedad, sino la continuidad de la empresa a través del fenómeno sucesorio, o como escribe GARRIGUES[98], no basta un pacto social para transmitir la cualidad de socio, sino las cargas hereditarias que han de venir por medio de un testamento.

Ciertamente en virtud de dicha cláusula el heredero ingresa en la sociedad previa aceptación de la herencia. Ingreso que, como comenta MARÍN LÓPEZ[99], es automático, no precisa consentimiento de los socios supérstites, pues fue consentido inicialmente la adquisición por el heredero de la cualidad de socio. Lo que le permite, por imperativo de los artículos 1704-2.º, 1700-4.º y 1705 del Código Civil abandonar la sociedad mediante renuncia. Así, cuando en una sociedad no se pacta la duración, ni actividad determinada, puede cualquiera de los socios ejercer la renuncia de buena fe, en tiempo oportuno y que se ponga en

conocimiento de los consocios. El problema está en que se trata de un heredero o varios que no desean acceder a la sociedad a pesar de haber sido designados como sus sucesores. La solución que proponemos es que los herederos no repudien a su cuota de participación, sino a no formar parte de la sociedad; ya que, repudiar es la manifestación unilateral de no ser heredero (art. 1008 del Código Civil) declaración que, por otro lado, despeja el *ius adeundi* conferido por el llamamiento. En este sentido RUBIO[100] plantea la cuestión del heredero que no quiere formar parte de la compañía, puede solicitar la liquidación de la cuota del premuerto, sin perjuicio de responder con ello y con los demás bienes de las obligaciones contraídas por su predecesor, previo evalúo y posterior disolución, que conlleva la posible constitución de otra sociedad formada, en principio, con los socios supérstite. GIRÓN TENA[101] plantea otro supuesto: ante la existencia de una incompatibilidad manifiesta de la profesión del heredero con la condición de socio. En efecto, en dicho supuesto hace posible que los consocios acuerden disolver la sociedad, que conlleva la liquidación y pago a los herederos y posteriormente constituir una nueva sociedad entre los socios sobrevivientes, salvo este supuesto, creemos que debe operar el pacto de continuidad entre los socios fundacionales y conjuntamente o con posterioridad el socio manifieste su voluntad de designar a sus sucesores.

Centrándonos en la designación hereditaria, tenemos que el artículo 1056, párrafo 1.º del Código Civil, autoriza al testador a efectuar la partición de sus bienes por actos entre vivos o por causa de muerte, siempre que no perjudique la legítima de los herederos forzosos, que conforme señaló la STS de 7 de septiembre de 1998 *(AC* 1998, 1193) «el artículo 1056 del Código Civil totalmente de acuerdo con la tradición jurídica española faculta al testador para realizar él mismo la partición hereditaria, otorgándole amplias posibilidades para ello, pero siempre con absoluto respecto a la legítima». Como han puesto de relieve DÍEZ-PICAZO y GULLÓN[102] «lo que se infiere es la necesidad de un testamento en el que se hagan las disposiciones […] que aquella partición desarrolla y concreta». En efecto, el testador no solo fija la cuota que le corresponde a cada heredero o, en su caso, legitimarios, sino que señala los bienes que integran dicha cuota o, como declaró la STS de 21 de julio de 1986 *(RJ* 1986, 4575), «la partición hecha por el testador en su testamento, lo mismo que la practicada por cualquiera otras formas admitidas en derecho, produce el efecto de conferir a cada heredero la posibilidad exclusiva sobre los bienes adjudicados».

El testador es el que fija la porción hereditaria que quiere para cada heredero en el mismo testamento (acto de disposición simultáneo) o con posterioridad (acto que dispensa de las solemnidades del testamento); en todo caso, cuando muera tenga los efectos de la partición. La STS de 23 de febrero de 1999 *(AC* 1999, 577), dispuso que: «El hecho de que el reparto del acervo patrimonial del testador se instrumente por un acto *inter vivos* no le confiere cariz contractual […]. Cualquier tipo de partición es complemento o coralario de una

transmisión *mortis causa* […]. Pese a su forma, este acto entre vivos hay que incluirlo entre los negocios *mortis causa* porque está destinado a regular las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio y sobre esta base la división del patrimonio».

El artículo 1056, párrafo 2.º del Código Civil, según la reforma operada por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedad de Responsabilidad Limitada. Precepto que faculta al testador para realizar la partición de sus bienes en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas. Así, el mencionado artículo 1056-2.º puede el testador adjudicar a su heredero o varios una explotación económica, que en opinión de GARCÍA HERRERA[103] las causas de adjudicación del mencionado artículo 1056-2.º «la conservación de la empresa» y «el interés de su familia» no vienen definidos en nuestro ordenamiento, como tampoco existe unanimidad en la doctrina. Por su parte PALAZÓN GARRIDO[104] el móvil que impulsa al testador a disponer íntegramente de la empresa a favor de uno de los herederos y conmutar en metálico a los demás está en el «interés de la familia»; para DOMÍNGUEZ LUELMO[105] el denominado «interés de la familia» es una expresión polivalente; por su parte DÍEZ-PICAZO[106] «el interés de la familia» hace pensar que todos están interesados en la indivisión, estimando que el adecuado es la «conservación de la empresa»; ya que, conservar es sinónimo de adjudicar a uno solo de los hijos legítimos para conservar el negocio; afirmando MILLÁN SALAS[107] que la expresión «interés de su familia» es un concepto subjetivo desde el punto de vista del testador, que no es otra cosa que preservar la explotación económica, aunque el artículo 1056-2.º, añade otro motivo «la conservación de la empresa» concluyendo que el testador efectúa la partición de sus bienes atendiendo a la «conservación de la empresa» y no al «interés de su familia»; RUEDA ESTEBAN[108] entiende que las expresiones «interés de la familia» o «la conservación de la empresa» han pasado hacer un motivo especial para la partición que ha escogido el testador; estimando GARCÍA HERRERA[109] que el «interés de su familia» y la «conservación de la empresa» son conceptos independientes: el primero, supone todo aquello que evitaría un perjuicio; el segundo, supone el correcto funcionamiento de la explotación económica; por último, afirma FERNÁNDEZ-TRESGUERRE[110], que la finalidad de la partición conlleva dos objetivos diferenciados y alternativos: la «conservación de la empresa» o «el interés de su familia», los dos casualizados: el deseo del causante de preservar indivisa o mantener el control de una sociedad.

En mi opinión cuando el testador distribuye sus bienes en beneficio de sus herederos viene motivado por el interés de conservar la explotación, en el caso que nos ocupa, de la cuota de participación del socio en la sociedad civil, designando a un legitimario, otro familiar o a un extraño, quedando, además

facultado para pagar la legítima en metálico a los demás interesados, aunque no exista metálico suficiente en la herencia para dicho pago, siendo posible su abono en efectivo extrahereditario. Como ha puesto de relieve FERNÁNDEZ-TRESGUERRES[111] a través del artículo 1056-2.º del Código Civil se permite el pago privilegiado de la legítima en sociedades no productivas, incluso las meramente patrimoniales.

En consecuencia, el artículo 1056-2.º autoriza al testador para adjudicar su cuota de participación a uno de los herederos, ordenando la conmutación en metálico de la legítima a los demás interesados en la sucesión, conforme a lo dispuesto en el artículo 818 y siguientes del Código Civil, precepto que fija la legítima en atención el valor de los bienes que quedaron a la muerte del testador.

El supuesto que resulta más frecuente, señala HUERTA TRÓLEZ[112], es cuando el padre adjudica la empresa (en nuestro caso la cuota indivisa del socio en la sociedad) a un heredero y este paga en metálico la legítima que le corresponda a los demás legitimarios.

2. La pluralidad de herederos

Hemos abordado en el epígrafe anterior el estudio del artículo 1056 del Código Civil, porque en él se reconoce la facultad del testador de hacer la partición con eficacia una vez fallecido, además de evitar la comunidad hereditaria[113], o como escribe ALBALADEJO[114], la partición por el propio testador no pone fin a la comunidad, sino la evita.

Ciertamente la comunidad hereditaria que desde el Derecho romano cuando varias personas eran llamadas a una misma herencia nacía entre ellos una *communio incidens,* que por virtud de la concurrencia el derecho le otorgaba a cada uno una parte ideal o cuota de participación indivisa en la herencia, ante la imposibilidad de dividir dichas cuotas de participación en parte ideales que, por su naturaleza personal, dicha situación hace que su responsabilidad sea solidaria en cuanto el pago de las deudas, artículo 1084 del Código Civil[115].

Por otro lado no existe unanimidad en la doctrina cuando fallecido uno de los socios su cuota de participación queda dividida en varios herederos (comunidad hereditaria). Así, CAPILLA RONCERO[116], en principio, admite que único heredero como varios están en pie de igualdad, pero el problema es la posición de la comunidad ante la sociedad: bien actuando los herederos de forma colectiva; o bien, cada uno de los herederos posee una cuota parte, optando por la solución de mantener entre todos conjuntamente un único heredero con la condición de socio; por su parte GIRÓN TENA[117] parte de la negación de la comunidad como socio, pues ante única participación social dividida en proporción a los herederos no sería factible, salvo que el contrato diga lo contrario; BATLLE VÁZQUEZ[118], afirma que todos los herederos ocupan con-

juntamente la posición del causante, efectuada la partición quedaría sustituida por el adjudicado o adjucatarios en proporción a la cuota social. Un ejemplo de la complejidad del tema puede ser la SAP de Sevilla de 23 de febrero de 2009 *(JUR* 2009, 19752), que sentó el siguiente criterio: «El *status* de heredero dentro de la sociedad viene determinado por la posición del causante, al que sucede. Por tanto, salvo en el plano de los derechos y obligaciones personalísimos en los que no hay sucesión, debe entenderse que la posición del socio no experimenta alteración alguna en relación a la posición de su causante […]. El estatuto societario no establece una cláusula obligaría de continuación de la sociedad con el heredero o con los herederos del causante, pues ello supone que la condición de socio se transmitiría automáticamente e individualmente a cada uno de ellos (que es lo que erróneamente pretenden los apelantes) o la Comunidad hereditaria (cuestión también doctrinalmente discutida). Entendemos que, como aclaración de la cuestión jurídico-doctrinal que se plantea en el caso y el objeto de la resolución práctica del litigio, estamos ante una cláusula de continuación de la sociedad con opción de los herederos a seguir participando en ella (no necesariamente a ingresar en ella) bajo determinadas circunstancia. No contienen, pues, los estatutos una cláusula de sucesión, ni tampoco una cláusula que otorga a los «socios sobrevivientes» la facultad de aceptar como socios a los herederos, sin una simple cláusula de continuación de la sociedad «entre los sobrevivientes» a los que se añade un derecho de ingreso del heredero en su caso, o de los herederos en la sociedad, pero con la modalidad de que, cuando sean varios los herederos, ese ingreso se articula bajo determinadas condiciones de titularidad de la condición de socio».

La STS de 21 de noviembre de 2006 (TOL. 1027221) trae causa en el siguiente supuesto fáctico: contrato de sociedad civil formada por dos socios. Que venían explotando un negocio de alquiler de aparcamientos. Tras la muerte de uno de ellos, la explotación continuó por el socio sobreviviente. Las hijas del socio fallecido actuando en beneficio de la masa común hereditaria, formularon demanda contra el socio supérstite y la sociedad para la disolución o liquidación de la sociedad. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1, dictó sentencia el 5 de junio de 2006, a tenor del siguiente Fallo: «Desestimar la demanda interpuesta por doña […] en representación de las hijas del finado, actuando estas en beneficio de la comunidad hereditaria, contra el socio sobreviviente y la sociedad, por carecer las actoras de legitimación activa». Contra la antedicha resolución se interpuso recurso de apelación por las actoras (las dos hijas del finado) en nombre propio y actuando en beneficio de la comunidad hereditaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la LEC, remitiendo los autos a la Audiencia Provincial, que dictó sentencia el 24 de noviembre de 2006, desestimatoria.

El Fundamento de Derecho primero señala que «la sociedad civil existe entre dos socios, y conforme a lo dispuesto en el artículo 1700-3.º del Código Civil una vez fallecido uno de los socios la sociedad queda disuelta; pero, resulta que

dicha sociedad continuó con la explotación y ante la inexistencia de un pacto de continuidad con los herederos (art. 1704 del Código Civil), «sobre quien debía ser efectivamente considerado socio», la viuda del socio fallecido y las dos hijas forman la comunidad hereditaria, que aprecio el Juzgado de instancia y declaró quien debía ser considerada socia era la viuda del finado, apreciando de oficio falta de legitimación de los actores para accionar». El Fundamento de Derecho segundo, añade: «salvo pacto dispositivo, el artículo 1700, dispone la disolución de la sociedad por muerte de uno de los socios, sin que la condición de heredero del socio fallecido autorice a otra cosa que a participar en las operaciones de división y liquidación, percibiendo el equivalente de la cuota del causante». En el Fundamento de Derecho tercero, entre otros aspectos destaco: que lo trascendente es decidir si la comunidad hereditaria integra la sociedad sustituyendo al socio fallecido o no, a lo que estimó: «que la situación de comunidad, salvo pacto en contrario, da derecho a la disolución, en el supuesto de fallecimiento de uno de los socios, pasando a regirse por las normas de la partición hereditaria, pero no a reclamar su condición de socio». Sin embargo, la SAP de Sevilla de 23 de febrero de 2009 *(JUR* 2009, 197525), declaro que: «La sociedad podrá continuar con el heredero testamentario o el designado por la totalidad de los herederos intestados».

En mi opinión la solución sería acudir al artículo 1058 del Código Civil solo cuando fallecido el socio su cuota de participación ha quedado dividida por disposición testamentaria o declaración intestada por varios herederos (comunidad hereditaria), de lo que sería conveniente que se llegara a una partición convencional entre los herederos reconocidos por el mencionado artículo 1058 del Código Civil. En efecto, dispone el mencionado precepto que: «Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueran mayores y tuvieran la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente». Precepto que recoge la posibilidad de que la partición la realicen los propios herederos, en situación de comunidad hereditaria, con absoluta libertad y sin límites. Se trata, por tanto, como reconoció la STS de 19 de junio de 1997 *(AC* 1997, 998), «de una facultad divisoria tan amplia que permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios y de lo dispuesto por el causante, por lo que se trata más bien de actos de disposición que de partición», o como reconoció la STS de 18 de marzo de 1999 *(AC* 1999, 652), «el artículo 1058 contiene una autorización amplia a los herederos para llevar a cabo las operaciones divisorias de herencia, lo que actúa plenamente, aunque con carácter supletorio por no haberlos realizado el testador ni encomendado a otro esta facultad. El acuerdo particional, de naturaleza contractual, no requiere de una especial forma para que resulte eficaz y vinculante y en el mismo los interesados puedan también llevar a cabo renuncia de sus derechos hereditarios mediante la cesión de los mismos». Dicho contrato conlleva el único requisito

de prestar el consentimiento *(vid*. la STS de 3 de febrero de 1999, *AC* 1999, 523), pues estamos ante un negocio jurídico plurilateral que se plasma en documento privado (partición convencional) que no requiere forma especial para su validez, sin perjuicio de que una escritura pública la dote de autenticidad y de acceso al Registro público *(vid*. la STS de 13 de marzo de 2003, *AC* 2003, 492). Por tanto, en uso del artículo 1058 del Código Civil se extingue la comunidad hereditaria y se han atribuido a los distintos sujetos los bienes y derechos *(vid*. la STS de 13 de marzo de 2003, *AC* 2003, 492). El artículo 1058 del Código Civil permite a los coherederos realizar actos divisorios de naturaleza contractual, al surgir el acuerdo unánime de las voluntades de los interesados[119], que se perfecciona con la concurrencia de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil al acomodarse a sus intereses *(vid*. la STS de 18 de marzo de 2008, *La Ley* 319818/2008).

Como ha puesto de relieve LACRUZ[120] se trata de la partición hecha por los coherederos que concurren en intereses opuestos formalizados mediante un negocio plurilateral de común acuerdo, tan amplio que se puede prescindir de disposiciones testamentarias y crear una nueva situación con plena eficacia. *Vid*. la STS de 25 de febrero de 1966, *RJ* 1966, 6512.

IV. EL ARTÍCULO 1696 DEL CÓDIGO CIVIL: LA TRANSMISIÓN DE LA CUALIDAD DEL SOCIO

En Derecho romano destaca la separación entre *universitas* y *societas,* la primera supuso un ente patrimonial susceptible de transmisión por causa de muerte; en cambio, la segunda, era para los romanos, un contrato consensual y sinalagmático por virtud del cual dos o más personas aportan bienes, dinero o servicios con el objeto de obtener un beneficio. La *societas* frente a la *universitas* no posee un patrimonio propio, sino común a los socios que componen la sociedad, de ahí la subordinación de la persona a la sociedad *intuitu personae (vid*. la STS de 11 de marzo de 2000 TOL. 1493), que llegó inicialmente a que fallecido uno de los socios se extinguía la sociedad[121]. Esta tradición histórica tiene para nosotros gran importancia; ya que, el Código Civil francés, como el italiano y el español no han hecho más que recoger, para el contrato de sociedad la doctrina romana. En donde la sociedad como contrato produce un vínculo de obligaciones recíprocas entre los socios que no altera la condición jurídica de sus titulares. GIRÓN TENA[122] escribe eficazmente «ya el legislador con fines de conservación de la empresa, admite la sucesión por causa de muerte (art. 222-1.º del C.Com. y 1704 del Código Civil), la rescisión parcial (art. 218 del C.Com.), la separación de los socios (art. 225 del C.Com.) y dentro de ella había que considerar la previsión contractual de la transmisión».

El artículo 1696 del Código Civil, junto con la subparticipación (posibilidad de que un socio se asocie con un tercero en su parte), también regula la transmisión de la cualidad de socio (el asociado no podrá ingresar en la sociedad sin el consentimiento unánime de los demás socios)[123]. Precepto que, por otro lado, tiene su antecedente legislativo en el artículo 1590 del Proyecto de Código Civil de 1851, a su vez en el artículo 1861 del Código Civil francés, además de tomar en consideración lo señalado en el Digesto (D. 17,2,19 y 20) y nuestro Derecho de Partidas (P. 5.ª, tít. 10.º, Ley 1.ª), en donde se recoge la máxima *«el socio de mi socio no es socio mio»,* (D. 50, 17, 41, 1): *«pues el que admitió como socio, lo es únicamente respecto al que lo admitió».*

Por razones históricas, el cambio de socios estaba referido a los supuestos de transmisión por causa de muerte o por causa de vivos, exclusión y separación, dentro de este último [separación] cabe distinguir la salida de un socio (deja de serlo por su propia voluntad) y entrada de un tercero (nuevo socio que accede a la sociedad), en ambos casos GIRÓN TENA[124], escribe que la desvinculación de un socio (salida) y la entrada (nuevo socio sin transmisión) no conlleva figuras jurídicas especiales, sino la vía negocial a través de un contrato de adhesión entre el contratante y los demás socios. Ciertamente el que pretenda ser socio de una sociedad civil ha de asumir que no ocupa el lugar de otro, sino es un socio *ex novo* previo consentimiento de los demás asociados (art. 1696 del Código Civil), es decir, las intervinientes han de conservar el contrato existente, salvo lo que requiera el nuevo ingreso. El ingreso de nuevo socio conllevará inscripción registral si existe aportación de bienes inmuebles o derechos reales (art. 1667 del Código Civil), además de inventario, firmado por las partes, que deben unirse a la escritura de constitución (art. 1668 del Código Civil).

Por el contrario, la salida de un socio, lo que GIRÓN TENA[125] denomina «la baja de los socios» que supone, decimos nosotros, una desvinculación de un socio y continuidad de la sociedad que, en las sociedades personalistas, supone una modificación sin pérdida de la identidad societaria. La baja de un socio supone la extinción, salvo disposición en contrario, regulada en el artículo 1700, párrafo 4.º del Código Civil remitiéndose a los artículos 1705 y 1707 del mismo cuerpo legal. En este sentido la STS de 29 de julio de 1995 *(AC* 1995, 1134) señaló «que los efectos que le son propios a tenor de la normativa civil representada por el apartado 4.º del artículo 1700 del Código Civil, en relación con los artículos 1705 y 1707 del mismo ordenamiento, provocando la extinción de la sociedad a partir de la renuncia, cuando esta renuncia a la sociedad indefinidamente constituida no fue realizada de mala fe».

No obstante, añade en el segundo inciso del mencionado artículo 1700-4.º «Se exceptúan de lo dispuesto en los números 3.º y 4.º de este artículo las sociedades a que se refiere el artículo 1670, en los casos en que deban subsistir con arreglo al Código de Comercio». En ese sentido resulta esclarecedora la STS de 3 de julio de 1995 *(AC* 1995, 1014), cuando dice: «El artículo 1700

número 4 (en relación a la remisión que se efectúa al 1670, sobre la normativa a aplicar) prevé la disolución y extinción de las sociedades no inscritas por voluntad de cualquiera de los socios y, en su caso, hay que comprender las voluntades conjuntas de todos ellos, que es el supuesto de autos, ya que se trata de un derecho potestativo, concedido a todos los socios que pueden ejercitar individualmente o en forma conjunta y contemporánea todos ellos y que no lo obstaculiza el artículo 1705, que contempla la denominada denuncia ordinaria de uno solo de los socios, cuando no se hubiera señalado término de duración de la sociedad o no resulte este de la naturaleza del negocio. Y lo mismo sucede con el precepto sustantivo 1707, que es especial, ya que la denuncia que reviste la condición de particular y extraordinaria, pues exige, tratándose de sociedades por tiempo determinado, la concurrencia de "justo motivo"».

El segundo inciso del artículo 1696 del Código Civil conlleva una modificación subjetiva esencial de la relación social que requiere, además el consentimiento unánime de todos los consocios dejando claro el mencionado artículo 1696 que no depende de un acuerdo unilateral de uno de los socios con un tercero, aunque se trate de un administrador, sino la alteración subjetiva lleva implícito el asentimiento unánime de los socios que restan[126].

En efecto, como ha reconocido la STS de 10 de febrero de 1997 *(AC* 1997, 497) «la figura del "cambio de socio" no ofrece especiales dificultades en nuestro Derecho, según expresa la doctrina, pues aunque no aparezca normalmente contemplada por el artículo 1696, posibilidad derivada de las modificaciones subjetivas que se producen en el contrato de sociedad, una de cuyas modalidades la constituye la transmisión *inter vivos* […]». En efecto, como indicamos más arriba junto con la subparticipación está la transmisión que el repetido artículo 1696 condiciona a que el asociado no ingresará en la sociedad sin el consentimiento unánime de los demás socios, pero de la dicción de dicho precepto cabe la posibilidad de transmitir la cualidad de socio. No obstante, GIRÓN TENA[127], lo califica de complejo, pues la sustitución de un socio por otro comporta una modificación esencial de la relación jurídica societaria; por su parte CAPILLA RONCERO[128], lo califica de excepcional en donde impera la imposibilidad, pero añade, por el hecho de que no sea libremente transmisible la condición de socio, no es en sí un obstáculo para admitir la posibilidad de que un socio pueda ser sustituido por otro en la sociedad. La complejidad y excepcionalidad de que hablamos está en la naturaleza personalista de las sociedades civiles *(intuitu personae)*, pues se fundamenta en la íntima relación de confianza y la vinculación personal y permanente del socio que debe ser patente mientras dura la sociedad[129].

Con todo, un sector de la doctrina[130] estima que la transmisión de la condición de socio debe integrarse en la categoría de la cesión de contrato; para MARÍN LÓPEZ[131], la transmisión de un socio consiste en que el adquirente

subentre en la posición del socio transmitente, sucediéndole en sus derechos y obligaciones, subsistiendo las deudas anteriores en la transmisión; por último está la propuesta de PAZ-ARES[132], que denominada «la cesión de los derechos de participación».

1. La cesión de contrato: Previo

Nuestro Derecho no regula con carácter general la figura jurídica de la cesión del contrato[133]. Pero DÍEZ-PICAZO[134] escribe que cabe plantear si es posible convenir una cesión unitaria conforme a lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil; o, por el contrario, es necesario acumular cada uno de los instrumentos legales de la transmisión: derechos, obligaciones, créditos, deudas, etc. Citando la STS de 26 de febrero de 1982 *(RJ* 1982, 6933), entre otras, añade que «a la luz del principio de libertad de pactos, proclamado en el artículo 1255 del Código Civil, puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en la relación derivada de un contrato con prestaciones recíprocas si estas no han sido todavía cumplidas y la otra parte (contratante cedido) presta su consentimiento anterior, coetáneo o posterior».

En el Derecho romano imperó el principio de intransmisibilidad por virtud del cual no se admitía que el acreedor pudiese disponer de su derecho a favor de un tercero, salvo la transmisión por causa de muerte (sucesión universal). Sin embargo, se consintió un supuesto similar conocido con el nombre de «novación» (sustitución de una obligación por otra, pero quedando inalterable los sujetos interesados).

La cesión de contrato, dice CRISTÓBAL MONTES[135], «nace como una necesidad práctica susceptible de procurar el mecanismo de transferencia a otro de la posición contractual que le corresponda en un determinado contrato». Pues supone un mecanismo que coadyuva eficazmente al permitir que un tercero sustituya en bloque al contratante originario sin solución de continuidad, sin fraccionamiento oneroso. No obstante, la cesión de contrato ha sido incluida en leyes especiales, como por ejemplo: la sucesión de la empresa (art. 44 ET), la cesión de contrato de seguro (*RD* 2004, 297), la cesión del contrato público (RD Ley 2/2000), la cesión de contratos de arrendamientos rústicos (Ley 49/2003), la cesión del contrato de arrendamientos urbanos (Ley 29/1994).

2. Concepto y naturaleza jurídica

A continuación exponemos el concepto jurisprudencial y doctrinal de la cesión de contrato, para después encuadrar su naturaleza jurídica.

A) Concepto

La jurisprudencia del Tribunal Supremo a través de su sentencia de 5 de marzo de 1994 *(RJ* 1994, 1653), nos proporciona un concepto amplísimo: «la figura jurídica de la cesión de contrato supone un negocio de cesión entre el cedente y cesionario, de un contrato de prestación recíproca, pues de ser de prestación única se estaría ante una simple cesión de créditos o asunción de deudas, necesitando en todo caso el consenso del consentimiento por parte del contratante cedido, de tal manera que se exige una necesaria conjunción de tres voluntades contractuales, que se produce por la cesión en la titularidad de la relación convencional, conservando siempre el cedido su posición originaria, lo que determina que la situación negocial existente entre el cedido y el cedente al haber aceptado aquel el traspaso del contrato, salvo pacto expreso en contra, queda agotada con liberación del cedente de sus obligaciones que se traspasan al cesionario, si bien mantiene las que le ligan a este respecto a la existencia, validez y virtualidad del contrato traspasado». De dicha resolución se deduce el régimen jurídico de la cesión de contrato de prestaciones sinalagmáticas y recíprocas, que conlleva el curso necesario de tres voluntades que hace entrar a un extraño como parte en el lugar de otro. En este sentido DELGADO ECHEVERRÍA[136] señala que cualquier traspaso contractual por voluntad de las partes es válido en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil), en donde el cedente (contratante que cede su posición contractual) cesionario (tercero aceptante) y contratante o cedido (presta su consentimiento acorde con lo manifestado), de ahí que estemos ante un convenio trilateral, sinalagmático de obligaciones recíprocas[137].

Corrobora lo anteriormente expuesto la STS de 26 de noviembre de 1982 *(RJ* 1982, 6933), cuando dice: «La cesión de contrato es una figura admitida por algún ordenamiento foráneo (Código Civil italiano), es posible en el patrio, como la doctrina científica entiende, a la luz del principio de la libertad de pactos proclamado en el artículo 1255 del Código Civil, y así lo tiene admitido la jurisprudencia, declarando que puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas, si estas no han sido todavía cumplidas y la otra parte prestó consentimiento anterior, coetáneo o posterior al negocio de cesión». Más recientemente la STS de 19 de septiembre de 1998 *(RJ* 1998, 6548), señaló que: «Así, pues la referida cesión de contrato puede definirse como aquel acuerdo de todas las voluntades contratantes, que produce la transmisión del conjunto de los efectos de un determinado contrato a un tercero, pero siempre entendiendo dicha cesión con carácter unitario, o sea, con todo lo explicitado en el primitivo contrato, sin que suponga la sustitución de un contrato por otro posterior, pues en este caso surgiría la figura de la novación». En análogos términos las SSTS de 23 de octubre de 1984 *(RJ* 1984, 4972), 7 de noviembre de 1988 *(RJ*

1988, 8421), 4 de febrero de 1993 *(RJ* 1993, 825), 19 de mayo de 1998 *(RJ* 1998, 4034), 21 de diciembre de 2000 (TOL. 99651) y 19 de septiembre de 2002 (TOL. 212978).

Por otro lado la doctrina científica, como es el caso de DELGADO ECHEVERRÍA[138] afirma que «la cesión del contrato es el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la integra posición que en el contrato ocupa»; por su parte MARTÍNEZ DE AGUIRRE[139] entiende por «cesión de contrato la transmisión a un tercero (cesionario) de la entera posición contractual de uno de los contratantes (cedente), con todos los derechos, obligaciones, deberes y facultades que la integran»; para ANDREOLI[140] «la cesión de contrato es el instrumento que permite la circulación del contrato, es decir, la transmisión negocial a un tercero (cesionario) del conjunto de posiciones contractuales (entendido como resultante unitario de derechos y obligaciones orgánicamente independientes), constituida en la persona de uno de los contratantes (cedente), de tal forma que, a través de esa sustitución negocial del tercero en la posición de «parte» del contrato en lugar del cedente que subentra en la totalidad de los derechos y obligaciones; SABATER BAYLE[141] afirma «que la cesión de contrato permite la transmisión subjetiva de la relación contractual sin modificación de los pactos y condiciones convenidas en el contrato de que se transmite»; para GARCÍA AMIGO[142] «la cesión de contrato es un negocio jurídico concluido entre las partes contratantes y un tercero, cuya finalidad es sustituir uno de ellos por dicho tercero en la titularidad de la relación contractual, la cual permanece idéntica en su dimensión objetiva»; VALLS TABERNER[143] define «la cesión de contratos como un negocio complejo integrado por una asunción de deudas y una transmisión de crédito»; DÍEZ PICAZO[144], afirma «que se trata, en suma, de que circule y se transmita una relación contractual en su complejo o en su unidad, con el conjunto de derechos y obligaciones que contiene, sin necesidad de escindir el fenómeno en una serie de transmisiones separadas de los elementos activos (cesión de créditos) y los elementos pasivos (asunción de deudas)».

B) Naturaleza jurídica

El negocio jurídico de la cesión de contrato lo desencadena la relación existente entre el cedente y el cesionario, cuyo objeto es la transmisión de todos los elementos de la relación contractual de forma unitaria[145]. Para que el cesionario ocupe la posición del cedente es necesario que este [el cedente] sea titular de los créditos y deudas. FORNER DELAYGUA[146], escribe que la transmisión a través de un pacto *inter vivos* en donde el cesionario ocupa el lugar del cedente supone una *renovatio contractus*. En tal sentido, DÍEZ-PICAZO[147] citando a GARCÍA AMIGO[148] señala que el acuerdo de traslación no tiene en cuenta la autonomía de la voluntad y, con ello, no es admisible la cesión en aquellos ordenamientos

que no la regulan o, al menos, esté regulada expresamente la asunción de deudas y la cesión de créditos. La renovación del contrato sustituye la relación jurídica preexistente al intervenir el consentimiento del cedido, naciendo otra relación a favor del cesionario. El fenómeno de la circulación del contrato se realiza por el cedente y el cesionario, quedando limitado el cedido a aceptar la oferta; por ello ANDREOLI[149] afirma que la naturaleza jurídica de la cesión de contrato está en la «subsunción del negocio de cesión en la categoría del contrato (y no en la del acuerdo) por la indiscutible contraposición de intereses existente en el cedente, el cesionario y el cedido»[150].

Llegados a este punto sería conveniente poner de relieve la existencia de dos teorías contrapuestas en lo que se fundamenta la naturaleza de la cesión: la llamada teoría atomista[151], también llamada «teoría de la descomposición», que tiene su origen en la doctrina alemana *(Zerlegungskonstruktion).* Antes de la publicación del BGB, se estimó la posibilidad de transmitir el activo y el pasivo a través de un contrato coligado que resulta de dos negocios: uno, cesión de los derechos; otro, negocio de asunción de deuda[152]. Después de la publicación del mencionado BGB, se rechazó la tesis de la cesión del contrato, pues la regulación de la cesión de crédito como la asunción de deuda admitía la transmisión singularizada del crédito y la deuda, no siendo necesario regular un negocio que transmita por entero una relación contractual[153]. La teoría de la descomposición no admite el fenómeno de la circulación del contrato, pues cuando se emite la voluntad de transmitir la posición global del contrato, surge la declaración de los elementos que lo descomponen.

La cesión de contrato no es más que la cesión de cada una de las relaciones que la componen, o como señala FORNER DELAYGUA[154], supone el reconocimiento entre el cedente y el cesionario de los créditos y las deudas, o pactar una cesión de crédito acompañada de una asunción de deuda, que, por otro lado, concreta GARCÍA AMIGO[155] la teoría atomista o las también llamadas teorías positivas en donde se producen dos negocios dispares de crédito y asunción de deuda, que en aquellos ordenamientos que no regulan expresamente la cesión de contratos, a través de la asunción de deuda se logra el mismo efecto; VALLS TABERNER[156] entiende que la cesión de contrato como negocio jurídico complejo resultante de una cesión de créditos y una asunción de deudas, cuyo resultado es un negocio único porque la declaración de voluntad actualiza los créditos y las deudas. Así que, pactando los créditos y las deudas se logra que el cesionario tenga una posición contractual similar al cedente, que tenía antes de la cesión. Por tanto, estamos ante una disgregación de negocio distintos e independientes, pero unidos o adosados uno junto a otro, transfiriendo la posición jurídica del cedente al cesionario.

Por otro lado la llamada teoría unitaria[157] orientación doctrinal representada en Alemania por SIBER[158] y en Italia por MOSSA[159]. Teoría opuesta diametralmente a la llamada teoría atomista, en donde la transmisión de los derechos

de créditos y la asunción de las deudas operan en su conjunto, de modo que el cesionario ocupa la posición jurídica del cedente o, como ha puesto de relieve el profesor GARCÍA CANTERO[160] estamos ante una institución contractual, autónoma y unitaria. Por otro lado esta teoría no efectúa un desdoblamiento de los aspectos activos (crédito) y el aspecto positivo (deudas), sino por voluntad de las partes surge un negocio unitario[161]. DÍEZ PICAZO[162] lo entiende como un conjunto de efectos contractuales tomados como un todo; para FORNER DELAYGUA[163] estamos ante una transmisión *uno acto,* en su conjunto, o tomando la totalidad de las relaciones jurídicas que se transmiten por la voluntad de las partes; es decir, un contrato anterior da lugar a otro posterior en donde la titularidad activa y pasiva pasa a un tercero, que acepta, y asume la correspondiente titularidad; para VALLS TABERNER[164] el negocio de cesión es esencialmente unitario contemplando las relaciones contractuales en su conjunto y no en sus diversos elementos que la forman; por su parte GARCÍA AMIGO[165] afirma que para los partidarios de la teoría unitaria, las deudas y los créditos están previstas en la propia transmisión como una unidad.

Una tercera teoría que denominamos intermedia también denominada «negocio jurídico complejo»[166], que resulta de una cesión de crédito y una asunción de deuda; es decir, producida la transmisión de los créditos y las deudas de un contrato, por la transmisión el tercero (cesionario) ocupa la posición del cedente. En esta teoría, dice ANDREOLI[167] la transmisión es unitaria a través de la voluntad de las partes, pero se descomponen los créditos y las deudas que forman la unicidad *ex contractus*[168]. Por tanto, si el mecanismo negocial de la cesión de créditos y la asunción de deudas son distintos no se comprende cómo se puede dar vida a un nuevo negocio[169]. VALLS TABERNER[170] afirma que la teoría unitaria difícilmente puede ser acogida en nuestro ordenamiento «por el carácter sinalagmático de las obligaciones, carece de virtualidad suficiente para reunir en un complejo unitario los créditos y las deudas, pues tanto unas como otras conservan sus peculiaridades»; para FORNER DELAYGUA[171] la cesión de contrato consiste en la transmisión del crédito y de las deudas que corresponde al cedente en el contrato.

El problema de la cesión de contrato está en que las legislaciones que lo regulan (arts. 1404 del Código Civil italiano, el 424 del Código Civil portugués, el 244 del Código senegalés, la ley 513 del Derecho Foral de Navarra), solo hay que acudir para su desarrollo; pero, aquellas legislaciones como la alemana, la suiza y la austriaca, que no regulan la cesión de contrato, pero sí la asunción de deuda, la doctrina, como hemos señalado más arriba, entiende que la cesión de contrato y asunción de deuda son dos figuras jurídicas análogas[172]. Por último, el Código Civil francés como el belga no regula la asunción de deuda, pero en sus respectivas legislaciones especiales sí regulan la cesión de contrato, como es el supuesto de nuestra legislación, que con apoyo en el artículo 1255 del Código Civil, la jurisprudencia ha admitido la cesión de contrato, *vid.* las SSTS de 5

de marzo de 1994 *(RJ* 1994, 1653), 24 de marzo de 1995 *(RJ* 1995, 997), 9 de febrero de 1997 *(RJ* 1997, 8967), 19 de mayo de 1998 *(RJ* 1998, 4034), con una clara orientación hacia la postura unitaria. Así, las SSTS de 7 de octubre de 2002 (TOL. 225440) y 9 de julio de 2003 (TOL. 295865).

Pero, a pesar de lo expuesto existe otro dato a tomar en cuenta. Nos valemos de un ejemplo, si tenemos que transmitir las acciones de una sociedad anónima y las participaciones de una sociedad limitada (arts. 88 y 107 del TR de la Ley de Sociedades de Capital), en principio, no habría problema, no solo por la regulación, sino porque está tasado lo que se transmite, pero en una sociedad civil en donde el socio puede aportar: dinero, bienes o industria (art. 1665 del Código Civil) o bienes inmuebles o derechos reales (art. 1667 del Código Civil), además de su carácter personalísimo (cualidad personal del socio), hace que la transmisión pueda llevar una naturaleza bifronte. Por eso creemos que, ante una transmisión entre vivos, si el socio cedente transmite dinero, bienes o derechos reales a un tercero (cesionario), que acepta y ocupa su lugar, previo consentimiento del cedido, solo bastará con acudir a una cesión unitaria, pues el contrato-base (pacto entre el cedente y el cesionario) tiene la misma naturaleza que el convenio que el cedido consiente, con ello el cesionario ocupa la parte o cuota de participación del cedente en el contrato de sociedad[173]. Pero, si resulta que el socio que pretende transmitir su cualidad de socio y se ha comprometido personalmente con terceros, o los pactos sociales se han mantenido en secreto (art. 1669 del Código Civil), para efectuar una transmisión habría que acudir a una cesión atomista; es decir, han de pactar el cedente y cesionario los créditos y las deudas que tendría que consentir el cedido. Y, este es así, porqué las deudas comprometidas por el cedente sin representación son propias del que las genera (art. 1698 del Código Civil).

3. Las relaciones entre los sujetos de la cesión

Las relaciones entre los sujetos afectados por la cesión, como así lo tituló FORNER DELAYGUA[174] supone una relación cedente cesionario, en la que este último ocupa el lugar del cedente, quedando consumada la cesión por el mero consentimiento del cedido. Como hemos indicado más arriba existe una relación previa entre el cedente y el cesionario y concluida esta debe prestar el consentimiento el cedido, son pues, los tres sujetos intervinientes para dar vida a un negocio de cesión. La cesión de contrato no es un negocio abstracto[175], sino, por el contrario, es un negocio causal que consiste en que el negocio concluido (la cesión propiamente dicha) tiene la misma causa que el negocio preexistente[176].

GARCÍA AMIGO[177] escribe que el contrato de cesión en nuestro ordenamiento es innominado y, por tanto, entregado al principio de la autonomía de

la voluntad (art. 1255 del Código Civil), además de las relaciones relativas al consentimiento, objeto y causa (arts. 1262 y sigs. del Código Civil), requisitos esenciales que, en la cesión de contrato, el consentimiento es, precisamente, el resultado de las declaraciones precedentes (acuerdo entre cedente y cesionario) concluido con lo manifestado por el cedido.

El consentimiento es el resultado de la existencia de unos sujetos, titulares de negocios sinalagmáticos, que a través de la voluntad manifestada, en donde el cedente cede al cesionario su posición en la sociedad y, con ello, queda exonerado [el cedente] de la relación contractual que asume el cesionario, debiendo el cedido (los consocios) que prestar su consentimiento de forma unánime, quedando de esta forma materializada la cesión[178].

La STS de 4 de febrero de 1993 *(RJ* 1993, 825), declaro que: «La eficacia respecto al tercero que se va a incorporar a la misma, queda supeditada a su necesario consentimiento, que puede ser expreso o bien tácito. Una vez que llega a tener conocimiento de la cesión queda vinculado directamente con el cesionario, sin que su posición obligacional se agrave o se aminore en sus efectos y sin que sea preciso que dicho consentimiento haya de ser concurrente en el contrato de cesión», *vid*. las SSTS de 6 de marzo de 1973 *(RJ* 1973, 899) y 16 de octubre de 1982 *(RJ* 1982, 5558). La STS de 23 de octubre de 1984 *(RJ* 1984, 4972), viene a establecer que la transmisión o «cesión del contrato, que pasa a ligar a personas distintas de quienes originariamente lo contrajeron, es posible en el derecho patrio, a la luz del principio de libertad de pactos que proclama el artículo 1255 del Código Civil, de tal manera que puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones de un contrato «con prestaciones sinalagmáticas, si estas aún no se han cumplido», en cuyo supuesto sí que es exigible la prestación el consentimiento, anterior, coetáneo o posterior, del consentimiento cedido».

A) La relación del cedente y del cesionario

La finalidad que persigue el contrato de cesión es la transmisión unitaria del conjunto de efectos contractuales nacidos del acuerdo de voluntades[179]. Este esquema conlleva, con carácter previo, la existencia de unas relaciones entre el cedente y el cesionario, que para DÍEZ PICAZO[180] consiste en que el cedente garantice la existencia y validez del contrato cedido, aunque el autor duda de esta «obligación de garantizar», porque si la transmisión pactada resulta nula o inexistente, el cedente responde ante el cesionario, no por la obligación de garantizar, sino por la ineficacia de la cesión, que deberá restituir, además de resarcir por daños y perjuicios; relación que FORNER DELAYGUA[181] la sitúa en asegurar la transmisión para que los efectos vinculen a las partes; por su parte DELGADO ECHEVERRÍA[182] sitúa la relación en las facultades que

el cesionario recibe del cedente, que, para GARCÍA AMIGO[183] esencialmente consiste en situar al cesionario en la misma posición contractual del cedente.

Inicialmente el pacto de cesión entre el cedente y el cesionario es obligatorio. Pero pueden las partes asegurar la cesión, como suspender sus efectos hasta que se produzca determinados acontecimientos, cuestión esta que no es frecuente, pero se puede pactar y, en dicho supuesto, tendría un efecto provisional[184].

Así que, una vez concluida la relación previa entre el cedente y el cesionario, en donde la cesión pactada es perfecta, podemos decir en puridad doctrinal, que el cesionario pasa a ocupar los derechos y obligaciones del cedente. Pero, si lo que se transmite son bienes inmuebles o derechos reales y no operando en nuestro sistema la cesión automática o el mero consentimiento, se requiere de la *traditio* (arts. 609 y 1095 del Código Civil) quedando concluida la cesión a través de la obligación de entrega[185].

En mi opinión las fórmulas contractuales, en principio rígidas, que operan en el tráfico, no son obstáculo para que la voluntad de las partes (cedente y cesionario) se puedan fusionar en un único negocio (cesión de contrato). Es decir, la existencia de obligaciones sinalagmáticas típicas (crédito y deudas) inseparables (si existen, porque como hemos expuesto más arriba no siempre hay deudas) cuando se pretende ceder la cualidad de un socio (cedente) a un tercero (cesionario), si resulta que, además de la cualidad apuntada, conlleva derechos, obligaciones, créditos y deudas, que en el momento de la formación del contrato de sociedad aportó el cedente, el cesionario debe aportar otro tanto de la misma especie y calidad para que, el cedente quede liberado. Así que, en virtud de la libertad contractual (art. 1255 del Código Civil) las partes pueden configurar el contenido de un contrato, con tal que se respete las normas legales e imperativas, las generales y particulares, como las morales y de orden público para concluir un contrato innominado de cesión de contrato[186].

B) La relación del cesionario y del cedido

La cesión de contrato es una relación trilateral en donde debe concurrir el acuerdo de voluntades entre el cedente y cesionario y concluido este se eleva al cedido para que preste su consentimiento. DÍEZ PICAZO[187] escribe que la relación entre el cesionario y el cedido «asumen, respectivamente, la parte del contrato cedido y la totalidad de los correspondientes derechos y obligaciones derivados del mismo». Así, el cedido puede oponer al cesionario las excepciones derivadas del contrato, y viceversa, pero no podrá oponer las excepciones fundadas en la relación entre el cedente y el cesionario, salvo disposición en contrario; para DELGADO ECHEVERRÍA[188] se presume que los derechos y facultades del cedente se han transmitido, salvo los que tengan la condición de personalísimos; por su parte FORNER DELAYGUA[189] afirma que las relaciones

entre el cesionario y el cedido son las derivadas de estar unidas por obligaciones sinalagmáticas, así como las excepciones nacidas del contrato; para GARCÍA AMIGO[190] entre el cesionario y el cedido no hay otra obligación que la de aceptar la *traditio* que en su momento le ofreció al cedente.

En mi opinión la relación-base la puede formar dos o más contratos, inicialmente separados, que por la voluntad de las partes quedan unidos formalmente en único documento que el cedido deberá consentir para que las excepciones por un posible incumplimiento sean efectivas.

4. *Intuitu personae*

El aforismo *«intuitu personae»* hace referencia a la cualidad de persona. Expresión que las sociedades personalistas, como es el caso de las sociedades civiles, en donde uno o más de los socios que componen la sociedad atienden, precisamente, a la condición de persona[191], que en el supuesto de transmitir la cualidad de socio acoge una condición especial, que debe tener en cuenta el tercero que pretenda sustituirlo, pues como comenta CAPILLA RONCERO[192], el concepto de sociedad del artículo 1665 del Código Civil atiende al dato de la colaboración de los socios para conseguir un fin común. Colaboración, por otro lado, que consiste en aportar bienes, dinero o industria, y dentro de los bienes, pueden ser inmuebles o derechos reales (art. 1667 del Código Civil), y en ambos supuestos es para obtener un lucro o ganancia que ha de ser repartida entre los socios. Pero no está regulada la expresión *«intuitu personae»,* posiblemente porque estamos ante el elemento que diferencia la sociedad civil de la sociedad mercantil.

El artículo 1700, párrafo 3.º del Código Civil, contempla la posibilidad de extinguir la sociedad por muerte de uno de los socios. Esta es, precisamente, una de las características de la *«intuitu personae»*. Como hemos expuesto más arriba la disolución por fallecimiento de uno de los socios es fruto de nuestra tradición histórica, pues ya desde el Derecho romano la *societas* era un contrato consensual que producía solamente un vínculo obligatorio entre los socios que, generalmente, eran propietarios de bienes y deudores de las obligaciones contraídas[193]. La *societas* no tenían patrimonio propio, a diferencia de la *universitas*, pero sí un patrimonio común subordinado a los socios, por lo cual cuando uno de los asociados fallecía provocaba la disolución. Hoy tenemos el mismo legado histórico, pues el contrato por el que dos o más personas convienen en poner cosas para obtener una ganancia es un convenio de sociedad. Pero ha sido el principio de conservación de la empresa el que ha permitido que las sociedades personalistas junto con el reconocimiento al derecho a la disolución (art. 1700-3.º), el derecho a la renuncia (art. 1705) y a la partición (art. 1708), se regula la continuidad de los socios sobrevivientes (art. 1704-1.º), como la

continuidad de los herederos (art. 1704-2.º). Lo que ha permitido que la calificación *«intuitu personae»* no suponga un obstáculo para sustituir íntegramente la relación jurídica por un tercero a través de una cesión de contrato[194]. Sin embargo, VICENT LÓPEZ[195], ha manifestado que cuando un contrato posee el carácter *intuitu personae*, como motivo que impide la cesión, esto no dependerá del tipo contractual, sino de la interpretación *in casu*.

En mi opinión la condición de socio en una sociedad personalista se configura con base a la cualidad personal del socio en relación con los demás, esta cualidad supone, entre otras: confianza, participación en la vida social, colaboración personal, aportación de recursos, esfuerzos, etc. Todas estas cualidades del socio en la sociedad civil no impiden la posibilidad de transmitir la condición de socio o, como señala CAPILLA RONCERO[196], la *intuitu personae* es disponible para los socios de una sociedad civil. Por tanto, ante un pacto de despersonalización de la condición de socio relaja la nota de la *intuitu personae* permitiendo la continuidad de los herederos, como de terceros.

V. ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 132 DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

El Anteproyecto del Código Mercantil[197] dedica el Libro Primero «Del empresario y de la empresa», Título primero «De la empresa», Capítulo segundo, Sección primera, bajo el epígrafe «De la transmisión de la empresa», el artículo 132, subdividido en seis párrafos.

El párrafo 1.º del mencionado artículo 132, describe el objeto de la transmisión de la empresa como el conjunto de los elementos que la componen, salvo los derechos y obligaciones del empresario de carácter personalísimos. Precepto que puesto en relación con el artículo 131-1.º en donde «la empresa es el conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicio para el mercado», a su vez con los artículos 131-2.º apartados 1. y 2., y el 131-3.º, la empresa la integran: los bienes y derechos afectos a la actividad, relaciones jurídica y el fondo de comercial, que deberán ser inventariados de modo inicial y sucesivos, además del establecimiento mercantil (bienes inmuebles e instalaciones).

Como señala la Exposición de Motivos «la transmisión de la empresa […] comprenderá la cesión de contratos celebrados en el ejercicio de la actividad empresarial, la cesión de créditos generados en ese ejercicio y la asunción por el adquirente de las deudas que resulten de la documentación contable y empresarial», salvo pacto en contrario. En principio, la transmisión de la empresa se contempla como una universalidad, sin perjuicio de que las partes acuerden excluir algún elemento que no comprometa dicha transmisión y permita su uso al adquirente durante un tiempo.

El artículo 132-4.º, apartado 1, regula la cesión de contrato, que dice: «Salvo pacto o disposición en contrario, el adquirente de la empresa se subrogará automáticamente en los derechos y obligaciones de los contratos celebrados en el ejercicio de la actividad empresarial». Aquí la subrogación consiste en poner a una persona (el cesionario) en el lugar del cedente quedando invariable la relación obligatoria. Ficción legal o voluntaria que permite adquirir la cualidad del que se sustituye. La cesión de contrato es una relación trilateral (cedente, cesionario y cedido), que en un primer plano (el cedente y el cesionario), determinan el conjunto de relaciones jurídicas que, una vez perfeccionado, por el consentimiento del cedido el cedente deja de ser parte en la titularidad de la relación contractual, la cual permanece idéntica en su dimensión objetiva.

Desde mi punto de vista no es la regulación propuesta la figura jurídica de la cesión de contrato que ha construido la jurisprudencia con apoyo en el artículo 1255 del Código Civil; pero, si la encuadramos dentro de la transmisión de una empresa y, no como figura autónoma, creemos que es válida.

El artículo 132-5.º, 1, regula la cesión de créditos que por la transmisión de la empresa conlleva la cesión automática de los créditos generados en la actividad empresarial, siendo responsable el cedente de la solvencia del deudor, salvo pacto en contrario. La cesión será notificada al deudor. A falta de dicha notificación, si el pago es de buena fe tendrá efectos liberatorios (art. 132-5.º, 2), La cesión será oponible frente a terceros (art. 132-5.º, 3). «La cesión de crédito, como sustitución de una persona por otra respecto del mismo crédito, supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho que el anterior, permaneciendo incólume la relación obligatoria»[198].

El artículo 132-6.º, 1, contempla la asunción de deuda, que define de la siguiente manera: «El adquirente de la empresa asume todas las deudas que resulten de la documentación contable y empresarial y aquellas otras que se pacten expresamente». El apartado 2, del mismo artículo 132-6.º, añade la responsabilidad solidaria entre los contratantes de todas las deudas contraídas para la organización y del ejercicio empresarial con anterioridad a la transmisión, quedando extinguida dicha responsabilidad dentro de los tres años a contar de que la transmisión sea oponible. La asunción de deuda del mencionado artículo 132-6.º, hemos de encuadrarla dentro de la transmisión de una empresa, pues como figura jurídica autónoma no se ajusta plenamente a los postulados doctrínales y jurisprudenciales. Sin embargo, a mi entender la asunción de deuda propuesta por la Comisión es de tipo «cumulativa», pues debe ser pactada la responsabilidad a pesar de que queda extinguida dentro de los tres años en que la transmisión sea oponible; es decir, inscrita en el Registro. En este caso la oponibilidad es automática, pues cuando el Derecho positivo reconoce el derecho de terceros, la transmisión debe, con carácter previo, estar inscrita.

En su conjunto la propuesta de la Comisión permite la transmisión de todos los elementos que componen la empresa en su conjunto por imperativo legal

o por voluntad de las partes. El adquirente asume todas las deudas y créditos como fundamento jurídico de la transmisión que no pueden quedar excluidos. Además de contemplar la posibilidad de un pacto por el cual al adquirente asume las deudas y créditos de la gestión anterior de la empresa[199].

INDICE DE SENTENCIAS

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 21 de septiembre de 1907
- STS de 25 de febrero de 1966 *(RJ* 1966, 6512)
- STS de 8 de mayo de 1968 *(RJ* 1968, 2335)
- STS de 10 de abril de 1970 *(RJ* 1970, 3875)
- STS de 18 de diciembre de 1970 *(RJ* 1970, 5598)
- STS de 6 de marzo de 1973 *(RJ* 1993, 899)
- STS de 26 de junio de 1975 *(RJ* 1975, 2616)
- STS de 26 de febrero de 1982 *(RJ* 1982, 6933)
- STS de 16 de octubre de 1982 *(RJ* 1982, 5558)
- STS de 23 de octubre de 1984 *(RJ* 1984, 4972)
- STS de 21 de julio de 1986 *(RJ* 1986, 4575)
- STS de 21 de junio de 1990 *(RJ* 1990, 4860)
- STS de 11 de octubre de 1990 *(RJ* 1990, 7857)
- STS de 4 de febrero de 1993 *(RJ* 1993, 825)
- STS de 22 de julio de 1993 *(RJ* 1993, 6274)
- STS de 5 de marzo de 1994 *(RJ* 1994, 1653)
- STS de 15 de marzo de 1995 *(AC* 1995, 617)
- STS de 24 de marzo de 1995 *(RJ* 1995, 997)
- STS de 3 de julio de 1995 *(AC* 1995, 1014)
- STS de 10 de julio de 1995 *(RJ* 1995, 5555)
- STS de 29 de julio de 1995 *(AC* 1995, 1134)
- STS de 13 de noviembre de 1995 *(AC* 1996, 101)
- STS de 9 de febrero de 1997 *(RJ* 1997, 8967)
- STS de 10 de febrero de 1997 *(AC* 1997, 497)
- STS de 19 de junio de 1997 *(AC* 1997, 998)
- STS de 14 de noviembre de 1997 *(AC* 1997, 236)
- STS de 19 de abril de 1998 *(RJ* 1998, 6548)
- STS de 28 de abril de 1998 *(RJ* 1998, 3263)
- STS de 19 de mayo de 1998 *(RJ* 1998, 4034)
- STS de 19 de mayo de 1998 (TOL 225440)
- STS de 7 de septiembre de 1998 *(AC* 1998, 1193)
- STS de 19 de septiembre de 1998 *(RJ* 1998, 6548)

- STS de 3 de febrero de 1999 *(AC* 1999, 523)
- STS de 23 de febrero de 1999 *(RJ* 1999, 4906)
- STS de 18 de marzo de 1999 *(AC* 1999, 652)
- STS de 24 de febrero de 2000 *(RJ* 2000, 28888) Sala de lo Contencioso Administrativo.
- STS de 11 de marzo de 2000 (TOL 1493)
- STS de 6 de octubre de 2000 *(AC* 2000, 107)
- STS de 21 de diciembre de 2000 (TOL 99651)
- STS de 4 de junio de 2001 *(AC* 2001, 951)
- STS de 19 de septiembre de 2002 (TOL 212978)
- STS de 13 de marzo de 2003 *(AC* 2003, 492)
- STS de 9 de julio de 2003 (TOL 295865)
- STS de 9 de julio de 2003 (TOL 295865)
- STS de 26 de febrero de 2004 *(AC* 2004, 1152)
- STS de 21 de noviembre de 2006 (TOL 1027221)
- STS de 18 de marzo de 2008 (La Ley 319818/2008)
- STS de 23 de julio de 2011 *(RJ* 1988, 8421)

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Vizcaya, 13 de junio de 2005 (TOL 702078)
- SAP de Sevilla, 23 de febrero de 2009 *(JUR* 2009, 19752)
- SAP de Santander, 20 de noviembre de 2012 (TOL 2704641)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 31 de marzo de 1997 *(AC* 1997, 122)
- Resolución de 11 de diciembre de 1997 *(RJ* 1997, 8822)

BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1991). *Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones,* 4.ª edición, Barcelona, José María Bosch (editor).

ANDREOLI, M. (1956). *La cesión del contrato,* traducida por F. J. Osset, Madrid: Editorial RDP.

AGUIRRE FERNÁNDEZ, B. J. (1998). La personalidad jurídica de las sociedades civiles. A propósito de la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 647: 1191-1208.

BADÍA SALILLAS, Á. (1986). En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 572: 317-332.

BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, J. (1954). *La comunidad de bienes en Derecho español,* Madrid: Editorial RDP.

CANO, F. (1957). Pactos sobre sucesiones futuras y pactos sociales, *Anuario de Derecho Civil,* núm. 15 (fascículo 1.°): 377-394.

CAPILLA RONCERO, F. (1984). *La sociedad civil,* Publicaciones del Real Colegio de España: Bolonia.

— (1986). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo 21.º, Madrid: Editorial RDP.

— (1990). La sociedad civil y su conexión registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 599: 155-169.

— (1995). voz: *Sociedad, Enciclopedia Jurídica Básica,* tomo 4.º, 1.ª edición, Madrid: Civitas.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (2008): *Derecho Civil español, Común y Foral. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general,* tomo 3.º, 17.º edición, 1.ª impresión, revisada y puesta al día por G. García Cantero, Madrid: Editorial Reus.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (1984). Comentario a la STS de 23 de octubre de 1984, *Cuadernos Civitas de Derecho Civil,* núm. 6: 2027-2035.

CRESPO ALLUÉ, F. (2010). *Comentarios al Código Civil,* dirigidos por A. Domínguez Luelmo, 1.ª edición, Valladolid: Lex Nova.

CRISTÓBAL MONTES, Á. (1968). La cesión de contrato, *Anuario de Derecho Civil,* núm. 21 (fascículo 4.º): 851-890.

DE AZURZA Y OSCOZ, P. J. (1952). Problemas de la sociedad civil, *Anuario de Derecho Civil,* núm. 5 (fascículo 1.º): 125-198.

DE BUEN, D. (1910). voz: *Sociedad (contrato de), Enciclopedia Jurídica española,* núm. 28: 862-883.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1949). La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica, *Anuario de Derecho Civil,* núm. 2 (fascículo 4.º): 1397-1415.

DE EIZAGUIRRE, J. M. (1997). La personalidad jurídica de la sociedad civil, *La Ley,* núm. 6: 718-724.

DE PABLO CONTRERAS, P. *et al* (2011). *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones,* 3.ª edición, Madrid: Editorial Colex.

DE TORRES PEREA, J. M. (2011). *Código Civil Comentado,* dirigidos por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, 1.ª edición, Pamplona: Thomson Reuters.

DE LA CUESTA RUTE, J. M. (1983). La sociedad interna y la suspensión de pagos, *La Ley,* núm. 1: 833-843.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. *et al* (1987). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Teoría General del Contrato,* vol. 2.º, 2.ª edición, Barcelona: J. M. Bosch (editor).

DIÉGUEZ OLIVA. R. (2011). *Código Civil Comentado,* dirigidos por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, 1.ª edición, Pamplona: Thomson Reuters.

DÍEZ-PICAZO, L. (1980). Los pactos leoninos en el contrato de sociedad, *Estudios de Derecho Privado,* Madrid: Editorial Civitas, 225-242.

— (1980). La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil, *Estudios de Derecho Privado,* Madrid: Editorial Civitas, 315-327.

— (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias,* vol. 2.º, 6.ª edición, Pamplona, Thomson Civitas.
DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil,* vol. 2.º, 9.ª edición, 5.ª reimpresión, Madrid: Editorial Tecnos.
DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (1989). *El pago en metálico de la legítima de los descendientes,* Madrid: Editorial Tecnos.
DONDERIS TATAY, L. (1933). *La copropiedad. Teorías, Derecho español,* 1.ª edición, Madrid: Editorial Reus.
EMBID IRUJO, J. M. (1991). Calificación jurídica de la sociedad irregular, *La Ley,* núm. 1: 295-301.
FARIAS BATLLE, M. (1993). Breve perspectiva jurisprudencial de las sociedades irregulares, *Cuadernos de Derecho y Comercio,* núm. 11: 193-215.
— (1993). La influencia de la forma contractual en la calificación de la sociedad irregular, *La Ley,* núm. 1: 879-885.
FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (1993): Requisitos de forma y publicidad: las sociedades irregulares en Derecho español. STS de 8 de julio de 1993 *(RJ* 1993, 6326), *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 3: 267-280.
FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (2008). *Transmisión* mortis causa *de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar,* 1.ª edición, Navarra: Thomson-Aranzadi.
FERRANDIS VILELLA, J. (1966). *Anotaciones al Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones,* de L. Enneccerus, 15.ª revisión por H. Lehmann, traducción de B. Pérez González y J. Alguer, 3.ª edición, 2.ª parte, tomo 2.º, vol. 2.º, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
FERRARA, F. (2006). *Teoría de las personas jurídicas,* traducida de la segunda edición revisada italiana por E. Ovejero y Maury, Granada: Editorial Comares.
FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. (2001). La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (solo) jurídica del concepto legal de sociedad, *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 239: 7-94.
FORNER DELAYGUA, J. (1989). *La cesión de contrato. Construcción de la figura y la ley aplicable,* Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
FORNIÉS BAIGORRI, A. (1995). Sociedad civil-Sociedad mercantil. La determinación del carácter civil de la sociedad y normativa aplicable, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor M. Broseta Pont*, tomo 2.º, Valencia: Tirant lo Blanch.
FRADEJAS RUEDA, O. M. (1994). La falta de escritura pública en la aportación de inmuebles como desencadenante de la «irregularidad» de la sociedad civil. STS de 27 de mayo de 1993 *(RJ* 1993, 4080), *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 2: 221-226.
GARCÍA AMIGO, M. (1963). Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato, *Revista de Derecho Privado,* núm. 47: 25-45.
— (1964). *La cesión de contratos en el Derecho español,* Madrid: Editorial RDP.
GARCÍA GOYENA, F. (1974). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español,* Zaragoza.
GARCÍA HERRERA, V. (2011). La sucesión en la empresa familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 726: 1927-1959.
GARCÍA MAS, F. J. (1996). La sociedad civil: Su problemática en el tráfico jurídico (un análisis jurisprudencial), *Anales de la Academia Sevillana del Notariado,* núm. 9: 98-117.

GARCÍA VILLAVERDE, R. (1993). Sociedad irregular, *Cuadernos de Derecho y Comercio,* núm. 11: 45-50.

GARRIDO DE PALMA, V. M. (1972). Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil, *Revista de Derecho Privado,* núm. 56: 759-773.

GARRIGUES, J. (1959). Las cláusulas de continuación de la sociedad colectiva con los herederos de un socio, *Cuestiones de Derecho de la Empresa,* (Conferencia pronunciada el 3 de abril de 1959, en el Paraninfo de la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales de Bilbao, Universidad de Valladolid, pp. 79-90.

— (1974). Teoría general de las Sociedades Mercantiles, *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 131: 7-43.

GIRÓN TENA, J. (1951). Las sociedades irregulares, *Anuario de Derecho Civil,* núm. 4 (fascículo 4.º): 1291-1347.

— (1971). Los cambios de socios en las sociedades de personas, *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues,* Madrid: Editorial Tecnos.

— (1976). *Derecho de Sociedades, Parte general. Sociedades colectivas y comanditas,* tomo 1.º, Madrid: Artes Gráficas Benzal.

— (1978). La muerte del socio en las sociedades personalistas, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría,* Madrid: Editorial Civitas.

GONZÁLEZ GARCÍA. J. (1989). *Responsabilidad del heredero y Derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario,* Madrid: Editorial Montecorvo.

HUERTA TRÓLEZ, A. (2004). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio, *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 50: 93-138.

JORDANO BAREA, J. B. (1951). Recensión a la obra de Franco Carresi, *La cessione del contratto,* Milán, 1950, *Anuario de Derecho Civil,* núm. 4 (fascículo 3.º): 1110-1113.

LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al* (1986). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Contratos y cuasicontratos,* vol. 3.º, 2.ª edición, Barcelona: J. M. Bosch (editor).

— (2009). *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones,* 4.º edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Editorial Dykinson.

LOIS ESTÉVEZ, J. (1947). La distinción de condominio y sociedad, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 13: 681-709.

LÓPEZ LÓPEZ, J. y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M. (1952). Significado y régimen jurídico actual de la sociedad de responsabilidad limitada, *Anuario de Derecho Civil,* núm. 5 (fascículo 2.º): 607-651.

MARÍN LÓPEZ, J. J. (2006). *Comentarios al Código Civil,* coordinados por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª edición, Pamplona: Thomson Aranzadi.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C. *et al* (2011). *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones,* 3.ª edición, Madrid: Editorial Colex.

MARTÍNEZ ALMEIDA, A. (1950). Naturaleza jurídica de la aportación a la sociedad, *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* núm. 5: 221-243.

MARTÍNEZ SÁNCHIZ, J. Á. (2000). *Comentario de la Reforma Hipotecaria (RD de 4 de septiembre de 1998),* Colegio Notariales de España, Madrid: Consejo General del Notariado.

MARTÍNEZ SANZ, F. (1992). Consideraciones en torno a la sociedad irregular, *La Ley,* núm. 4: 182-188.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2011). *Código Civil Comentado,* dirigidos por A. Cañizares Laso, P. de Pablos Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, 1.ª edición, Pamplona: Thomson Reuters.

MASIDE MIRANDA, E. (2014). Las sociedades civiles y el registro mercantil, www.ruc.udc.es/dspace/

MILLÁN SALAS, F. (2003). La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil, *Actualidad Civil,* núm. 4: 1179-1197.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (1985). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por M. Albaladejo, tomo 5.º, vol. 2.º, Madrid: Editorial RDP.

NAVARRO PÉREZ, J. L. (1988). *La cesión de créditos en el Derecho Civil español,* Granada: Editorial Comares.

NÚÑEZ-LAGOS, R. (1956). Cesión de contrato, *Revista de Derecho Notarial,* núm. 12: 7-33.

PALAZÓN GARRIDO, M. L. (2003). *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil,* Valencia: Tirant lo Blanch.

PANTALEÓN PRIETO, F. (1993). Asociación y sociedad, *Anuario de Derecho Civil,* núm. 46 (fascículo 1.º): 5-56.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (1991). *Comentarios del Código Civil,* dirigidos por Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, tomo 2.º, Madrid: Ministerio de Justicia.

PINO ABAD, M. (1999). La discutida personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no inscritas, *Cuadernos de Derecho y Comercio,* núm. 29: 183-236.

PONSÁ GIL, J. (1911). *Sociedades civiles, mercantiles, cooperativas y de seguros, Tratado teórico-práctico,* tomo 2.º, Barcelona: Tipografía El Anuario de la Exportación.

ROCA SASTRE, R. M. (1948). Limitaciones legales y convencionales de responsabilidad, *Estudios de Derecho Privado I, Obligaciones y contratos,* Madrid: Editorial RDP.

— (1988). Naturaleza jurídica de la aportación social, Estudios varios, Madrid: Imprenta Gráfica.

ROTONDI, M. (1957). Efectos de la venta de la hacienda mercantil sobre las deudas y los créditos, *Revista de Derecho Privado,* núm. 41: 735-752.

— (1958). Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil, *Revista de Derecho Privado,* núm. 42: 723-731.

RUBIO, J. (1935). El principio de la conservación de la empresa y la disolución de Sociedades mercantiles en Derecho español, *Revista de Derecho Privado,* núm. 21: 288-306.

RUEDA ESTEBAN, L. (2003). La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil, *Cuadernos de Derecho y Comercio,* núm. 39: 105-140.

SABATER BAYLE, E. (2003). Notas sobre la cesión de contrato, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo,* Derecho Civil, Derecho de obligaciones, dirigidos por A. Cabanillas Sánchez *et al,* tomo 2.º, 1.ª edición, Pamplona: Thomson Civitas.

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. (2004). *Las Siete Partidas (El libro del fuero de las Leyes),* Zaragoza: Editorial Reus.

SCAEVOLA, Q. M. (1933). *Código Civil,* continuado por J. Castán Tobeñas con la colaboración de M. Batlle Vázquez y F. Bonet Ramón, tomo 25.º, 1.ª edición, Madrid: Editorial Reus.

STORCH DE GRACIA y ASENSIO, J. G. (1987). Construcción jurídica de la asunción de deuda en el Derecho español, *La Ley,* núm. 4: 1089-1116.
TENA PIAZUELO, I. (1997). Aproximación al origen histórico de la sociedad en el Derecho romano, *Revista de Derecho Notarial,* núm. 23: 193-211.
— (1997). *La caracterización de la sociedad civil y su diferencia con la comunidad de bienes,* Valencia: Tirant lo Blanch.
VALPUESTA GASTAMINZA, E. M. (1995). *La sociedad irregular,* Pamplona: Editorial Aranzadi.
VALLET DE GOYTISOLO, J. (1989). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo 14.°, vol. 2.º, Madrid: Editorial RDP.
VALLS TABERNER, L. (1955). *La cesión de contratos en el Derecho español,* Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
VICENT LÓPEZ, C. (1999). Cesión de contrato: Su aceptación por el contratante cedido, *Revista General de Derecho,* núm. 661-662: 12518-12527.

NOTAS

[1] Precepto puesto en relación con el artículo 143 del C. Com., que dispone: «Ningún socio podrá transmitir a otra persona el interés que tenga en la compañía, ni sustituirla en su lugar para que desempeñe los oficios que a él le tocaren en la administración social, sin que proceda el consentimiento de los socios». Por otro lado, el artículo 222 del mismo cuerpo legal establece que: «Las compañías colectivas y en comandita se disolverán además totalmente por las siguientes causas: 1.ª La muerte de uno de los socios colectivos, si no contiene la escritura social pacto expreso de continuar en la sociedad los herederos del socio difunto, o de subsistir esta entre los socios sobrevivientes». PONSÁ GIL, *Sociedades civiles, mercantiles, cooperativas y de seguros,* tomo 2.º, 1911, pp. 11-12, señala que la muerte del socio colectivo y comanditario disuelve la sociedad, pues su carácter *intuitu personae* altera las bases del contrato. No obstante, los herederos pueden continuar en el lugar del socio fallecido o los socios sobrevivientes. Ambos supuestos han de estar pactados.

[2] Aparece en el Anteproyecto del Código Civil de 1882-88, artículo 42, de análoga redacción.

[3] GARCÍA GOYENA, *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil español,* 1974, p. 835.

[4] CANO, Pactos sobre sucesiones futuras y pactos sociales, 1957, p. 377.

[5] CASTÁN TOBEÑAS, *Código Civil de Q. M. Scaevola,* tomo 25.º, 1.ª edición, 1933, pp. 331-332.

[6] SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, *Las Siete Partidas (El libro del Fuero de las Leyes),* 2004, p. 507.

[7] CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* tomo 21.º, vol. 1.º, 1986, p. 644.

[8] *Op. cit.,* 648.

[9] *Código Civil Comentado,* dirigidos por A. Cañizares Laso *et al,* 1.ª edición, 2011, pp. 742-743.

[10] «Los cambios de socios en las sociedades de personas», *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues,* 1971, pp. 151-152.

[11] «La muerte del socio en las sociedades personalistas», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría,* 1978, p. 188.

[12] *Op. cit.,* pp. 650-652.

[13] *Vid*. CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* p. 652.

[14] *Op. cit.,* pp. 190-191.

[15] *Op. cit.,* p. 383.

[16] *Vid*. GIRON TENA, *op. cit.,* p. 190; MARTÍNEZ VELENCOSO, *op. cit.,* p. 744.

[17] CAPILLA RONCERO, *op. cit*., pp. 657-658, la define como*:* «Cláusula que por virtud de la cual se dispone que al fallecimiento del socio, su participación acrecerá a sus consocios, continuando la sociedad, sin que los herederos del fallecido tenga derecho a liquidación alguna». Cláusula que, por otro lado, no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, pues de admitirse supone un pacto sucesorio contrario a lo dispuesto en el artículo 1271-2.º del Código Civil No obstante, si es asimilado a una donación *inter vivos* o cláusula de exclusión de todo pago, pues supone incrementar el patrimonio de los consocios sin desembolso alguno a los herederos, evitando con ello el pago del impuesto sobre sucesiones; *vid*. GIRÓN TENA *op. cit.,* pp. 190-191.

[18] CANO, *op. cit.,* p. 383.

[19] *Op. cit.,* p. 651.

[20] CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* p. 55; DE EIZAGUIRRE, «La personalidad jurídica de la sociedad civil», 1997, p. 1722; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, *Comentarios del Código Civil,* 1992, p. 1378; AGUIRRE FERNÁNDEZ, «La personalidad jurídica de las sociedades civiles. A propósito de la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997», 1998, p. 1197; FARIAS BATLLE, «Breve perspectiva jurisprudencial de las sociedades irregulares», 1993, p. 200; GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades, Parte general,* tomo 1.º, 1976, p. 227, que lo define como «el instrumento de publicidad que sustituye a la publicidad legal omitida y surte efectos frente a terceros».

[21] *Vid*. MARTÍNEZ SÁNCHIZ, *Comentario de la Reforma Hipotecaria (RD de 4 de septiembre de 1998),* 2000, pp. 291-303.

[22] Las sociedades civiles y el registro mercantil, p. 455.

[23] *Vid*. DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones,* 3.ª edición, 2011, p. 694.

[24] *Vid*. la STS de 14 de noviembre de 1997 *(AC* 1997, 236).

[25] *La caracterización de la sociedad civil y su diferencia con la comunidad de bienes,* 1997, pp. 111-116 y 119, señala que la sociedad y la comunidad son dos fenómenos complejos y diferentes, pero pueden tener rasgos comunes que, en principio, resultan complicados de diferenciar.

[26] *Vid*. CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil,* 1984, pp. 391-392; FORNIÉS BAIGORRI, «Sociedad civil-Sociedad mercantil. La determinación del carácter civil de la sociedad y normativa aplicable», tomo 2.º, 1995, p. 1388.

[27] *Op. cit.,* p. 1373.

[28] *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* tomo 5.º, vol. 2.º, 1985, p. 39.

[29] VALPUESTA GASTAMINZA, *La sociedad irregular,* 1995, p. 20; CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* pp. 105-106; GARCÍA VILLAVERDE, Sociedad irregular, 1993, p. 16; PAZ-ARES, *op. cit.,* p. 1339.

[30] VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.,* p. 91; DE LA CUESTA RUTE, La sociedad interna y la suspensión de pagos, 1983, p. 833; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Requisito de forma y publicidad: las sociedades irregulares en Derecho español, 1994, p. 272; FREDEJAS RUEDA, La falta de escritura pública en la aportación de inmuebles como desencadenante de «irregularidad» de la sociedad civil, 1994, pp. 223-224; GIRÓN TENA, *op. cit.,* p. 231; FARIAS BATLLE, *op. cit.,* pp. 203-204.

[31] *Vid*. LOIS ESTÉVEZ, La distinción de condominio y sociedad, 1947, pp. 701-702; DONDERIS TATAY, *La copropiedad,* 1933, p. 19; ROTONDI, Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil, 1958, p. 724, citando a Ulpiano (D. 17, 2, 31), señala que no es posible una sociedad sin comunidad.

[32] BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, *La comunidad de bienes en Derecho español,* 1954, p. 39.

[33] PAZ-ARES, *op. cit.,* p. 1520; CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* p. 263; MARTÍNEZ VELENCOSO, *op. cit.,* p. 742.

[34] *Código Civil Comentado,* dirigidos por A. Cañizares Laso *et al,* 1.ª edición, 2011, p. 733.

[35] *Op. cit.,* pp. 375-376.

[36] *Vid.* TENA PIAZUELO, *op. cit.,* p. 55.

[37] *Op. cit.,* p. 73.

[38] *Vid.* CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* pp. 72-91; TENA PIAZUELO, *op. cit.,* p. 57; ROCA SASTRE, Naturaleza jurídica de la aportación social, 1988, p. 282.

[39] *Op. cit.,* p. 53.

[40] *Op. cit.,* p. 653.

[41] GIRÓN TENA, *op. cit.,* p. 190; CANO, *op. cit.,* pp. 390-391; CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* p. 654.

[42] *Vid.* MARTÍNEZ VELENCOSO, *op. cit.,* p. 753.

[43] *Vid.* SAP de Vizcaya de 13 de junio de 2005, (TOL. 702078).

[44] *Vid.* DIÉGUEZ OLIVA, *op. cit.,* pp. 726-730.

[45] *Vid.* PAZ-ARES, *op. cit.,* p. 1483.

[46] *Op. cit.,* p. 1466.

[47] LACRUZ BERDEJO, *et al, Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, contratos y cuasicontratos,* vol. 3.º, 1986, p. 417.

[48] *Vid.* SAP de Santander de 20 de noviembre de 2012 (TOL. 2704641).

[49] *Op. cit.,* p. 1483.

[50] *Vid.* CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* pp. 340 y sigs.

[51] LACRUZ, *op. cit.,* p. 417; GIRÓN TENA, *op. cit.,* p. 521; CAPILLA RONCERO, *op. cit.*, p. 320; PAZ-ARES, *op. cit*., p. 1481; MARÍN LÓPEZ, *op. cit*., p. 1968; CRESPO ALLUÉ, *op. cit.,* p. 1833; AZURZA y OSCOZ, Problemas de la sociedad civil, 1952, pp. 172-173; STS 10 de abril de 1970 *(RJ* 1970, 3875).

[52] FERRANDIS VILELLA, *Anotaciones al Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones,* 15.ª revisión, 3.ª edición, tomo 2.º, vol. 2.º 1966, pp. 728-729; GARRIGUES, Teoría General de las Sociedades Mercantiles, 1974, pp. 21-22.

[53] *Op. cit.*, p. 304.

[54] *Op. cit.*, p. 1482.

[55] «La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica», 1949, p. 1404.

[56] LÓPEZ LÓPEZ, y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Significado y régimen jurídico actual de la sociedad de responsabilidad limitada, 1982, p. 617.

[57] *Op. cit.*, p. 617.

[58] *Op. cit.*, p. 549.

[59] *Vid.* GIRÓN TENA, *op. cit.,* pp. 518-519; LACRUZ, *op. cit.,* pp. 416-417; PAZ-ARES, *op. cit*. p. 1482.

[60] *Op. cit.*, p. 1442.

[61] *Vid.* CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* p. 556; GARRIGUES, *op. cit.,* pp. 21-22.

[62] *Vid.* CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* p. 554; CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.,* pp. 465-466; AZURZA y OSCOZ *op. cit.,* p. 173,

[63] LÓPEZ LÓPEZ y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *op. cit.,* pp. 620-621.

[64] *Op. cit.,* p. 315.

[65] *Op. cit.,* p. 351.

[66] *Comentarios al Código Civil,* coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª edición, 2006, p. 1969.

[67] *Op. cit.,* p. 733.

[68] *Op. cit.,* p. 1833.

[69] «Los pactos leoninos en el contrato de sociedad», *Estudios de Derecho Privado,* Madrid, 1980, p. 225.

[70] *Vid.* DÍEZ PICAZO, *op. cit.,* p. 232.

[71] *Vid.* DÍEZ PICAZO, *op. cit.,* pp. 232-237; CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.,* pp. 416-422.

[72] *Op. cit.,* p. 240.

[73] *Vid.* GIRÓN TENA, *op. cit.,* p. 193; PAZ-ARES, *op. cit.,* p. 1503: CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* pp. 358-361.

[74] *Vid.* GIRÓN TENA, *op. cit.,* p. 640; CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* p. 659; CANO, *op. cit.,* p. 380.

[75] GIRÓN TENA, *op. cit.,* p. 183; GARRIGUES, *op. cit.,* p. 81.

[76] Pomponio D. 17, 2, 59; artículo 1865 del Código Civil francés; artículo 1729 del derogado Código Civil Italiano de 1865; parágrafo 727-1.º del Código Civil alemán y el artículo 123 del Código de Comercio español.

[77] *Vid.* GIRÓN TENA, *op. cit.,* p. 641.

[78] *Vid.* GIRÓN TENA, *op. cit.,* p. 186.

[79] *Op. cit.,* pp. 641-642.

[80] RUBIO, El principio de la conservación de la empresa y la disolución de Sociedades mercantiles en el Derecho español, 1935, p. 295.

[81] GARRIGUES, «Las cláusulas de continuación de la sociedad colectiva con los herederos de un socio», *Cuestiones de Derecho de Empresa,* 1959, p. 81.

[82] *Vid.* CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* p. 651; RUBIO, *op. cit.*, p. 297.

[83] D. 17, 50, 2; D. 17, 2, 65 (9); p. 5.ª, tít. 10.º, Ley 10.ª; así, lo resumió el artículo 1597 del Proyecto de Código Civil de 1851, del que resulta el vigente artículo 1704 del Código Civil.

[84] *Vid.* GIRÓN TENA, *op. cit.,* p. 645; CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* p. 651.

[85] *Op. cit.,* p. 383.

[86] *Op. cit.,* pp. 660-661.

[87] *Op. cit.,* pp. 651-652.

[88] El artículo 139 del C. Com. alemán regula la sucesión obligatoria de los herederos; el artículo 2284 del Código Civil italiano lo que impera es la continuidad de la empresa; el artículo 1865 del Código Civil francés consolida la cláusula de sucesión como aceptación de la herencia.

[89] *Op. cit.,* pp. 383-384.

[90] *Op. cit.,* p. 1840.

[91] *Vid.* MARTÍNEZ VELENCOSO, *op. cit.,* p. 746; BATLLE VÁZQUEZ, *op. cit.,* pp. 182-183.

[92] *Op. cit.,* p. 746.

[93] GARRIGUES, *op. cit.,* p. 81.

Vid. CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* p. 651; RUBIO, *op. cit.*, p. 297.

D. 17, 50, 2; D. 17, 2, 65 (9); p. 5.ª, tít. 10.º, Ley 10.ª; así, lo resumió el artículo 1597 del Proyecto de Código Civil de 1851, del que resulta el vigente artículo 1704 del Código Civil.

Vid. GIRÓN TENA, *op. cit.,* p. 645; CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* p. 651.

Op. cit., p. 383.

Op. cit., pp. 660-661.

Op. cit., pp. 651-652.

El artículo 139 del C. Com. alemán regula la sucesión obligatoria de los herederos; el artículo 2284 del Código Civil italiano lo que impera es la continuidad de la empresa; el artículo 1865 del Código Civil francés consolida la cláusula de sucesión como aceptación de la herencia.

Op. cit., pp. 383-384.

Op. cit., p. 1840.

Vid. MARTÍNEZ VELENCOSO, *op. cit.,* p. 746; BATLLE VÁZQUEZ, *op. cit.,* pp. 182-183.

Op. cit., p. 746.

Op. cit., p. 1840.

[94] *Op. cit.,* p. 83.

[95] *Op. cit.,* p. 1976.

[96] *Op. cit.,* p. 198.

[97] *Op. cit.,* pp. 83-85.

[98] *Op. cit.,* p. 88.

[99] *Op. cit.,* p. 1976.
[100] *Op. cit.,* p. 300.
[101] *Op. cit.,* p. 654.
[102] *Sistema de Derecho Civil,* vol. 2.º, 9.ª edición, 5.ª reimpresión, 2005, p. 586.
[103] «La sucesión en la empresa», 2011, p. 1947.
[104] *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil,* 2003, p. 253.
[105] *El pago en metálico de la legítima de los descendientes,* 1989, p. 51.
[106] *Op. cit.,* p. 322.
[107] La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil, 2003, p. 1181.
[108] La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil, 2003, pp. 118-119.
[109] *Op. cit.,* p. 1948.
[110] *La transmisión* mortis causa *de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar,* 2008, p. 273.
[111] *Op. cit.,* p. 274.
[112] La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio, 2004, p. 127.
[113] LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones,* 4.ª edición, 2009, p. 135.
[114] *Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones,* 4.ª edición, 1991, p. 134.
[115] *Vid.* LACRUZ, *op. cit.,* pp. 97-101.
[116] *Op. cit.,* pp. 664-665.
[117] *Op. cit.,* pp. 657-658.
[118] *Op. cit.,* pp. 183-184.
[119] VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* tomo 14.º, vol. 2.º, 1989, p. 348.
[120] *Op. cit.,* p. 117.
[121] FERRARA, *Teoría de las personas jurídica,* 2006, pp. 345-346; MARTÍNEZ ALMEIDA, Naturaleza jurídica de la aportación a la sociedad, 1950, pp. 223-224.
[122] *Op. cit.,* p. 601.
[123] *Vid.* PAZ-ARES, *op. cit.,* p. 1470.
[124] *Op. cit.,* p. 589.
[125] *Op. cit.,* p. 593.
[126] *Vid.* CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* p. 493.
[127] *Op. cit.,* p. 599.
[128] *Op. cit.,* p. 599.
[129] *Vid.* CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* p. 246.
[130] CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* pp. 495 y sigs.; GIRÓN TENA, *op. cit.,* p. 600; CRESPO ALLUÉ, *op. cit.,* p. 1831.
[131] *Op. cit.,* p. 1966.
[132] *Op. cit.,* p. 1471.
[133] CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, Común y Foral,* tomo 3.º, 17.º edición, 2008, p. 405.
[134] *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias,* vol. 2.º, 6.ª adición, 2008, p. 1044.
[135] «La cesión de contrato», 1968, pp. 857-858.
[136] *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Teoría General del Contrato*, vol. 2.º, 2.ª edición. 1987, p. 336.
[137] MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones,* 3.ª edición, 2011, p. 471; SSTS de 26 de noviembre de 1982 *(RJ* 1982, 6933) y 23 de octubre de 1984 *(RJ* 1984, 4972).
[138] *Op. cit.,* p. 335.
[139] *Op. cit.,* p. 470.
[140] *La cesión del contrato,* 1956, p. 2.

[141] Notas sobre la cesión de contrato, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Derecho Civil, Derecho de obligaciones*, tomo 2.º, 1.ª edición, 2003, p. 2977.
[142] *La cesión de contratos en el Derecho español,* 1964, p. 80.
[143] *La cesión de contratos en el Derecho español,* 1955, p. 80.
[144] *Op. cit.,* p. 1043.
[145] *Vid.* la STS de 9 de julio de 2003, TOL. 295865.
[146] *La cesión de contratos. Construcción de la figura y la ley aplicable,* 1989, pp. 42-43.
[147] *Op. cit.,* p. 1046.
[148] *Op. cit.,* pp. 262-264.
[149] *Op. cit.,* p. 64.
[150] ANDREOLI, *op. cit.,* pp. 63-64, encuadra el negocio de cesión dentro de la categoría de los contratos plurilaterales, pues dicho negocio se perfecciona por el concurso de tres partes, en donde cada una de ellas es un centro autónomo de intereses.
[151] SABATER BAYLE, *op. cit.,* pp. 2982-2983; NAVARRO PÉREZ, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español,* 1988, p. 53; STORCH DE GRACIA y ASENSIO, Construcción jurídica de la asunción de deuda en el Derecho español, 1987, p. 1116; STS de 5 de marzo de 1994 *(RJ* 1994, 1653).
[152] *Vid.* ANDREOLI, *op. cit.,* pp. 29-30.
[153] *Vid.* ANDREOLI, *op. cit.,* p. 31.
[154] *Op. cit.,* p. 37.
[155] *Op. cit.,* pp. 267-276.
[156] *Op. cit.,* p. 47.
[157] GARCÍA AMIGO, *op. cit.,* pp. 293-294; NÚÑEZ LAGOS, Cesión de contratos, 1956, p. 11; DÍEZ PICAZO, *op. cit.,* pp. 1044-1045; CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.,* pp. 856 y 863; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Comentario a la STS de 23 de octubre de 1984, 1984, pp. 2034-2035; ANDREOLI, *op. cit.,* p. 39; CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.,* pp. 403-407; STS de 19 de septiembre de 1998 *(RJ* 1998, 6548).
[158] *Die Schuldrechtliche Vertragsfreiheit, en Iherings Jahrbücher,* vol. 70, pp. 240 y sigs., citado por ANDREOLI, *op. cit.,* p. 36.
[159] «Vendita di contratto», *Riv. Dir. Comm.,* 1928-2, pp. 633 y sigs., citado por ANDREOLI, *op. cit.,* p. 36.
[160] *Derecho Civil español, Común y Foral*, en CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.,* p. 403.
[161] *Vid.* ANDREOLI, *op. cit.,* p. 37.
[162] *Op. cit.,* p. 1044.
[163] *Op. cit.,* p. 37.
[164] Citando a MOSSA, Vendita di contratto, *Rev. Dir. Comm.* 1928-2, pp. 633 y sigs., *op. cit.,* p. 41.
[165] *Op. cit.,* pp. 287-291.
[166] *Vid.* ANDREOLI, *op. cit.,* p. 34.
[167] *Op. cit.,* p. 34.
[168] *Vid.* ANDREOLI, *op. cit.,* p. 34
[169] *Vid.* ANDREOLI, *op. cit.,* p. 35.
[170] *Op. cit.,* p. 79.
[171] *Op. cit.,* pp. 47 y 91.
[172] *Vid.* FORNER DELAYGUA, *op. cit.,* p. 34.
[173] *Vid.* FORNER DELAYGUA, *op. cit.,* p. 39.
[174] *Op. cit.,* p. 85.
[175] *Vid.* DIEZ PICAZO, *op. cit.,* p. 1014; FORNER DELAYGUA, *op. cit.,* p. 23.
[176] CARRESI, F. *La cessione de contratto,* Milán, 1950, p. 53, citado por FORNER DELAYGUA, *op. cit.,* pp. 21-22.
[177] *Op. cit.,* pp. 329 sigs.
[178] *Op. cit.,* p. 323.
[179] *Vid.* GARCÍA AMIGO, *op. cit.,* p. 364.

[180] *Op. cit.,* p. 1053.
[181] *Op. cit.,* p. 86.
[182] *Op. cit.,* p. 339.
[183] *Op. cit.,* p. 365.
[184] *Vid.* FORNER DELAYGUA, *op. cit.,* pp. 81 y 87.
[185] *Vid.*GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 365.
[186] GARCÍA AMIGO, Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato, 1963, p. 35; VICENT LÓPEZ, Cesión de contrato. Su aceptación por el contratante cedido, 1999, p. 12520.
[187] *Op. cit.,* p. 1053.
[188] *Op. cit.,* p. 340.
[189] *Op. cit.,* p. 100.
[190] *Op. cit.,* p. 374.
[191] *Vid.* CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* p. 492.
[192] *Op. cit.,* p. 3.
[193] *Vid.* FERRARA *op. cit.,* p. 345.
[194] *Vid.* DÍEZ PICAZO, *op. cit.,* p. 1050; CAPILLA RONCERO, *op. cit.,* p. 493.
[195] *Op. cit.,* p. 12521.
[196] *Op. cit.,* pp. 245-246.
[197] Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (Ministerio de Justicia, Madrid, 2013).
[198] *Vid.* la STS de 26 de septiembre de 2002, *AC* 2002, 113.
[199] ROTONDI, Efectos de la venta de la hacienda mercantil sobre las deudas y los créditos, 1957, pp. 740-741, propone tres supuestos cuando falta regulación expresa. Creemos que la teoría conocida en alemania como Komplexualveraüsserung, que dice: «Teoría de la transmisión necesaria de las relaciones de créditos y deudas del vendedor al comparador, independientemente de la necesidad de un pacto explicito y con la nulidad de todo pacto en contrario», se ajusta al modelo propuesto por la Comisión.

(Trabajo recibido el 18-9-2015 y aceptado para su publicación el 20-10-2015)

El pacto de mejora como negocio jurídico *mortis causa*

Succession agreements in Galicia. The Pacto de Mejora as a legal transaction mortis causa

por

TERESA ESTÉVEZ ABELEIRA

Doctora en Derecho por la Universidad de Vigo. Abogada y Profesora asociada de Derecho civil de la Universidad de Vigo

RESUMEN: El pacto sucesorio de mejora, y también el de apartación, regulados por la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, constituyen dos modalidades de sucesión paccionada cuya naturaleza jurídica *mortis causa* ha venido siendo discutida por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Galicia, por la Abogacía del Estado y por la Dirección General de Tributos, así como su encuadramiento tributario, esto es, si es o no posible su inclusión en el supuesto de exención tributaria del artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del IRPF. El presente estudio analiza el pacto de mejora como un negocio jurídico *mortis causa* gratuito, aunque modalizable y, en particular, su trascendencia fiscal, prestando especial atención a la jurisprudencia emanada del TSJ de Galicia sobre la materia así como a la STS de 9 de febrero de 2016.

ABSTRACT: Agreement as to succession 'by improvement' (pacto de mejora) and succession 'by removal' (pacto de apartación), as regulated by Law 2/2006 of 14 June on the Galician Civil Code, are two means for agreeing succession whose

legal nature mortis causa has been disputed by the Regional Administrative-Financial Court of Galicia, the State Legal Service and the Directorate-General for Taxation. Also a matter of dispute is their insertion in the tax framework, specifically, whether or not this kind of agreement is covered by the tax exemption provided for in Artículo 33.3.b) of Law 35/2006 of 28 November on personal income tax. This article analyses the pacto de mejora as a gratuitous, although subject to modus,legal transaction mortis causa, and, in particular, its tax implications, paying special attention to the jurisprudence of the Supreme Court of Galicia and the Sentence of the Supreme Court of 9 February 2016.

PALABRAS CLAVE: Pacto de mejora. Pacto de apartación. Impuesto de sucesiones. Negocio jurídico *mortis causa*. Negocio jurídico familiar. Negocio jurídico gratuito. Atribución patrimonial.

KEY WORDS: Succession agreement 'by improvement'. Succession agreement 'by removal'. Succession tax. Legal transaction mortis causa. Family legal transaction. Gratuitous legal transaction. Patrimonial attribution.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL PACTO DE MEJORA ES UN NEGOCIO JURÍDICO *MORTIS CAUSA*: 1. La muerte del disponente. 2. La sobrevivencia del favorecido. 3. La privación o sacrificio patrimonial en vida. 4. La vinculación *inter vivos*. 5. En conclusión.—III. EL PACTO DE MEJORA COMO NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR.—IV. EL PACTO DE MEJORA COMO NEGOCIO JURÍDICO GRATUITO MODALIZABLE: 1. Origen de una atribución patrimonial. 2. Onerosidad y gratuidad. 3. Encuadramiento del pacto de mejora. 4. Referencia a la apartación.—V. EN PARTICULAR, TRATAMIENTO FISCAL DEL PACTO DE MEJORA COMO NEGOCIO *MORTIS CAUSA* LUCRATIVO: 1. Postura del TSJ de Galicia. 2. Postura del TEAR Galicia, la Abogacía del Estado y la DGT. 3. Resolución del TEAR Galicia de 15 de septiembre de 2014. 4. STS de 9 de febrero de 2016. 5. Tributación por el Impuesto de sucesiones. *A) Momento del devengo del impuesto. B) Adición de bienes al caudal hereditario. C) Acumulación de disposiciones inter vivos a título gratuito.*—VI. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

El pasado 9 de febrero de 2016 la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo dictaba la sentencia número 252, en cuyo fallo declaraba

«(n)o haber lugar al recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Agencia Estatal de Administración Tributaria contra la sentencia de 29 de octubre de 2014 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia» por la que se había declarado contrario a Derecho el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia de fecha 11 de noviembre de 2013 sobre liquidación provisional practicada en concepto de IRPF en el ejercicio de 2009 de un pacto sucesorio de apartación, anulándolo, así como la liquidación practicada.

Con esta sentencia se pone fin a la controversia que sobre la naturaleza jurídica de los pactos sucesorios de apartación y mejora y su trascendencia fiscal estaba instalada en el ámbito de la Comunidad Autónoma gallega debido a las distintas posturas mantenidas, por un lado, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a favor de la naturaleza *mortis causa* de estos negocios jurídicos y su tributación por el Impuesto de Sucesiones y, por otro, por el Tribunal Económico Administrativo Regional, la Abogacía del Estado y la Dirección General de Tributos, defensores de la naturaleza *sui generis* de estos negocios jurídicos por entender que, aunque tratándose de pactos sucesorios, transmiten bienes o derechos por un acto *inter vivos* que debe tributar por el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

La regulación gallega vigente de la sucesión por causa de muerte, contenida en el Título X de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (en adelante, LDCG 2/2006), reconoce en los pactos sucesorios un modo de delación sucesoria junto con el testamento y la ley, tal como resulta del artículo 181 LDCG 2/2006. Este precepto, similar al derogado artículo 117 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia (en adelante, LDCG 4/1995), difiere, sin embargo, del artículo 658 del Código Civil, al incorporar los pactos sucesorios como una forma de deferirse la sucesión que no está prevista en el texto del Código Civil, en razón del principio prohibitivo del artículo 1271.2 del Código Civil.

La sucesión, pues, conforme a la legislación gallega y al Código Civil, podrá deferirse en todo o en parte por testamento y por ley y, de acuerdo con el Derecho civil territorial gallego, también podrá deferirse, en todo o en parte, por los pactos sucesorios, siguiendo el mismo criterio que las demás legislaciones civiles territoriales que incluyen los pactos sucesorios como un tercer modo de delación sucesoria. Conviven, de esta forma, el testamento, de carácter unilateral y revocable, y el pacto sucesorio, de carácter bilateral e irrevocable, que son dos modos de delación voluntaria, con la delación legal, que es la sucesión intestada o abintestato.

De igual modo, a semejanza de los artículos 658 y 912 del Código Civil, el artículo 181 LDCG 2/2006, como antes lo había hecho el artículo 117.2 LDCG 4/1995, proclama la posibilidad de deferirse la sucesión en todo o en parte de la herencia por cualquiera de los modos previstos en ella, es decir, proclama la compatibilidad de la sucesión testada, intestada y contractual, en contra del principio romano *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

De conformidad con el artículo 209 LDCG 2/2006, «(s)in perjuicio de los que fueran admisibles conforme al derecho, de acuerdo con la presente ley son pactos sucesorios: 1.º. Los de mejora. 2.º. Los de apartación»[1].

Tales pactos sucesorios tienen, sin duda, naturaleza jurídica sucesoria, sin perjuicio de su también carácter contractual[2]. El pacto sucesorio es un negocio jurídico *mortis causa*[3], como veremos seguidamente, que contiene la ordenación sucesoria del causante en el que intervienen este y la persona favorecida por él, por lo que, a diferencia del testamento, que es esencialmente revocable, el pacto sucesorio solo podrá revocarse o modificarse con el consentimiento de ambos contratantes. Pero participa, asimismo, de la naturaleza jurídica del contrato por cuanto requiere el concurso de la oferta, que por ser un contrato sucesorio sería la delación sucesoria, y la aceptación por el favorecido de la cosa y la causa del contrato[4]. Este consentimiento que se presta en el momento del otorgamiento del pacto sucesorio es definitivo porque una vez fallecido el causante no es necesario prestar de nuevo ese consentimiento aunque tampoco se puede renunciar a lo que se hubiera pactado porque ello vulneraría la irrevocabilidad del contrato sucesorio, sin perjuicio de que haya podido preverse su hipotética revocación por concurrir alguna de las causas legales o que hayan incluido las partes en el propio pacto, todo lo cual aconseja acudir, en ciertos aspectos, a la regulación propia del Derecho de obligaciones y contratos.

Así pues, dada la naturaleza jurídica de ambas modalidades de sucesión paccionada, tanto la apartación, por virtud de la cual quien tenga la condición de legitimario, si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto, queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados[5], como el pacto de mejora, negocio jurídico sucesorio por virtud del cual un ascendiente o ascendientes convienen con alguno o algunos de sus hijos o descendientes la atribución *mortis causa* de bienes determinados, en vida de todos los contratantes[6], son negocios jurídicos *mortis causa*[7] de naturaleza gratuita que deben tributar por el Impuesto de sucesiones.

II. EL PACTO DE MEJORA ES UN NEGOCIO JURÍDICO *MORTIS CAUSA*

DÍEZ-PICAZO afirma que «(e)n un sentido muy general negocios *mortis causa* son aquellos en que la contemplación o la consideración de la propia muerte actúa como móvil determinante de la celebración del negocio (*causa mortis*). Sin embargo, en un sentido más estricto y más exacto negocios *mortis causa* son aquellos cuya función radica en la reglamentación del destino *post mortem* del patrimonio y de los bienes de la persona o, en su caso, de otras relaciones jurídicas. No basta la *contemplatio mortis* como móvil determinante del negocio para que este pueda ser calificado como *mortis causa*. Tampoco

basta que la eficacia del negocio haya de desplegarse después de la muerte del declarante. Es menester (…), que el negocio jurídico aparezca como dirigido a establecer y regular el destino *post mortem* de los bienes y de las demás relaciones jurídicas del autor del negocio» (DÍEZ-PICAZO, 1996, 78).

Esto es, precisamente, lo que vienen a hacer los contratos sucesorios de apartación y mejora, ordenar el destino de los bienes de una de las partes del contrato sucesorio, el causante, sin que ese proceso sucesorio arranque después de su fallecimiento, pues ya produce efectos en vida de ambos contratantes[8]. En cambio, no es negocio jurídico *mortis causa* porque contenga la disposición de su última voluntad, en cuyo caso tendría que ser revocable[9], lo mismo que el testamento, para que el *de cuius* pudiera asegurarse que refleja su última voluntad, lo que no ocurre ni en el pacto de apartación, ni en el de mejora por la propia esencia de estos negocios jurídicos sucesorios, en los que confluyen dos voluntades diferentes, la del que dispone de sus bienes a través del pacto sucesorio y la del que los recibe por su aceptación.

En concreto, el pacto de mejora, negocio sucesorio de institución[10], constituye un negocio *mortis causa* porque sus efectos patrimoniales se retrasan normalmente al momento del fallecimiento del *de cuius*, salvo en el caso del pacto de mejora con entrega de bienes de presente[11], cuando el derecho real que se transmite sobre los bienes concretos objeto del pacto se adquiere a la celebración del mismo conforme al artículo 215 LDCG 2/2006, lo que no debe confundirse con la eficacia del propio pacto sucesorio, que vincula a las partes contratantes desde su otorgamiento y no a partir del momento del fallecimiento del causante cualquiera que sea su modalidad.

Es precisamente en los casos de entrega simultánea de los bienes a la formalización del pacto cuando podrían plantearse dudas sobre el carácter *inter vivos* o *mortis causa* de un negocio que, celebrado en vida de las dos partes contratantes y por el que quedan vinculadas desde el momento mismo de su otorgamiento, se ordena el destino sucesorio de unos bienes[12].

1. La muerte del disponente

Entendemos que no resulta fácil su encuadramiento como negocio *inter vivos* o *mortis causa* dentro de la categoría del negocio jurídico. LACRUZ BERDEJO (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1971, 319-333)[13] desarrolla algunos criterios de distinción tales como, entre otros, la muerte del disponente, en el que vamos a detenernos en primer lugar para señalar que la diferenciación entre atribuciones *inter vivos* y *mortis causa* podría consistir en que estas dependieran en su efectividad de la muerte del disponente, es decir, el negocio jurídico a causa de muerte tendría como finalidad regular las relaciones jurídicas del disponente para el tiempo ulterior a su fallecimiento.

En el caso del pacto de mejora la apertura de la sucesión del mejorante a su fallecimiento determina en el mejorado la adquisición del dominio pleno y definitivo de los bienes objeto del mismo, tanto de los que pudieran haberle sido entregados en el momento de la celebración del pacto, cuanto de los que le sean entregados en el momento del óbito de aquel. No obstante, hasta el momento del fallecimiento del mejorante, el mejorado se encuentra en una situación de cierta provisionalidad que le viene impuesta por la posibilidad de que la atribución quede sin efectos por la revocación del pacto antes de que fallezca el mejorante, de acuerdo con los artículos 216, 217.2.º y 218 LDCG 2/2006, por lo que hasta ese momento no se consolida el derecho del mejorado.

2. La sobrevivencia del favorecido

En segundo lugar, examinaremos el criterio de la sobrevivencia del favorecido. De acuerdo con esta pauta, siempre que una atribución se hace depender de la sobrevivencia del favorecido, será disposición a causa de muerte. Este criterio, sin embargo, no es determinante de la naturaleza *mortis causa* de un negocio jurídico pues son posibles las atribuciones bajo la condición de supervivencia del favorecido realizadas en negocios jurídicos *inter vivos*. Por el contrario, en los negocios jurídicos *mortis causa* la sobrevivencia del favorecido es exigencia legal de eficacia, no una condición impuesta al favorecido.

En este sentido, entendemos que si bien toda atribución *mortis causa* exige la sobrevivencia del favorecido, no toda atribución realizada bajo la condición de sobrevivencia del favorecido es necesariamente *mortis causa*, pues, como decíamos, también una disposición *inter vivos* puede supeditarse a la sobrevivencia del favorecido. Desde este punto de vista, mientras que en los negocios *mortis causa* la sobrevivencia del favorecido es premisa esencial a los mismos, en los negocios *inter vivos* constituye un elemento accidental bajo la forma de condición, que puede incorporarse al propio negocio por el disponente.

En concreto, en el pacto de mejora, como negocio sucesorio que es, el mejorado debe sobrevivir al causante para cumplir con una exigencia legal de eficacia, y así se desprende del artículo 218.2.º LDCG 2/2006, que establece la premoriencia del mejorado como causa de ineficacia del pacto de mejora, salvo pacto expreso de sustitución, en cuyo caso serán los sustitutos los que finalmente sobrevivan al causante, al que sucederán, manteniéndose la validez del pacto de mejora y consiguiendo que se materialice uno de los principios del Derecho gallego, cual es el de mantener íntegro e indiviso el patrimonio familiar. La sobrevivencia del mejorado no constituye, en cambio, una condición que el mejorante pueda incluir a voluntad en el propio pacto y a la que supedite su eficacia, pues es de esencia al mismo, sin que sobre ella el mejorante tenga facultad dispositiva alguna.

3. La privación o sacrificio patrimonial en vida

En tercer lugar, puede tomarse en consideración la privación o sacrificio patrimonial en vida (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1971, 326), de manera que en los actos *inter vivos* el causante sufriría un desposeimiento de los bienes durante su vida, mientras que los actos *mortis causa* supondrían la realización de la liberalidad al fallecimiento del causante. Esta distinción parece entrar en contradicción con la apartación y con la modalidad de pactos de mejora con entrega de bienes de presente, en los que se produce la adquisición inmediata de la propiedad de los mismos al tiempo del otorgamiento, sin necesidad de esperar al fallecimiento del causante. ¿Por ello la apartación o el pacto de mejora pasará a ser un negocio *inter vivos*, al menos en esta variante? Creemos que no, porque en estos casos, con la entrega, se adelantan los efectos del pacto sin que, por ello, deje de ser una sucesión *mortis causa,* pues la adquisición de la propiedad plena y definitiva de los bienes se mantiene en el momento del fallecimiento del mejorante.

En este sentido, el reconocimiento del pacto de mejora con entrega de presente por el Ordenamiento gallego entendemos que no implica identificar su naturaleza jurídica con la de un negocio *inter vivos*, pues aún en estos casos y, por supuesto, también en los pactos de mejora que se celebren sin entrega de bienes, estos continúan siendo de libre disposición para el mejorante, reconocidas sus facultades dispositivas en los artículos 216 y 217 LDCG 2/2006, cuando hubiere hecho reserva expresa de las mismas, consolidándose únicamente la liberalidad *mortis causa* a su fallecimiento.

4. La vinculación *inter vivos*

El último criterio a tomar en consideración es la vinculación *inter vivos*. La transmisión patrimonial de presente de los bienes, así como la irrevocabilidad unilateral y arbitraria del negocio jurídico no son notas características de los negocios *inter vivos* en exclusiva, y es que para lograr la distinción entre los negocios jurídicos *inter vivos* y los *mortis causa* es preciso acudir a un criterio más sutil. Quizás esa distinción se encuentre en que los negocios jurídicos *inter vivos* tienen consecuencias jurídicas en el patrimonio actual del disponente, es decir, vinculan inmediatamente a las partes y suponen un cambio jurídico inmediato en el patrimonio del disponente, frente a los negocios *mortis causa,* en los que la apertura de la sucesión es un estadio más del proceso sucesorio que no solo actualiza una vinculación anterior entre las partes sino también la atribución patrimonial que el mejorante ha hecho con anterioridad, aunque referida al caudal relicto.

En este sentido, aunque el pacto de mejora puede suponer una transmisión de presente a favor del mejorado y aunque tal transmisión tenga su origen en

la existencia de un vínculo anterior a la muerte del causante entre este y el mejorado, lo cierto es que, en nuestra opinión, tal transmisión patrimonial se efectúa con cargo al caudal relicto del causante a la apertura de su sucesión[14], lo que resulta imposible en los negocios *inter vivos*.

5. En conclusión

De lo expuesto, podemos concluir que el pacto de mejora es un negocio jurídico *mortis causa*[15], no solo porque constituye un modo de delación hereditaria que tiene por objeto la ordenación voluntaria de la sucesión del mejorante, sino también porque es al fallecimiento del causante cuando el mejorado adquiere sobre los bienes objeto del pacto sus derechos en plenitud[16], sobreviviendo al causante, bajo pena de ineficacia, salvo en los casos de sustitución o de pacto con entrega de bienes de acuerdo con el artículo 218.2.º LDCG 2/2006, sin perjuicio de que se produzcan ciertos efectos inmediatos entre las partes, como la transmisión de bienes de presente[17] conforme al artículo 215 de la misma Ley, o que el disponente pueda reservarse ciertas facultades dispositivas que le permitan «influir» (JORDANO BAREA, 1962, 61) en vida sobre la atribución realizada. Asimismo, porque el mejorado, solo al tiempo de la apertura de la sucesión del mejorante, podrá impugnar los negocios jurídicos realizados en fraude de sus derechos sucesorios sobre bienes concretos de los ascendientes y referidos al caudal relicto de los mismos.

En consecuencia, el pacto de mejora no es un negocio jurídico *inter vivos* porque los efectos de la sucesión se adelanten en el tiempo pues, por un lado, es la muerte del causante y no el momento de entrega de los bienes el que determina su carácter sucesorio y la adquisición de la plena propiedad de los bienes con carácter definitivo, aunque la entrega pueda tener lugar en vida del causante —lo cual no hace desmerecer su condición de título *mortis causa*, al ser el resultado de unos pactos sucesorios, regulados en el Capítulo III del Título X de la LDCG 2/2006, bajo el título «De la sucesión por causa de muerte»— y, por otro lado, porque en tanto no se produzca el fallecimiento del mejorante cabe siempre la posibilidad de que el pacto de mejora pueda ser revocado de concurrir alguna de las causas pactadas o de las contempladas en el texto legal gallego.

III. EL PACTO DE MEJORA COMO NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR

La SAP de A Coruña de 2 de marzo de 2012, en su Fundamento de Derecho 5.º, afirma: El pacto de mejora «(p)uede definirse como un contrato de carác-

ter familiar, sucesorio y personalísimo por el que un ascendiente mejora, con carácter irrevocable, a cualquiera de los hijos o descendientes («*el petrucio*»), dejando a salvo, en todo caso, los derechos de los legitimarios».

El pacto de mejora se circunscribe al ámbito estrictamente familiar (BUSTO LAGO, 2011, 88)[18], pues en él las partes son ascendientes y descendientes, lo mismo que sucede en el pacto de mejora regulado en el artículo 128 LDCG 4/1995 (GUTIÉRREZ ALLER, 1997, 72). Ya en las Conclusiones de la Sección sexta, sobre sucesiones, en el III Congreso de Derecho gallego se había señalado sobre el pacto de mejora que «(b)ajo un epígrafe genérico con el título «De los pactos de mejora» debería acogerse el régimen general aplicable a los pactos por los que se conviene la sucesión en favor de los descendientes» (VVAA, 2003, 571).

Resulta dudoso, sin embargo, si los descendientes a que se refiere el artículo 214 LDCG 2/2006 tienen que ser legitimarios, en base a lo dispuesto en el artículo 245.2.º LDCG 2/2006 o si, por el contrario, basta con que sean hijos o descendientes (REBOLLEDO VARELA, 2008, 927) en base a la supresión en la nueva Ley del tercio de mejora y a que el pacto de mejora, en consecuencia, ya no se circunscribe a aquel lo que, en nuestra opinión, parece más acertado habida cuenta de que este era también el criterio de la LDCG 4/1995, en la que el pacto de mejora solo se admitía entre parientes en línea recta (MUIÑO FIDALGO y SÁNCHEZ CARBALLO, 1996, 54).

El carácter familiar del pacto de mejora se infiere, asimismo, de instituciones tradicionales gallegas tales como la casa, el petrucio o el casar para casa que, en numerosas ocasiones, se encuentran contenidas en las estipulaciones del propio pacto, al que dan sentido, para buscar la conservación íntegra e indivisa del patrimonio, dentro de la familia, en la persona del mejorado[19]. Porque, aunque el concepto de protección de la casa familiar no es ajeno a nuestro Código Civil, como refleja el artículo 1406.4.º del citado texto legal, son los Derechos civiles territoriales, tradicionalmente denominados Derechos forales[20], fundamentalmente familiares, los que de modo más llamativo contienen instituciones sucesorias y familiares que buscan la conservación y transmisión de los patrimonios rurales, que giran en torno a la casa[21], lo cual no obsta para que reconozcamos la evolución de la sociedad gallega y de nuestro Derecho civil propio, para llegar a la conclusión de que si bien esas instituciones tradicionales pueden seguir teniendo su importancia de antaño en el medio rural, no así lo tienen en el ámbito urbano, en el que el pacto de mejora, sin dejar de circunscribirse al ámbito familiar, persigue fundamentalmente facilitar al mejorante la ordenación de su sucesión y al mejorado el disfrute de unos bienes, en vida de los otorgantes cuando es con transmisión de bienes de presente, lo que acontece en la mayoría de los casos[22].

IV. EL PACTO DE MEJORA COMO NEGOCIO JURÍDICO GRATUITO MODALIZABLE

1. Origen de una atribución patrimonial

El pacto de mejora como negocio jurídico comporta una atribución patrimonial, concepto este de una gran trascendencia por servir para perfilar la distinción entre onerosidad y gratuidad, en el intento de encuadrar el pacto de mejora entre los negocios jurídicos onerosos o lucrativos.

Toda atribución patrimonial implica un beneficio o ventaja patrimonial que una de las partes del negocio jurídico procura en favor de la otra y que podrá consistir en que el patrimonio del beneficiario resulte mayor que antes por la agregación de nuevos derechos (DÍEZ-PICAZO, 1996, 80-81)[23], como es el caso del pacto de mejora, en el que el mejorante procura al mejorado una ventaja patrimonial transmitiéndole de manera inmediata unos derechos sucesorios sobre bienes concretos, conforme al artículo 214 LDCG 2/2006. Ello nos lleva a plantear el siguiente interrogante: ¿solo existe ventaja patrimonial para el mejorado?

2. Onerosidad y gratuidad

Es sabido que un negocio jurídico oneroso es aquel que impone sacrificios, a la vez que ventajas, a las dos partes contratantes, mientras que será gratuito o lucrativo cuando solo impone sacrificios a una de las partes y proporciona beneficios a la otra. Enlazando la idea de la onerosidad y la gratuidad con el concepto de atribución patrimonial, un negocio jurídico oneroso implica la existencia de atribuciones patrimoniales correspectivas entre las partes, a la vez que sacrificios, mientras que un negocio jurídico gratuito comporta una atribución patrimonial en favor de una sola de las partes, el beneficiario, y sacrificios para la otra, el atribuyente.

No obstante la aparente simplicidad de esta diferenciación, lo cierto es que existen ciertos negocios jurídicos, entre los que se encuentran los pactos sucesorios en general y el pacto de mejora en particular, cuyo encaje en uno u otro tipo no resulta sencillo[24].

3. Encuadramiento del pacto de mejora

En el pacto de mejora el mejorante dispone gratuitamente de bienes concretos a favor del mejorado sin contraprestación alguna por su parte. Tal afirmación no ofrece reparos cuando se trata de un pacto de mejora que podríamos

denominar puro, porque en él se conviene la ordenación sucesoria de bienes concretos del mejorante, sin imponer al mejorado el cumplimiento de obligación alguna. Los problemas, en cambio, surgen cuando el mejorante impone al mejorado el cumplimiento de alguna carga, supuesto en el que cabría plantearse la posible onerosidad del pacto de mejora. En estos casos, el modo, la carga, la obligación, el gravamen, pudieran entenderse como contraprestación que debe cumplir el mejorado por los bienes concretos que recibe por pacto de mejora. Es conveniente, a nuestro parecer, acudir a la doctrina que se ha pronunciado sobre la onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos para tratar de dilucidar el carácter solo gratuito o, también, oneroso de los pactos de mejora.

Podría defenderse a ultranza el carácter gratuito de los pactos de mejora[25] afirmando que el mejorante hace una atribución patrimonial al mejorado que implica únicamente un sacrificio para aquel, que no se compensa con sacrificio alguno para el mejorado. Sin embargo, parece que cuando la atribución patrimonial tiene su equivalente en la carga que se impone al mejorado, aun cuando no exista relación causal entre las prestaciones, puede transformar el negocio gratuito en oneroso. Consideramos que la equivalencia debe medirse no entre prestaciones objetivamente consideradas, sino entre los sacrificios por ellas causados, por voluntad de las partes, en cada pacto de mejora, atendidas las concretas circunstancias de las partes entre las que se produce la atribución y el sacrificio que le sirve de equivalente. Teniendo en cuenta la situación concreta de las partes y la importancia del sacrificio respectivo podrá determinarse la gratuidad u onerosidad del pacto de mejora que se considere.

La redacción del artículo 217.2.º LDCG 2/2006 no contribuye a esclarecer la cuestión cuando señala que «(l)a disposición realizada en ejercicio de la facultad anterior supondrá la ineficacia del pacto en cuanto a los bienes objeto de la disposición y a la prestación del mejorado, en caso de haberse estipulado. Si la prestación se realizó, total o parcialmente, el mejorado podrá pedir su restitución y, si esta no fuera posible, su equivalente en metálico». De dicha redacción cabe destacar la utilización del término «prestación», que induce a pensar en el carácter oneroso del pacto de mejora si equiparamos tal término a la «ventaja» que pudiera obtener del mejorado el propio mejorante o un tercero por la «carga» que se le impone por los bienes recibidos, provocando en la persona del mejorado un sacrificio que podría convertir en oneroso el pacto de mejora hasta el límite del valor del gravamen impuesto[26].

A excepción de este precepto y del 218.1.º LDCG 2/2006, que establece la ineficacia del pacto de mejora por incumplimiento de las obligaciones asumidas, en ninguna otra norma se alude de una u otra forma al posible carácter gratuito u oneroso del pacto de mejora[27]. Y a ello cabe añadir que los pronunciamientos judiciales tampoco abundan[28]. En este sentido, cabría traer a colación la STSJ de Galicia de 27 de noviembre de 2012, en cuyo Fundamento de Derecho 3.º, diferencia entre pactos de mejora onerosos y gratuitos, en base a que haya o

no prestación por parte del mejorado a favor del mejorante o de un tercero, sin que, no obstante, entre a analizar en profundidad el tema: «Por lo demás, y con carácter general, el pacto de mejora no ha de ser necesariamente gratuito sino que, más allá de su posible modalización, el mejorado puede obligarse a diversas prestaciones y sujetarse a diversas cargas que convierten el pacto de mejora en oneroso».

Por todo ello, esta cuestión resulta ciertamente ardua, sobre todo cuando se impone al mejorado la obligación de cuidar y atender al propio mejorante y/o su cónyuge o a un tercero, porque consideramos que en estos casos la prestación es difícilmente cuantificable desde el punto de vista económico, con la consiguiente complejidad para determinar la equivalencia o no de sacrificios por las partes.

En el campo de las donaciones modales, tradicionalmente se entendía que toda donación con carga es siempre un acto gratuito, porque la carga no es una prestación con contenido independiente, sino que constituye una disminución o limitación de la atribución patrimonial realizada (ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, 2006, 474). Frente a esta postura, PRADA GONZÁLEZ defiende que la atribución con carga es una atribución plena, completa, que hace llegar al patrimonio del favorecido la totalidad y no una parte del bien, cuyo valor no viene de ninguna manera disminuido por la existencia de la carga, de manera que cuando la carga equivalga o supere el valor del bien estaríamos ante un acto oneroso cualquiera que sea la calificación que las partes hayan dado al negocio (PRADA GONZÁLEZ, 1965, 366-367).

En el pacto de mejora, la carga que haya de cumplir el mejorado podrá consistir en la entrega de una parte de los bienes que constituyan el objeto del pacto o en el cumplimiento de una obligación diferente, como el cuidado de algún familiar, por ejemplo, un hermano discapaz o los propios padres. En el primer caso, la carga podrá ser estimable económicamente, pudiendo valorarse si el gravamen tiene un valor superior, igual o inferior a los bienes entregados siendo imposible, en cambio, en el segundo caso, su cuantificación económica.

Se nos plantea, entonces, el siguiente interrogante: ¿Podría considerarse oneroso el pacto de mejora cuando incluya para el mejorado la obligación de cuidar y atender al propio mejorante o a un tercero por el sacrificio que ello le comporta? Y cuando consista la carga en la entrega de una parte del bien objeto del pacto de mejora, ¿podría interpretarse como oneroso en la parte que no cubra el gravamen y gratuito en cuanto al exceso?

En nuestra opinión, la obligación de hacer que el mejorante imponga al mejorado no convierte el negocio gratuito en negocio oneroso. El cumplimiento de alguna prestación por el mejorado no debe entenderse como contraprestación por los bienes concretos que le son adjudicados, sino más bien como una modalización del pacto de mejora. Ello en razón, en primer lugar, del carácter sucesorio del pacto de mejora, el mismo que el del testamento «a favor de quien cuide al testador» del artículo 203.2 LDCG 2/2006, en el que las atenciones

y cuidados al testador simplemente modalizan las disposiciones que este haya realizado y no convierten el testamento en un negocio jurídico oneroso, por mucho que los cuidados que hayan de prestarse al testador pudieran asimilarse a los que el artículo 148.1 LDCG 2/2006 prevé que haya de prestar el cesionario-alimentante del contrato de vitalicio. En segundo lugar, en base a que el artículo 245.2.º LDCG 2/2006 incluye conjuntamente con las donaciones hechas a los legitimarios, que son de carácter esencialmente lucrativo, a las mejoras pactadas con ellos, para establecer que unas y otras se imputarán al pago de la legítima de los descendientes salvo disposición en contrario del causante. Y, en tercer lugar, debido a que el artículo 251.2 LDCG 2/2006 prevé la reducción de lo recibido por pactos sucesorios y, entre ellos, cabría entender incluido el pacto de mejora, si no hubiera en la herencia bienes suficientes para el pago de las legítimas, lo mismo que habría de realizarse con los legados y donaciones a que se refiere el párrafo primero del mismo precepto cuando resulten inoficiosos.

4. Referencia a la apartación

Consideramos que todo ello refuerza el carácter gratuito del pacto de mejora, del que también participa el pacto de apartación, en base a que el artículo 244.2.ª LDCG 2/2006 incluye, entre las disposiciones a título lucrativo, las apartaciones para fijar la legítima de los herederos forzosos subsistentes, y a que el artículo 251.2 LDCG 2/2006 prevé la reducción de lo recibido por apartación si no hubiera en la herencia bienes suficientes para el pago de las legítimas (REBOLLEDO VARELA, 2008, p. 963). Ahora bien, no obstante la naturaleza jurídica gratuita de uno y otro contrato sucesorio, entre ambos existe una diferencia importante, pues mientras que la apartación —no obstante la redacción del artículo 224 LDCG 2/2006, que señala que el apartado queda excluido de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante «a cambio» de los bienes concretos que le sean adjudicados, lo que podría entenderse como una contraprestación que habría de realizar el apartado— no admite la imposición de un modo o carga al beneficiario, porque gravaría cualitativamente la legítima y vulneraría el artículo 813.2 del Código Civil[29], el pacto de mejora sí admite la imposición de un modo, que no grava la legítima ni afecta a la gratuidad del negocio sucesorio.

V. EN PARTICULAR, TRATAMIENTO FISCAL DEL PACTO DE MEJORA COMO NEGOCIO *MORTIS CAUSA* LUCRATIVO

No cabe duda de que, a efectos tributarios[30], el pacto de mejora goza de una gran virtualidad por razón de las ventajas fiscales que ofrece su tributación por el Impuesto de Sucesiones[31].

1. Postura del TSJ de Galicia

La STSJ de Galicia de 22 de marzo de 2006, inicia un cuerpo de doctrina que continúan otras resoluciones del mismo Tribunal[32] en las que se entiende que el pacto sucesorio gallego de apartación y también el pacto de mejora deben recibir el trato de lo sucesorio, por la consideración de los pactos sucesorios como disposiciones *mortis causa* que no generan un incremento o disminución del patrimonio, esto es, no producen una alteración patrimonial sujeta al IRPF, atendiendo no solo a la naturaleza jurídica *mortis causa* de estas instituciones y, por ende, gratuita de la adquisición, sino también a que las partes intervinientes han de ocupar la posición de causante y legitimario, en el caso de la apartación, o de sucesor descendiente de aquel, en el supuesto del pacto de mejora, y a la propia normativa reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y a la de estos negocios jurídicos contenida en la LDCG 2/2006.

De forma aislada, la STSJ de Galicia de 6 febrero de 2013 supuso, a nuestro juicio, una quiebra de este cuerpo doctrinal, debido a un probable error[33], porque tras apoyarse en jurisprudencia anterior que establecía la naturaleza *mortis causa* de los pactos sucesorios, concluía con el siguiente argumento final: «(N)os encontramos ante un pacto sucesorio en el que se transmiten bienes a favor de los mejorados sin necesidad de que se abra la sucesión por el fallecimiento del causante, (por lo que) ha de equipararse a la transmisión *inter vivos* a efectos de su tributación por lo cual el momento del devengo del tributo coincidiría con el de su transmisión previa aceptación del mejorado quien así adquiere el goce y disfrute de los bienes de forma anticipada».

Esta resolución fue posteriormente anulada por la STSJ de Galicia de 19 de junio de 2013, que recuperó el criterio anterior conforme al cual no procede en los pactos sucesorios la tributación por IRPF[34].

2. Postura del TEAR Galicia, la Abogacía del Estado y la DGT

Sin embargo, el Tribunal Económico Administrativo Regional, la Abogacía del Estado y la Dirección General de Tributos continuaban considerando los pactos de mejora y de apartación, a pesar de ser pactos sucesorios, como transmisiones *inter vivos* que generan unas ganancias patrimoniales que no estaban incluidas en la excepción de gravamen del artículo 33.3.b de la Ley del IRPF, por lo que el mejorante, y el apartante, debían tributar por este impuesto. Entre las resoluciones de la Dirección General de Tributos parece oportuno resaltar la de fecha de 4 de septiembre de 2013, que se dicta con ocasión de la consulta V2643-13[35] sobre incidencia a efectos del IRPF de la transmisión que tiene lugar por virtud de un pacto de mejora otorgado por la consultante en favor de dos de sus hijas por el que les transmite unas fincas de su

propiedad: «(L)a transmisión por la consultante de unas fincas a dos de sus hijas mediante el pacto sucesorio de mejora comporta, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, una alteración en la composición de su patrimonio que ocasiona una variación en su valor, es decir, se producen unas ganancias o pérdidas patrimoniales por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales (fincas) adjudicados en la mejora, tal como resulta de lo dispuesto en los artículos 33.1 y 34 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, (*BOE* del día 29). Ahora bien, respecto a esas ganancias o pérdidas patrimonial procede realizar las siguientes precisiones: 1.ª. Al producirse la adjudicación (transmisión) de los inmuebles por un acto *inter vivos* y no en el momento del fallecimiento de la contribuyente, las ganancias patrimoniales que en su caso pudieran producirse no se encontrarían amparadas por la excepción de gravamen que el artículo 33.3,b) de la Ley del Impuesto establece para la coloquialmente denominada plusvalía del muerto. 2.ª. Deberá tenerse en cuenta —en caso de que el valor de adquisición fuera superior al de transmisión— lo dispuesto en el artículo 33.5,c) de la Ley del Impuesto, esto es: no se computarán como pérdidas patrimoniales las debidas a transmisiones lucrativas por acto *inter vivos* o a liberalidades. Lo que comunico a usted con efectos vinculantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 89 de la Ley General Tributaria (*BOE* del día 18)».

Estas diferencias de criterio entre la Dirección General de Tributos, el Tribunal Económico Administrativo Regional y la Abogacía del Estado, y el Tribunal Superior de Justicia de Galicia venían provocando una constante presentación de recursos contencioso-administrativos que el Alto Tribunal resolvía favorablemente, con la excepción ya mencionada.

3. Resolución del TEAR Galicia de 15 de septiembre de 2014

El Tribunal Económico Administrativo Regional, por resolución de 15 de septiembre de 2014, que se dicta para resolver la reclamación económico-administrativa contra acuerdo de la Dependencia de Gestión Tributaria de la Delegación en Vigo de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, desestimatoria de recurso de reposición presentado contra liquidación provisional practicada por el IRPF del ejercicio 2012 con ocasión de un pacto de mejora formalizado en escritura pública el día 29 de noviembre de 2012, por el que unos padres transmiten la propiedad de un inmueble a su hija, concluye: «(R)esulta de aplicación lo dispuesto en el párrafo b) del apartado 3 del artículo 33 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Pues bien, dado que el pacto de mejora es una institución propia del Derecho civil gallego, y teniendo

también en cuenta que las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictadas en esta materia son únicamente recurribles, si acaso, ante el Tribunal Supremo mediante la interposición del recurso de casación en interés de Ley establecido en el artículo 100 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, y que dicho criterio ya viene siendo mantenido por dicho Tribunal, al menos desde el año 2006, sin que la Administración autora de estas liquidaciones por IRPF, esto es, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, haya promovido recurso alguno contra el reiterado criterio del TSJ, con el fin de evitar a los interesados un peregrinaje por las distintas instancias revisoras para ver satisfechas sus pretensiones, este Tribunal ha decidido modificar el criterio que había venido manteniendo hasta la fecha, asumiendo lo argumentado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, y dado que la transmisión realizada por los hoy reclamantes lo ha sido en virtud de «pacto de mejora», no ha dado lugar a ninguna ganancia o pérdida patrimonial a efectos del IRPF, por lo que procede anular la resolución del recurso de reposición y la liquidación provisional de la que deriva».

Esta resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional parecía haber zanjado definitivamente la cuestión[36] porque quedaba acreditado que las adquisiciones mediante pactos sucesorios tributan únicamente para el mejorado-adquirente por el Impuesto de Sucesiones[37]. Sin embargo, después de haberse dictado la STSJG de 29 de octubre de 2014, que se pronunció en el mismo sentido de las sentencias precedentes del mismo órgano al estimar que la apartación que se había realizado por unos padres en favor de su hija mediante escritura pública de 28 de diciembre de 2009, por ser un negocio jurídico *mortis causa*, debía recibir el trato de lo sucesorio tributando por el Impuesto de Sucesiones y no por IRPF, el 29 de enero de 2015, la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, interpuso recurso de casación en interés de ley ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

4. STS de 9 de febrero de 2016

La STS de 9 de febrero de 2016, después de hacer una exhaustiva exposición de las posiciones mantenidas, por un lado, por la representación del particular apartante y por el Ministerio Fiscal, respaldada por abundante jurisprudencia sobre la materia y, por otro lado, por el Abogado del Estado, en representación de la Administración General del Estado, confirma la doctrina jurisprudencial mantenida desde el año 2006 según la cual la transmisión lucrativa por causa de muerte producida por apartación, y también por pacto de mejora, aunque la entrega de bienes tenga lugar en vida del causante, no genera ganancia o pérdida patrimonial por aplicación del artículo 33.3.b de la LIRPF.

5. Tributación por el Impuesto de Sucesiones

El mejorante-transmitente, así como el apartante, queda excluido de tributación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el concepto de incremento patrimonial, pues al igual que en la sucesión ese incremento no existe porque el sujeto pasivo está muerto, tampoco se da en los pactos sucesorios de apartación ni de mejora, negocios jurídicos de naturaleza sucesoria en los que la adquisición de los bienes tiene lugar en virtud de un título sucesorio, tal como se plasma en la STSJ de Galicia de 22 de julio de 2013, Fundamento de Derecho 2.º, referida a un pacto de mejora con entrega de bienes celebrado el 22 de abril de 2010 entre un matrimonio y su hijo, por el que le transmitieron varios inmuebles: *«Non é, coma sostén a administración, unha disposición equiparable a unha donación inter vivos, senón que, polo xogo da competencia da CCAA en materia de dereito civil* (art. 149.1.8.º CE), esta institución (pacto de mellora con entrega de bens) é un pacto sucesorio que atribúe a propiedade dos bens e produce o devengo do imposto de sucesións (DX Tributos consulta V0001-07) e, en consecuencia, está dentro dos márxenes do artigo 33.3.b Lei 35/2006 e, en consecuencia, non xera unha ganancia patrimonial».

La STS de 9 de febrero de 2016 ha venido a confirmar esta doctrina jurisprudencial al señalar, en su Fundamento de Derecho 4.º: «los pactos sucesorios (…) son adquisiciones patrimoniales lucrativas consecuencia de un negocio jurídico por causa de muerte de la persona; sin que su naturaleza jurídica sufra porque el efecto patrimonial se anticipe a la muerte del causante, que constituye, como no puede ser de otra forma en los negocios *mortis causa*, la causa del negocio», y sin que, por ello, quepa descartar la inclusión de los pactos sucesorios en el supuesto de exención tributaria en el IRPF del artículo 33.3.b) de la Ley reguladora de este impuesto porque, «de haberse querido excluir, el legislador bien podría haber excluido los pactos sucesorios, o imponer como condición la muerte física del contribuyente, al no hacerlo no es más que por su expresa voluntad de haber querido comprenderlo en la inexistencia de ganancia o pérdida patrimonial», con la consiguiente exoneración impositiva en el IRPF.

A) Momento del devengo del impuesto

En cuanto al momento del devengo del Impuesto de Sucesiones, será diferente según el pacto de mejora sea con o sin entrega de bienes. En el caso de pacto de mejora con entrega de bienes[38], el momento del devengo será el día en que tenga lugar el otorgamiento del pacto sucesorio, conforme al artículo 24.1 de la LISD[39], que normalmente coincidirá con el de otorgamiento de la escritura pública, porque es en ese momento cuando el mejorado adquiere la propiedad de los bienes adjudicados, al tiempo que se origina un simultáneo devengo de

posibles plusvalías para el mejorante en su IRPF que, sin embargo, quedarán exentas de tributar por el IRPF por incluirse como un supuesto de exención de los recogidos por el artículo 33.3.b) de la LIRPF[40]. En cuanto al pacto de mejora sin entrega de bienes, el momento del devengo del Impuesto de Sucesiones será el día del fallecimiento del mejorante[41] por razón de ser el pacto de mejora un supuesto de adquisición *mortis causa* de determinados bienes.

B) Adición de bienes al caudal hereditario

Asimismo, en nuestra opinión, es preciso atender a las reglas contenidas en el artículo 11 LISD sobre la necesaria adición de bienes al caudal hereditario en las adquisiciones *mortis causa* a los efectos de la determinación de la participación individual de cada causahabiente. Según esta norma se presumirá que forman parte del caudal hereditario los bienes de todas clases que hubiesen pertenecido al causante de la sucesión hasta un año antes de su fallecimiento, salvo prueba en contrario, así como los bienes y derechos que durante los tres años anteriores al fallecimiento hubieran sido adquiridos a título oneroso por algún sucesor, los bienes y derechos que hubieran sido transmitidos por el causante durante los cuatro años anteriores a su fallecimiento, reservándose el usufructo de los mismos o cualquier otro derecho vitalicio.

C) Acumulación de disposiciones inter vivos a título gratuito

Por último, resulta especialmente relevante una alusión a lo dispuesto en el artículo 30 LISD sobre acumulación de donaciones, que también se aplicará a los pactos sucesorios y, entre ellos, al pacto de mejora. Permite determinar si el mejorado —descendiente o adoptado incluido en el Grupo II del artículo 6.2 del Texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio[42]— puede acogerse al beneficio fiscal del 100% de deducción en la cuota del Impuesto de Sucesiones cuando la transmisión que tiene lugar con el pacto sucesorio no traspase los límites fijados por el artículo 2.1 de la Ley 13/2015, de 24 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas[43] para el cumplimiento de los objetivos incluidos en la Ley 12/2015, de 24 de diciembre, de Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2016[44], cuya entrada en vigor se produjo el pasado 1 de enero de 2016[45], y que quedaron concretados en los siguientes términos: «adquisiciones por descendientes y adoptados de 21 años o más y menores de 25, 900.000 euros, menos 100.000 euros por cada año mayor de 21 hasta 24; de 25 años o más, (…) 400.000 euros».

La acumulación, tiene por objeto evitar que pueda eludirse la progresividad del Impuesto de Sucesiones, efecto que provocaría el fraccionamiento de las disposiciones a título lucrativo. En cambio, al realizarse la acumulación todas las donaciones y demás transmisiones *inter vivos* equiparables que se otorguen por un mismo donante a un mismo donatario dentro del plazo de tres años, a contar desde la fecha de cada una, se considerarán como una única transmisión sujeta a la liquidación del Impuesto de Sucesiones. La misma regla se aplicará a las donaciones y demás transmisiones *inter vivos* equiparables acumulables a la sucesión que se cause por el donante a favor del donatario siempre que el plazo que medie entre esta y aquellas no exceda de cuatro años. También se producirá la acumulación de todos los pactos sucesorios pero, a diferencia de los plazos fijados legalmente para las donaciones y demás transmisiones *inter vivos* equiparables, las transmisiones que tengan lugar por pacto sucesorio se acumularán cualquiera que sea el tiempo en que se hayan realizado dada su virtualidad sucesoria[46]. A pesar de que la resolución de la DGT de 17 de octubre de 2013[47] es contraria a tal acumulación, lo cierto es que en la práctica al liquidarse el Impuesto de Sucesiones se acumulan en su totalidad los pactos sucesorios otorgados por un mismo contribuyente a favor de un mismo adquirente sin límite temporal.

VI. CONCLUSIONES

I. El pacto de mejora constituye un pacto *de succedendo* por el que se efectúa una disposición por el mejorante en favor del mejorado, que en el ámbito del Derecho civil territorial gallego será necesariamente un hijo o descendiente o una pluralidad de ellos, que puede ir o no acompañada de la entrega de bienes a este último.

A pesar de realizarse en vida de las partes, en nuestra opinión, se trata de un negocio jurídico *mortis causa* por cuanto que contiene disposiciones referidas a la ordenación sucesoria del causante entre sus descendientes, asignándoles bienes concretos. El objeto del pacto de mejora no es, pues, una cuota parte del caudal relicto, como podía ser por virtud de la LDCG 4/1995 o es la mejora en el Código Civil sino que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 214 LDCG 2/2006, podrán ser uno o varios bienes concretos y determinados en el momento de la celebración del pacto sucesorio, cuando sea con entrega de bienes de presente, o en un momento posterior, ya sea el del óbito del mejorante o el que hayan convenido las partes, cuando sea sin entrega de bienes.

II. Los pactos sucesorios se circunscriben al ámbito familiar. En concreto, el pacto de mejora ha de celebrarse entre ascendientes y descendientes, sin necesidad de que estos últimos sean legitimarios, condición que, sin embargo, se exige al apartado.

III. Asimismo, entendemos que cabe predicar la gratuidad del pacto de mejora tanto si no incluye la imposición de un gravamen al mejorado cuanto si este debe cumplir una obligación, ya sea en favor del propio instituyente, ya sea en favor de un tercero[48], característica que comparte con el pacto sucesorio de apartación. En nuestra opinión, la obligación de hacer que el mejorante imponga al mejorado no convierte el negocio gratuito en negocio oneroso, tan solo lo modaliza, del mismo modo que el testamento «a favor de quien cuide al testador» del artículo 203.2 LDCG 2/2006, en el que las atenciones y cuidados al testador simplemente modalizan las disposiciones que este haya realizado. Por otro lado, no podemos olvidar que el artículo 245.2.º LDCG 2/2006 incluye conjuntamente con las donaciones hechas a los legitimarios, que son de carácter esencialmente lucrativo, las mejoras pactadas con ellos, para establecer que unas y otras se imputarán al pago de la legítima de los descendientes salvo disposición en contrario del causante. Igualmente, el artículo 251.2 LDCG 2/2006 señala que si en la herencia no hubiera bienes suficientes para el pago de las legítimas procederá la reducción de lo recibido por pactos sucesorios y, entre ellos, cabría entender incluido el pacto de mejora, si las reducciones de legados y donaciones inoficiosas no fueran suficientes.

III. Desde la STSJ de Galicia de 22 de marzo de 2006, los pactos sucesorios de mejora y apartación deben recibir el trato de lo sucesorio, declarando el Alto Tribunal reiteradamente la no sujeción en el IRPF de la ganancia o pérdida patrimonial que pudieran ponerse de manifiesto en estos negocios sucesorios que, en consecuencia, deben tributar por el Impuesto de sucesiones. No obstante, las resoluciones de la DGT han venido reflejando siempre el criterio opuesto, por entender que al producirse la transmisión de bienes por un acto *inter vivos* y no en el momento del fallecimiento del causante, de generarse ganancias patrimoniales con la adjudicación, estas no estarían incluidas en la excepción de gravamen del artículo 33.3.b) de la Ley del IRPF y, por tanto, deben tributar por este impuesto. Ni siquiera tras la resolución del TEAR de Galicia de 15 de septiembre de 2014, que modificó el criterio que había venido manteniendo hasta la fecha sobre la tributación de los pactos sucesorios, asumiendo lo argumentado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la DGT varió su postura, quizás esperando el pronunciamiento del Tribunal Supremo en el recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Administración General del Estado contra STSJ de 29 de octubre de 2014.

La STS de 9 de febrero de 2016 resuelve definitivamente la cuestión de la tributación de los pactos sucesorios al hacer suya la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia considerando que la apartación gallega, y también el pacto de mejora, constituyen negocios sucesorios por virtud de los cuales tiene lugar una transmisión lucrativa por causa de muerte del contribuyente, incluida en el artículo 33.3.b) de la LIRPF, por entender que tal transmisión no genera una ganancia o pérdida patrimonial.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE de 3 de septiembre de 2014

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 9 de febrero de 2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

- STSJ de Galicia de 17 de junio de 2005
- STSJ de Galicia de 22 de marzo de 2006
- STSJ de Galicia de 13 de junio de 2006
- STSJ de Galicia de 26 de mayo de 2010
- STSJ de Galicia de 30 de enero de 2012
- STSJ de Galicia de 16 de julio de 2012
- STSJ de Galicia de 24 de septiembre de 2012
- STSJ de Galicia de 27 de noviembre de 2012
- STSJ de Galicia de 23 de enero de 2013
- STSJ de Galicia de 6 febrero de 2013
- STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2013
- STSJ de Galicia de 19 de junio de 2013
- STSJ de Galicia de 3 de julio de 2013
- STSJ de Galicia de 25 de septiembre de 2013
- STSJ de Galicia de 2 de octubre de 2013
- STSJ de Galicia de 9 de octubre de 2013
- STSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2013
- STSJ de Galicia de 2 de abril de 2014
- STSJ de Galicia de 8 de octubre de 2014
- STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2014
- STSJ de Galicia de 29 de octubre de 2014
- STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2014
- STSJ de Galicia de 26 de noviembre de 2014
- STSJ de Galicia de 28 de enero de 2015
- STSJ de Galicia de 18 de febrero de 2015
- STSJ de Galicia de 4 de marzo de 2015
- STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2015

AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP de A Coruña de 2 de marzo de 2012

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1958). *El negocio jurídico*. Barcelona: Bosch.

ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (2006). *La donación*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (1996). Las formas de designar sucesor en bienes. El artículo 27 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22.

BUSTO LAGO, J. M. (2011). Xurisprudencia civil. Sucesión hereditaria. Dereito civil de Galicia. Pacto de mellora. *Revista Xurídica Galega*, núm. 73.

CARDONA GUASCH, O. (2014). La sucesión contractual en Cataluña, Baleares y Galicia. En: O. Monje Balmaseda (coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Tomo II. Madrid: Dykinson.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978): *Derecho civil español común y foral, Tomo VI, Derecho de sucesiones*, vol. 3.º, (8.ª ed. revisada y puesta al día por J. L. DE LOS MOZOS). Madrid: ed. Reus.

CASTÁN VAZQUEZ, J. M. (1964). Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español. *Anuario de Derecho civil*, vol. XVII, núm. 2.

DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Tomo I. Introducción. Teoría del contrato*. Madrid: Civitas.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A. (1973). Titularidad y patrimonio hereditario. *Anuario de Derecho civil*, vol. XXVI, núm. 2.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (1999). *La sucesión contractual en el Código Civil*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

ESPÍN ALBA, I. (1999). Instituciones interpretativas e integradoras. *Manual de Derecho civil gallego*. Madrid: Colex.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, R. I. (2014). Los pactos sucesorios del Derecho civil de Galicia desde la perspectiva tributaria. *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* [En línea], vol. 23, núm. 1, disponible en http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4749593, 4 de marzo de 2015.

GUTIÉRREZ ALLER, V. (1997). *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito civil de Galicia*. Vigo: Ir Indo.

GARCÍA RUBIO, M. P. y HERRERO OVIEDO, M. (2011). Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho civil de Galicia. En: M. C. Gete-Alonso y Calera (dir.), *Tratado de Derecho de sucesiones,* Tomo I. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.

IMAZ ZUBIAUR, L. (2006). *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*. Barcelona: Marcial Pons.

JORDANO BAREA, J. B. (1962). El testamento. *Revista de Derecho notarial*, núm 37-39.

JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M. (2014). El Impuesto de Sucesiones y Donaciones tras la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014. *El Notario del siglo XXI*, núm. 58.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (1992). *Estudios de Derecho privado común y foral, Tomo II, Obligaciones y sucesiones*. Barcelona: Centro de Estudios registrales y José M.ª Bosch (ed.).

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. (1971). *Derecho de sucesiones. Tomo I. Parte general. Sucesión voluntaria*. Barcelona: Bosch.

LOIS PUENTE, J.M. (2007). Comentario a la Sección 4.ª. De la apartación. En: J.M. Cora Guerreiro y otros (coord.), *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, vol. I. Madrid: Consejo General del Notariado.

LORENZO MERINO, F. J. (2002). Nota a la SAP de A Coruña de 11 de octubre de 2001, ponente FERNÁNDEZ-PORTO GARCÍA. *Revista Xurídica Galega*, núm. 34.

MERINO HERNÁNDEZ, J. L. (1987). Artículos 89 a 118 de la Compilación de Aragón. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXIV, vol. 1.º. Madrid: Edersa.

MUIÑO FIDALGO, L. y SÁNCHEZ CARBALLO, J. L. (1996). Comentarios del pacto de mejora. *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*. Madrid: Consejo General del Notariado.

O'CALLAGHAN, X. (2007). *Compendio de Derecho civil*, Tomo V. Madrid: Dijusa.

PELAYO HORE, S. (1967). Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón. *Anuario de Derecho civil*, vol. XX, núm. 4.

PRADA GONZÁLEZ, J. M. (1965). La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. XVI.

PUIG BRUTAU, J. (1983). *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, vol. III. Barcelona: Bosch.

REBOLLEDO VARELA, A. L. (2008). Comentario a la Sección 4.ª. De la apartación. En: A. L. Rebolledo Varela (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.

— Comentarios al Capítulo III. De los pactos sucesorios. En: A.L. Rebolledo Varela (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.

RIVERA FRADE, M. D. (2013). Jurisprudencia sobre la fiscalidad de los pactos sucesorios. *Ponencia inédita presentada en las Jornadas sobre fiscalidad de los pactos sucesorios y comprobación de valores*, organizadas por el Colegio de Economistas de Galicia, Santiago de Compostela 23 y 24 de septiembre de 2013.

ROCA SASTRE, R. M. (2009). *Estudios de Derecho privado, Tomo II Sucesiones*. Cizur Menor: Thomson Reuters.

VISMARA, G. (1941). *Storia dei patti successori*, Tomo Primo, vol. LXVII. Milán: Società editrice *«vita e pensiero»*.

VV.AA (2003). III Congreso de Dereito Galego, A Coruña, de 27 a 29 de noviembre de 2002. *Foro Galego*, núms. 191-192.

NOTAS

[1] Omitimos intencionadamente toda referencia a los problemas de interpretación que genera la expresión «admisibles conforme al derecho», que plantea el dilema de si esta enumeración es *numerus clausus* o *apertus*, por considerar que excede del objeto de este trabajo.

[2] Señala VISMARA, 1941, pp. 2-3, que los dos elementos esenciales de los pactos sucesorios son la bilateralidad y que son actos a causa de muerte al decir «*primo elemento essenziales del patto successorio è dunque la bilateralità; la sua natura contrattuale è fuori discussione. Il secondo elemento essenzial essta in ciò, che il patto successorio è un atto a causa di morte». «In quanto alla irrevocabilità, se nel patto successorio essa si presenta come naturale e inmediata conseguenza della bilateralità, la storia del diritto conosce anche degliatti a causa di morte bilaterali e per tutta via revocabili».*

[3] Plantea PELAYO HORE, 1967, pp. 826-828, múltiples problemas que se presentan a la hora de determinar la naturaleza jurídica de los pactos sucesorios, siendo el primero el decidir si se trata de un negocio *inter vivos* o *mortis causa*: «Si son actos *mortis causa* aquellos que producirán sus efectos solamente después de la muerte del *de cuius*, habrá que catalogar como *mortis causa* los pactos de *succedendo* y de *non succedendo* y, por el contrario, considerar como *inter vivos* los de *hereditate tertii*, puesto que estos últimos producen sus efectos a partir de la muerte del tercero, pero viviendo todavía quienes los concertaron». También considera la posibilidad de pactos en los que el beneficiado haya de hacer una contraprestación, en cuyo caso el pacto sucesorio sería a título oneroso y, puesto que esa contraprestación habría de ser satisfecha en vida del *de cuius*, ese pacto sucesorio sería un acto *inter vivos* y no *mortis causa*.

[4] Este aspecto contractual o paccionado de los pactos sucesorios ha llevado a algunos autores a plantearse la posible aplicación del Derecho de obligaciones a los mismos. Deshecha ESPEJO LERDO DE TEJADA, 1999, pp. 31-32, la posible consideración del pacto sucesorio como un contrato sinalagmático en el que existan obligaciones para ambas partes, porque la contraprestación que se pueda imponer al beneficiado por el pacto no desvirtúa su consideración de tal, siendo buena muestra de ello los casos regulados por los Derechos civiles de las Comunidades Autónomas. En el mismo sentido, MERINO HERNÁNDEZ, 1987, p. 153, al señalar que «pese a provenir en su origen del campo del Derecho de obligaciones, y pese a sus profundas relaciones con la materia contractual, el pacto sucesorio tiene una naturaleza claramente sucesoria».

[5] Su regulación se encuentra contenida tanto en los artículos 224 y siguientes, incluidos en la sección 4.ª del Capítulo III del Título X de la LDCG 2/2006, de 14 de junio, como en los artículos 209 a 213, referidos a las disposiciones generales comunes a todos los pactos sucesorios previstos por el Derecho civil propio de Galicia. *Vid.* LOIS PUENTE, 2007, pp. 533-578, así como REBOLLEDO VARELA, 2008, pp. 962-984.

[6] La previsión normativa de la LDCG 2/2006 para este contrato sucesorio se concreta no solo en los artículos 214 a 223, que integran tanto el pacto de mejora en general cuanto la modalidad de mejora de labrar y poseer, sino también en los artículos 209 a 213 reguladores de las disposiciones generales. *Vid*. ORDOÑEZ ARMÁN, PEÓN RAMA y VIDAL PEREIRO, 2007, pp. 395-522, así como REBOLLEDO VARELA, 2008, pp. 923-948.

[7] Hay que tener en cuenta que, de conformidad con los artículos 209 a 213 LDCG 2/2006, reguladores de las disposiciones generales comunes a todos los pactos sucesorios, solo pueden otorgarse por quienes sean mayores de edad con plena capacidad de obrar, en escritura pública, requisito de forma *ad solemnitatem*, siendo admisible su otorgamiento por poder especial que contenga todos los elementos esenciales del negocio sucesorio que se celebre, cuyas estipulaciones, cuando hagan referencia explícita a instituciones consuetudinarias gallegas, deberán interpretarse conforme a los usos y costumbres locales, aplicables en defecto de ley, a la que deberá acudirse cuando no sea posible averiguar cuál sea la voluntad de los otorgantes del concreto pacto sucesorio, lo cual, por otra parte, proporcionará seguridad jurídica y evitará toda posible desigualdad que siempre genera la aplicación de este tipo de normas, diferentes de unos lugares a otros.

[8] En este sentido, señala IMAZ ZUBIAUR, 2006, p. 266, que «el pacto sucesorio abarca y unifica, en vida del causante, todo el proceso que tiene lugar tras la muerte del *de cuius* cuando la sucesión ha sido ordenada por testamento o por ley: en efecto, las fases correspondientes a la designación, vocación, delación y aceptación hereditarias quedan reemplazadas, en virtud del contrato sucesorio, por el consenso entre instituyente e instituido en torno a la designación y consiguiente atribución sucesoria con la que favorece el primero al segundo».

[9] Señala JORDANO BAREA, 1962, pp. 98-99, que la revocabilidad no se da normalmente en los pactos o contratos sucesorios, y que cuando se da es por «razones puramente históricas o consuetudinarias que, en realidad, hacen posible el otorgamiento de verdaderas disposiciones de última voluntad bajo forma contractual o paccionada». En definitiva, justifica la revocabilidad de los pactos sucesorios cuando funcionan como actos de última voluntad.

[10] La generalidad de la doctrina señala la existencia de tres tipos de pactos sucesorios, a saber, el pacto de institución, el pacto de renuncia y el pacto sobre la herencia de un tercero. Entre otros, cabe referirse a VISMARA, 1941, p. 4, habla de «*patti successori positivi, patti successori rinunciativi, e patti successori dispositivi*»; ROCA SASTRE, 2009, pp. 392-393; PUIG BRUTAU, 1983, pp. 360-361; CASTÁN TOBEÑAS, 1978, pp. 265-268 y O'CALLAGHAN, 2007, pp. 356-357. En particular, entendemos que los pactos sucesorios de institución son los negocios jurídicos bilaterales *mortis causa* en los que se dispone la institución de heredero o la asignación de bienes concretos, con la posible inclusión de concretas cargas u obligaciones que haya de cumplir el beneficiado contractual respecto del adjudicante, no revocables por voluntad unilateral de cualquiera de las partes. Por otro lado, en el pacto de renuncia el legitimario desiste anticipadamente de su derecho sucesorio a través del contrato que celebra con el causante y en el pacto sobre la herencia de un tercero, los otorgantes celebran un contrato en el que fijan determinadas estipulaciones dispositivas de la herencia de un tercero que todavía no ha fallecido y que no interviene en el pacto, al que uno de ellos, al menos, espera suceder a título de heredero. En relación con este último, cabe señalar que, a pesar de que la mayoría de la doctrina, con buen criterio, no considera este negocio como un verdadero pacto sucesorio, debido a que no sirve para ordenar la sucesión del causante, la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco lo incluye en su artículo 100.2.

[11] Lo mismo ocurre con la apartación que, siendo un negocio jurídico *mortis causa,* en el que los futuros legitimarios se excluyen voluntariamente de la futura sucesión, produce efectos *inter vivos* (esa autoexclusión de la legítima se produce a cambio de la transmisión de un bien o derecho), conforme al artículo 224 LDCG 2/2006. También en Cataluña, con los heredamientos, que producen determinados efectos en vida del otorgante del pacto, según los artículos 431-25 y 431-30 Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones y en Aragón, con la institución de presente de heredero universal, por la que el instituido adquiere todos los derechos de que sea titular el instituyente al otorgamiento del pacto, de acuerdo con el artículo 389.1 Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código de Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de la Leyes civiles aragonesas.

[12] DORAL GARCÍA DE PAZOS, 1973, p. 449, había señalado el especial interés que «ofrecen los negocios *mortis causa* con estructura y eficacia de *inter vivos*, así como la recíproca influencia del régimen jurídico del Derecho de obligaciones respecto del sucesorio».

[13] En opinión de ESPEJO LERDO DE TEJADA, 1999, p. 106, los criterios aportados por LACRUZ para aproximarse a la distinción entre actos *inter vivos* y *mortis causa*, aunque valiosos, no son definitivos dada la indefinición del negocio *mortis causa* en nuestro sistema legal.

[14] Hay que tener en cuenta que en el pacto de mejora, el fenómeno sucesorio ve alterado el orden de las diferentes fases que lo integran, al producirse la vocación y delación de la herencia, así como su aceptación, con anterioridad a la apertura de la sucesión del mejorante, que tendrá lugar con su fallecimiento.

[15] En cambio, GARCÍA RUBIO y HERRERO OVIEDO, 2011, p. 1297, entienden que solo es pacto sucesorio de mejora aquel en que el mejorante se reserva las facultades dispositivas y no hay entrega de bienes, porque «el contrato estará versando sobre un objeto

verdaderamente sucesorio, el montante aleatorio en que consiste toda herencia. En caso contrario estaremos simplemente ante un contrato *inter vivos* aunque con efectos diferidos a la muerte del mejorante».

[16] En este sentido, JORDANO BAREA, 1962, p. 61.

[17] En este sentido, ASÚA GONZÁLEZ, 1996, p. 216, afirma que el adquirente de presente no es un sucesor en vida, porque el fenómeno sucesorio se produce por el hecho de la muerte y después de la muerte. Del mismo parecer, IMAZ ZUBIAUR, 2006, p. 233.

[18] En contra, ORDOÑEZ ARMÁN, PEÓN RAMA y VIDAL PEREIRO, 2007, p. 345, no circunscriben los pactos sucesorios al ámbito familiar y defienden la posibilidad de celebrar un pacto sucesorio con un extraño.

[19] Son muchos los autores que tradicionalmente han venido defendiendo la importancia social que tiene el pacto sucesorio en orden a la conservación y transmisión del patrimonio familiar. Entre otros, MERINO HERNÁNDEZ, 1987, p. 155; ROCA SASTRE, 2009, pp. 398-399 y CASTÁN VAZQUEZ, 1964, p. 373.

[20] Respecto de la casa aragonesa escribía LACRUZ BERDEJO, J. L., 1992, pp. 385-386, que «es precisamente en los institutos familiares (con ciertas excepciones) y sucesorios donde la visión campesina ha preponderado sobre el Derecho urbano de la economía dineraria, crediticia y mercantil. Lo que se conserva en los Derechos de fuero son, más o menos, los mismos institutos que en su tiempo se crearon para regular la vida y la continuidad de una familia rural, y que probablemente nacieron en el momento en que, al disminuir la cohesión del primitivo grupo de parientes y configurarse el derecho de propiedad conforme al modelo romano, la conveniencia de conservar íntegra la fortuna familiar determina que por ley o por costumbre se conceda al individuo amplia libertad para distribuir sus bienes; florezcan paralelamente formas adecuadas de disposición *mortis causa*, desde los testamentos de mancomún y los pactos sucesorios, hasta la herencia de confianza y la fiducia para elegir heredero; y se asegure la situación de cónyuge viudo por medios de Derecho de familia. Todas estas instituciones, creadas al servicio de un modelo familiar rural, han tenido precisamente en el agro su máximo desarrollo, al amparo de un Derecho consuetudinario riquísimo que las ha complementado e incluso reestructurado en casos, siempre con una única finalidad: la persistencia de algo que es, a la vez, una empresa agraria y un grupo familiar que se perpetúan en el tiempo: lo que en Aragón llamamos la casa, ente compuesto por una familia campesina estable y los bienes —ordinariamente una explotación agrícola o ganadera— que aseguran su permanencia; bienes que —y con ellos la soberanía doméstica— han de transmitirse íntegros a un sucesor singular».

[21] En estos términos se expresa la STSJ de Galicia de 17 de junio de 2005, en su Fundamento de Derecho 3.º: «lo que conviene aquí remarcar es la figura de la casa, en torno a la que (…) gira la mayor parte de nuestro Derecho». En concreto, sobre la importancia que tiene el concepto de casa para entender el alcance y finalidad de determinados pactos sucesorios, como la mejora de labrar y poseer y la apartación, *vid.* ESPÍN ALBA, 1999, p. 46.

[22] Así lo reflejan los datos de pactos sucesorios otorgados en el ámbito del Colegio notarial de Galicia durante el periodo 2006 a 2014, distinguiendo entre contratos sucesorios sin y con transmisión de bienes de presente, sin poder precisar qué concreto pacto sucesorio se ha otorgado en cada caso: Año 2006: Contratos sucesorios sin transmisión de bienes de presente: 24. Contratos sucesorios con transmisión de bienes de presente: 4234. Año 2007: Contratos sucesorios sin transmisión de bienes de presente: 85. Contratos sucesorios con transmisión de bienes de presente: 3757. Año 2008: Contratos sucesorios sin transmisión de bienes de presente: 120. Contratos sucesorios con transmisión de bienes de presente: 4127. Año 2009: Contratos sucesorios sin transmisión de bienes de presente: 126. Contratos sucesorios con transmisión de bienes de presente: 5877. Año 2010: Contratos sucesorios sin transmisión de bienes de presente: 188. Contratos sucesorios con transmisión de bienes de presente: 6397. Año 2011: Contratos sucesorios sin transmisión de bienes de presente: 219. Contratos sucesorios con transmisión de bienes de presente: 6507. Año 2012: Contratos sucesorios sin transmisión de bienes de presente: 269. Contratos sucesorios con transmisión de bienes de presente:

6167. Año 2013: Contratos sucesorios sin transmisión de bienes de presente: 246. Contratos sucesorios con transmisión de bienes de presente: 6142. Año 2014: Contratos sucesorios sin transmisión de bienes de presente: 222. Contratos sucesorios con transmisión de bienes de presente: 6566. Año 2015: Contratos sucesorios sin transmisión de bienes de presente: 255. Contratos sucesorios con transmisión de bienes de presente: 7089.

[23] En el mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, 1958, p. 71.

[24] Según LORENZO MERINO, 2002, p. 80, tampoco resulta fácil encuadrar la apartación porque, aunque en su virtud el apartado recibe unos bienes concretos en vida del apartante a cambio de renunciar definitivamente a su condición de legitimario, verdaderamente para el apartante no hay acrecimiento patrimonial y la renuncia del apartado a esa expectativa legitimaria únicamente aproximaría esta figura a una donación onerosa.

[25] En este sentido, BUSTO LAGO, 2011, p. 88, defiende que la imposición de condiciones o cargas modales al mejorado no desnaturalizan «el carácter esencialmente gratuito del pacto de mejora». En contra, ORDOÑEZ ARMÁN, PEÓN RAMA y VIDAL PEREIRO, 2007, p. 430.

[26] En este sentido y en relación a las donaciones onerosas, ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, 2006, p. 469.

[27] En opinión de CARDONA GUASCH, 2014, p. 1472, la tipificación en el artículo 218 LDCG 2/2006, como causas de ineficacia del pacto de mejora, de las causas de desheredación, indignidad, la conducta gravemente injuriosa o vejatoria y la ingratitud, en el supuesto de que hubiese habido entrega de bienes, confirman su naturaleza gratuita.

[28] No así respecto del pacto de apartación, pudiendo consultarse las SSTSJ de Galicia de 13 de junio de 2006, ponente SELLES FERREIRO, JUR 2007, marg. 208525; STSJ de 30 de enero de 2012, ponente GÓMEZ y DÍAZ-CASTROVERDE, JUR 2012, marg. 59769; la fundamental STSJ de 24 de septiembre de 2012, ponente RIVERA FRADE, JT 2012, marg. 1130; y las más recientes STSJ de 23 de enero de 2013, ponente FERNÁNDEZ LEICEAGA, JUR 2013, marg. 56863; STSJ de 19 de junio de 2013, ponente SELLES FERREIRO, JT 2013, marg. 1488; STSJ de 3 de julio de 2013, ponente RIVERA FRADE, JT 2013, marg. 1497, STSJ de 25 de septiembre de 2013, ponente, SELLES FERREIRO, JUR 2013, marg. 318591 y STSJ de 29 de octubre de 2014, ponente NÚÑEZ FIAÑO, JUR 2015, marg. 29218.

[29] Se trata de una disposición legal de carácter imperativo.

[30] A este respecto es importante señalar que, conforme al artículo 3.a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, se determina como hecho imponible de este impuesto la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. Asimismo, es de resaltar lo dispuesto por el artículo 6.4 Ley 35/2006, de 28 de noviembre y el artículo 4 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, que establecen que un mismo hecho imponible no puede tributar por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones y por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y lo previsto por el artículo 11.b del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, por virtud del cual se establece que son títulos sucesorios a los efectos del impuesto de sucesiones los contratos o pactos sucesorios. Por último, es necesario tener en cuenta que el artículo 2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, determina como objeto de este impuesto las ganancias y pérdidas patrimoniales del contribuyente, que concreta en el artículo 33.1, para en el artículo 33.3 decir que no existe ganancia o pérdida patrimonial con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente.

[31] En las presentes páginas únicamente abordaremos la tributación que genera el otorgamiento de un pacto de mejora sin que nos detengamos a considerar la trascendencia tributaria que la ineficacia o revocación del mismo pueda provocar en orden a una posible devolución del Impuesto de Sucesiones previamente pagado, para lo que habría que acudir a lo dispuesto por el artículo 57 RDL 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Sobre el particular, *vid*. la Resolución de la DGT de 22 de septiembre de 2010 (V2102-10) sobre un pacto de mejora revocado por incumplimiento de obligaciones por la mejorada, lo

que no solo no genera devolución del Impuesto de Sucesiones pagado por esta, sino que los padres, que recuperan la propiedad de la vivienda que le habían transmitido vía negocio sucesorio, tendrían que pagar el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

[32] En concreto, la STSJ de Galicia de 13 de junio de 2006, STSJ de Galicia de 26 de mayo de 2010, STSJ de Galicia de 16 de julio de 2012, STSJ de Galicia de 24 de septiembre de 2012, STSJ de Galicia de 23 de enero de 2013 y STSJ de Galicia de 19 de junio de 2013, entre otras.

[33] Según RIVERA FRADE, 2013, p. 8, constituía un error porque el argumento final de la sentencia no coincidía ni con el propio texto de la sentencia ni con la doctrina de la Sala.

[34] Este criterio es el de la STSJ de Galicia de 2 de octubre de 2013, STSJ de Galicia de 9 de octubre de 2013, STSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2013, STSJ de Galicia de 2 de abril de 2014, STSJ de Galicia de 8 de octubre de 2014, STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2014, STSJ de Galicia de 29 de octubre de 2014, STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2014, STSJ de Galicia de 26 de noviembre de 2014, STSJ de Galicia de 28 de enero de 2015, STSJ de Galicia de 18 de febrero de 2015, STSJ de Galicia de 4 de marzo de 2015, STSJ de Galicia de 4 de marzo de 2015, y STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2015.

[35] En el mismo sentido, la Resolución de la Dirección General Tributos de 4 de septiembre de 2013 (V2643-13), de 9 de diciembre de 2013 (V3558-13), de 5 de agosto de 2010 (V1854-10) y la de 6 de junio de 2011 (V1438-11), que se dicta en contestación a un consultante y su cónyuge, de vecindad civil gallega, que tienen la intención de otorgar un pacto de mejora con entrega de bienes, en concreto, el pleno dominio de un inmueble, a favor de un hijo.

[36] El 12 de septiembre de 2014 el Grupo parlamentario popular de Galicia había presentado ante la Mesa del Parlamento una Proposición No de Ley para su debate en Pleno (núm. registro 27302) que finalmente quedó redactada, con la aprobación por unanimidad de todos los grupos parlamentarios en la sesión del día 11 de noviembre de 2014, en los siguientes términos: *«O Parlamento de Galicia insta á Xunta de Galicia a que demande da Administración tributaria estatal que teña en conta os pronunciamentos do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia en relación coa natureza xurídica da transmisión mortis causa dos pactos sucesorios de mellora e apartación realizados ao abeiro da Lei 2/2006, do 14 de xuño, de dereito civil de Galicia, para os efectos da súa non tributación no IRPF»,* cuando ya había sido dictada la resolución de 15 de septiembre de 2014 del Tribunal Económico Administrativo Regional. Por otra parte, cabe añadir que, no obstante esta resolución, lo cierto es que la Dirección General de Tributos seguía emitiendo resoluciones, tal es el caso de la de 3 de noviembre de 2014 (V2948-14), en el mismo sentido de las precedentes concluyendo que «la ganancia patrimonial que pueda producirse no se encuentra amparada por el artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, conforme al cual «se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial (…) con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente».

[37] Cuando el bien cedido por pacto de mejora constituyese la vivienda habitual del mejorante, el mejorado podrá solicitar la reducción en la base imponible del Impuesto de Sucesiones del valor de la vivienda habitual con arreglo al artículo 7.3 Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado, y así se expresará en la propia escritura pública de otorgamiento del pacto de mejora, con el compromiso del mejorado de mantenerla en su patrimonio por un periodo de cinco años exigido legalmente. La STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2013 admite tal posibilidad, solicitada por la mejorada de un pacto de mejora formalizado en escritura pública el día 20 de junio de 2008, en virtud del cual sus padres le cedieron el 100% de la nuda propiedad de la vivienda unifamiliar que constituía la vivienda habitual de los cedentes, sita en el municipio de Arteixo, al reconocer «el derecho de la actora a que se le aplique la reducción por la adquisición de la vivienda habitual contemplada en el artículo 20.2 c) de la Ley del Impuesto, y a que una vez aplicada tal reducción se le devuelva la cuota abonada en exceso, con los intereses correspondientes».

[38] La apartación podríamos equipararla al pacto de mejora con entrega de bienes en lo que al momento del devengo se refiere.

[39] Artículo 24.1 LISD, según redacción dada por el artículo 5.2.2 Ley 62/2003, de 30 de diciembre establece que «En las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código Civil. No obstante, en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo».

[40] En contra, FERNÁNDEZ LÓPEZ afirma que el mejorante experimenta una alteración en la composición de su patrimonio como consecuencia del pacto de mejora, por lo que se produce una sujeción al IRPF de la ganancia o pérdida patrimonial obtenida por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión del bien o bienes concretos adjudicados en la mejora según resulta de los artículos 33.1 y 34 de la LIRPF, lo que se traduciría en que la ganancia patrimonial que, en su caso, resultase del negocio de transmisión no podría considerarse como uno de los supuestos de excepción de gravamen del artículo 33.3.b) LIRPF y en que la posible pérdida patrimonial no se computará como tal (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2014, p. 12).

[41] Por aplicación de la legislación tributaria el mejorado dispondrá de un plazo de seis meses para el pago del impuesto, de manera que si no paga en ese plazo se le impondrán los correspondientes recargos por demora, intereses y, en su caso, las sanciones que procedan.

[42] *DOG* de 20 de octubre de 2011.

[43] La Exposición de Motivos hace una acertada referencia a los pactos sucesorios y, en particular, al pacto de mejora y apartación, para resaltar que esta medida «permitirá en un mayor grado que el actual, que aquellos que quieran entregar bienes en vida a sus descendientes como forma anticipada de la herencia a percibir se beneficien de esta reducción».

[44] *DOG* de 31 de diciembre de 2015.

[45] Es conveniente resaltar a este respecto que, por aplicación de la Disposición adicional segunda de la LISD —redactada por la Disposición final tercera de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el RD Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias, con vigencia a partir del día 1 de enero 2015—, tras su adecuación a lo dispuesto en la STJUE de 3 de septiembre de 2014, si el mejorante reside en un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo distinto de España, el mejorado contribuyente tendrá derecho a la aplicación de la normativa propia de Galicia cuando se encuentre en ella el mayor valor de los bienes y derechos del caudal relicto situados en España y, residiendo en Galicia el mejorado, aunque no haya ningún bien o derecho situado en España; asimismo, si el mejorante es residente en Galicia, el mejorado contribuyente no residente, que sea residente en un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, tendrá derecho a la aplicación de la normativa gallega.

[46] En contra, FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2014, p. 14.

[47] Consulta V3087-13 en la que el consultante, que ha adquirido bienes en el año 2005 por medio de un pacto de mejora con entrega de bienes, realiza en el año 2013 un nuevo pacto sucesorio, de apartación, existiendo identidad entre transmitente y adquirente con el pacto sucesorio anterior, plantea cuáles serán las reglas de acumulación aplicables para el pacto de mejora anterior. La contestación con carácter vinculante fue «CONCLUSIONES: Primera: La apartación y el pacto de mejora, regulados en los artículos 209 a 227 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, son pactos sucesorios y, como tales, títulos sucesorios a los efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Segunda: La normativa del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones regula supuestos de acumulación aplicables a negocios jurídicos gratuitos e *"inter vivos"* (donaciones y demás transmisiones *"inter vivos"* equiparables», pero no supuestos de acumulación de títulos sucesorios. Por tanto, la adquisición de diversos bienes y derechos del mismo transmitente mediante pactos sucesorios sucesivos no supone que los pactos anteriores deban acumularse a los posteriores». En el mismo sentido, la resolución de la DGT de 30 de abril de 2014 (V1206-14): «De la

interpretación conjunta de los preceptos transcritos se deduce que el negocio jurídico objeto de consulta —pacto de mejora— es un pacto sucesorio y, como tal, título sucesorio a los efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Ahora bien, la LISD regula supuestos de acumulación de donaciones entre sí y de donaciones a la herencia del donante, pero no supuestos de acumulación de un título sucesorio a la herencia del mejorante. Por tanto, cabe concluir que la circunstancia de que una misma persona adquiera mediante pacto de mejora y adquisición *"mortis causa"* diversos bienes y derechos del mismo transmitente no supone la posibilidad de acumulación y ello, precisamente, porque la normativa del impuesto no ha previsto tal supuesto».

[48] Resulta de particular interés su utilización por aquellos padres que tengan hijos con discapacidad, quienes serían los beneficiarios de la carga de su cuidado impuesta por el mejorante al mejorado.

(Trabajo recibido el 14-3-2016 y aceptado para su publicación el 5-4-2016)

Aceptación y repudiación de la herencia tras la ley de jurisdicción voluntaria

Acceptance and rejection of inheritance after Voluntary Jurisdiction Law

por

INMACULADA VIVAS TESÓN
Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN: El presente trabajo aborda un análisis crítico de las novedades introducidas por la reciente Ley de Jurisdicción Voluntaria en relación a los expedientes relativos a la aceptación y repudiación de la herencia.

ABSTRACT: This paper intends to carry out a critical analysis about some of changes introduced by the recent Voluntary Jurisdiction Law in proceedings concerning accepting or refusing the succession.

PALABRAS CLAVE: Ley de Jurisdicción Voluntaria. Herencia. Aceptación. Repudiación.

KEY WORDS: Voluntary Jurisdiction Law. Succession. Acceptance. Renunciation of inheritance.

SUMARIO: I. LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE DERECHO SUCESORIO. EN PARTICULAR, LOS RELATIVOS A LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA.—II. LA REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA TRAS LA REFORMA DE LA LJV: EL ARTÍCULO 1008 DEL CÓDIGO CIVIL.—III. LA DECLARACIÓN DE HACER USO DEL BENEFICIO DE INVENTARIO *EX* ARTÍCULO 1011 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. LOS NUEVOS ARTÍCULOS 1014, 1015 Y 1017 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE DERECHO SUCESORIO. EN PARTICULAR, LOS RELATIVOS A LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

Según describe la Exposición de Motivos[1] de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), el Título IV regula los expedientes de jurisdicción voluntaria que se atribuyen a los órganos jurisdiccionales en materia de Derecho sucesorio: por un lado los que se reservan al ámbito judicial, como la rendición de cuentas del albaceazgo, las autorizaciones de actos de disposición al albacea o la autorización o aprobación de la aceptación o repudiación de la herencia en los casos determinados por la ley; y por otro los que serán a cargo del secretario judicial con competencia compartida con los notarios, como la renuncia o prórroga del cargo de albacea o contador-partidor, la designación de este y la aprobación de la partición de la herencia realizada por el contador-partidor dativo. De los demás expedientes de Derecho sucesorio se hacen cargo, como hemos visto, los notarios.

El citado Título está integrado por tres Capítulos: el Capítulo I, *«Del albaceazgo»,* el Capítulo II, «*De los contadores-partidores dativos*» y el Capítulo III, «*De la aceptación y repudiación de la herencia»*, en el cual centraremos nuestro estudio en estas páginas.

Su artículo 93 determina su ámbito de aplicación en los siguientes términos:

1. Se aplicarán las disposiciones de este Capítulo en todos los casos en que, conforme a la ley, la validez de la aceptación o repudiación de la herencia necesite autorización o aprobación judicial.

2. En todo caso, precisarán autorización judicial:

a) Los progenitores que ejerzan la patria potestad para repudiar la herencia o legados en nombre de sus hijos menores de 16 años, o si aun siendo mayores de esa edad, sin llegar a la mayoría, no prestaren su consentimiento.

b) Los tutores, y en su caso, los defensores judiciales, para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o legado o para repudiar los mismos.

c) Los acreedores del heredero que hubiere repudiado la herencia a la que hubiere sido llamado en perjuicio de aquellos, para aceptar la herencia en su nombre.

3. Asimismo, será necesaria la aprobación judicial para la eficacia de la repudiación de la herencia realizada por los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir».

Como puede comprobarse, el citado precepto, cuyo tenor literal es idéntico al del artículo 97 del Proyecto de Ley 121/000112, de 5 de septiembre de 2014[2], contempla los expedientes reservados al ámbito judicial[3] relativos a la autorización o aprobación de la aceptación o repudiación de la herencia en los casos determinados por la ley.

En concreto, el nuevo artículo 93 LJV, el cual presenta una sencilla estructura, contiene una regulación sistemática de aquellos expedientes de aceptación o repudiación de la herencia que requieran autorización o aprobación judicial según la ley.

El apartado 1.º del precepto contiene una fórmula genérica y abierta, en tanto que su apartado 2.º contempla los supuestos de aceptación sin beneficio de inventario o repudiación de la herencia que *«en todo caso»* precisan autorización judicial, ocupándose en su apartado 3.º de la aprobación judicial de la repudiación de la herencia deferida a personas jurídicas.

Ante todo, ha de recordarse que el artículo 992.1.º del Código Civil parte de una regla general en cuanto a la capacidad para aceptar o repudiar una herencia (distinta esta a la capacidad para suceder): «*pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes*».

Conforme a lo así dispuesto, se requiere además de capacidad, libre disposición de los bienes, lo que resulta justificado por la consideración de acto dispositivo que tiene la aceptación pura y simple de la herencia (la cual conlleva la responsabilidad ilimitada del heredero o *ultra vires hereditatis ex* art. 1003 del Código Civil)[4] y la repudiación en cuanto renuncia de derechos[5] (la renuncia a la herencia ha de ser expresa *ex* art. 1008 del Código Civil, debiendo revestir forma solemne escrita a fin de ser conocida por todos aquellos interesados en la sucesión de que se trate). En definitiva, el legislador exige plena capacidad de obrar[6].

Claro lo anterior, el propio Código Civil, tanto en los preceptos que siguen a su artículo 992, como en otros a lo largo de su articulado, contempla reglas especiales en relación a la capacidad para aceptar o repudiar la herencia o legado.

El artículo 93.2.º, letras a) y b) de la LJV concuerda con lo dispuesto en el artículo 166, párrafos 2.º y 3.º del Código Civil para los hijos menores de edad *in potestate («los padres*[7] *deberán recabar autorización judicial para repudiar*

la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia solo podrá ser aceptada a beneficio de inventario. No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público…»)[8] y con el artículo 271.4.º del Código Civil para el supuesto de tutela de un menor de edad no sujeto a patria potestad, de una persona con capacidad judicialmente modificada o de un menor en situación de desamparo *(«el tutor necesita autorización judicial: 4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar esta o las liberalidades»)*[9]. En este último supuesto se contempla, asimismo, que sea el defensor judicial quien deba solicitar la preceptiva autorización judicial (*vid*. arts. 163 y 299 del Código Civil)[10].

Pese a no reconocerse explícitamente en el artículo 93.2 LJV, ni en su letra a), en la que se limita a contemplar la patria potestad como representación legal del hijo menor no emancipado, ni en su letra b), en la que alude tan solo al tutor y al defensor judicial, consideramos que también está incluido en su ámbito de aplicación el supuesto en el cual la patria potestad se prorroga o rehabilita por razón de la modificación judicial de la capacidad del hijo *ex* artículo 171 del Código Civil.

Importante es precisar que en todo supuesto de capacidad de la persona judicialmente modificada ha de atenderse, ante todo, a lo determinado en la sentencia y, más concretamente, a los actos que el órgano judicial haya reconocido que pueda aquella realizar por sí misma, esto es, a su propia esfera de actuación (art. 760 LEC).

En perfecta sintonía con la Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad hecha en Nueva York en 2006[11], la LJV ha sustituido los términos «incapacitación judicial» por los de «modificación judicial de la capacidad» (como ya antes hiciera la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, aún en *vacatio legis*, salvo algunas excepciones), pero, al mencionar solo al tutor (y, en su caso, defensor judicial) parece que el legislador no ha asimilado todavía cuáles son los principios cardinales del citado Tratado Internacional, a saber, «in dubio pro capacitas» e «intervención mínima», conforme a los cuales se ha operado un profundo cambio de un modelo basado en la sustitución de la persona en la toma de decisiones a uno basado en el respeto a su dignidad y autodeterminación y, por tanto, en la asistencia y apoyo. De este modo, la tutela se convierte en el último remedio, pasando la curatela a ser el sistema de guarda a aplicar con carácter preferente, con la menor limitación posible de la capacidad y autonomía de la persona[12].

Pues bien, el artículo 93 LJV hace caso omiso de ello, y, en su tónica general, el legislador, quien todavía no ha cumplido con la prometida reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, no contempla lo que, hoy en día, debe ser la pauta a seguir: la posibilidad de una persona con capacidad judicialmente modificada apoyada o auxiliada por un curador. De este

modo, sigue pensando únicamente en la tutela y, por tanto, en la sustitución y consiguiente anulación total (o casi) de la persona con capacidad modificada, pretendiendo «cumplir» con las directrices de la Convención ONU con una mera renovación terminológica.

El propio legislador, en el Preámbulo de la LJV, Exponendo III, reconoce que *«… se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente»*. Si bien es loable la adaptación terminológica, el cambio es mucho más profundo, no siendo este aún afrontado legislativamente y, sí por nuestros jueces y tribunales, a golpe de sentencia.

Teniendo presente dicha posibilidad, la cual debe ser, en lo posible, regla general, en caso de nombramiento de curador habrá de estarse, igualmente, a lo que el órgano judicial haya establecido en la sentencia (art. 289 del Código Civil) y en caso de que la resolución no especifique los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que esta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial (art. 290 del Código Civil). Y, en este punto, es preciso traer a colación el artículo 996 del Código Civil[13], el cual dispone que *«si la sentencia de incapacitación*[14] *por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas no dispusiere otra cosa, el sometido a curatela podrá, asistido del curador, aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario»*[15].

Asimismo, la sentencia de prodigalidad puede establecer la necesidad de asistencia en relación a la aceptación o repudiación de la herencia a que sea llamada la persona declarada pródiga y que el curador deba, para tales actos, solicitar la correspondiente autorización judicial, pero tampoco tal supuesto ha sido previsto por el legislador.

Tampoco se contempla el supuesto del nombramiento, como medida cautelar, de un administrador judicial en tanto se sustancia el procedimiento de modificación judicial de la capacidad de una persona que es llamada a una herencia. En tal supuesto, ha de entenderse que necesita autorización judicial para aceptar pura y simplemente la herencia[16].

En la misma línea, el artículo 303 del Código Civil ha recibido nueva redacción por parte de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, incluyéndose en ella la posibilidad de que cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se puedan otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores, de manera que ha de entenderse aplicable, en tal caso, lo dispuesto por el artículo 271.4.º del Código Civil.

En cuanto a si el menor emancipado puede aceptar o repudiar la herencia por sí solo o necesita para ello el complemento de sus padres, de un curador o de su cónyuge mayor de edad *ex* artículos 323 y 324 del Código Civil, de un lado, puede entenderse que tales actos no están incluidos entre las restricciones que normativamente se le imponen, pero, de otro, puede considerarse que el menor emancipado no tiene la libre disposición de sus bienes que requiere el artículo 992 del Código Civil, al no poder disponer de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin el complemento de su capacidad, los cuales podrían verse afectados en el caso de aceptación de la herencia sin beneficio de inventario. Parece conveniente exigir el complemento de su capacidad tanto en caso de aceptación pura y simple de la herencia como de renuncia a la misma.

Siguiendo con la necesaria coherencia que ha de existir entre la legislación procesal y la sustantiva, la letra c) del artículo 93.2 LJV concuerda con lo dispuesto por el artículo 1001 del Código Civil (*«si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán estos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquel. La aceptación solo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código»*), precepto que contempla que, en el supuesto de repudiación de la herencia[17] en fraude de los acreedores por parte del llamado a la misma, ante el perjuicio consistente en la *omissio adquirendi*, aquellos podrán pedir que se les permita aceptarla en nombre del renunciante[18]. No es, pues, una aceptación de la herencia sino una medida *ex lege* de protección del crédito en virtud del principio de responsabilidad universal que consagra el artículo 1911 del Código Civil[19]. El ejercicio de la acción o facultad requiere la previa petición al juez por la vía de la jurisdicción voluntaria, si bien, como puede fácilmente intuirse, existe una alta probabilidad de que la cuestión sea ventilada en un procedimiento contencioso ante la oposición del deudor repudiante o de las personas beneficiadas por la repudiación[20].

Finalmente, el artículo 93.3.º LJV concuerda con lo establecido por el artículo 993 del Código Civil en caso de herencias (o legados, si bien estos no son expresamente mencionados) deferidos a personas jurídicas (*«los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir podrán aceptar la herencia que a las mismas se dejare; mas para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Público»)*. De este modo, solo para el caso de repudiación de la herencia se requiere aprobación (que no autorización) judicial y, además, repárese en ello, audiencia del Ministerio Fiscal.

Al respecto, ha de destacarse que, pese al claro tenor literal del apartado 3.º del nuevo precepto, la aprobación judicial solo es necesaria cuando se trata de

una persona jurídica de Derecho Público o de interés general (no, por tanto, cuando se trate de sociedades)[21] y, en relación a las fundaciones, el artículo 22 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, establece que *«la aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario…»* y *«la aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas será comunicada por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de los diez días hábiles siguientes, pudiendo este ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, si los actos del Patronato fueran lesivos para la fundación, en los términos previstos en esta Ley»*. De este modo, si la aceptación de la herencia por una fundación es siempre con beneficio de inventario[22] y, en caso de repudiación de la herencia o legados sin cargas solo se requiere comunicación al Protectorado, ha de concluirse que no se precisa aprobación judicial alguna, razón por la cual resulta llamativo que el artículo 93 LJV haya aludido a las fundaciones.

Siendo conscientes de la difícil distribución de funciones que ha debido afrontar el legislador, nos planteamos si la aprobación de la repudiación de la herencia por representantes de asociaciones y fundaciones podría haber sido atribuida al notario en lugar de al juez.

Por último, quisiéramos tan solo apuntar que ni la legislación sustantiva ni la procesal prevén expresamente las consecuencias jurídicas de la realización del acto sin contar con la debida autorización o aprobación judicial. Al respecto, la jurisprudencia tampoco mantiene una postura unánime, pues algunas sentencias se pronuncian a favor de su nulidad y otras de su anulabilidad.

Por su parte, el artículo 94 de la LJV regula la «*Competencia, legitimación y postulación»* del expediente contemplado por el artículo 93 de la misma Ley, y, al respecto, dispone:

«1. Será competente para conocer de estos expedientes, cuya tramitación se ajustará a las normas comunes de esta Ley, el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio o, en su defecto, de la última residencia del causante y, si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del solicitante.

2. Podrán promover este expediente quienes ostenten la representación de los llamados a la herencia, ellos mismos representados por el Ministerio Fiscal si fueran menores o tuvieren la capacidad modificada judicialmente, su defensor judicial si no se le hubiera dado la autorización en el nombramiento y los acreedores del heredero que hubiera repudiado la herencia.

3. Será necesaria la intervención del Ministerio Fiscal en los casos establecidos en las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 93.

4. Para la actuación en estos expedientes no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador cuando la cuantía del haber hereditario sea inferior a 6.000 euros».

El artículo 94 LJV, cuyo tenor literal es idéntico al del artículo 98 del Proyecto de Ley 121/000112, de 5 de septiembre de 2014[23], es coherente con lo dispuesto por el artículo 2.1.º y 2.2.º (*«Competencia en materia de jurisdicción voluntaria. 1. Los Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil, según el caso, tendrán competencia objetiva para conocer y resolver los expedientes de jurisdicción voluntaria. 2. En los expedientes de jurisdicción voluntaria la competencia territorial vendrá fijada por el precepto correspondiente en cada caso, sin que quepa modificarla por sumisión expresa o tácita»),* artículo 3 (*«Legitimación y postulación. 1. Podrán promover expedientes de jurisdicción voluntaria e intervenir en ellos quienes sean titulares de derechos o intereses legítimos o cuya legitimación les venga conferida legalmente sobre la materia que constituya su objeto, sin perjuicio de los casos en que el expediente pueda iniciarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal. 2. Tanto los solicitantes como los interesados deberán actuar defendidos por Letrado y representados por Procurador en aquellos expedientes en que así lo prevea la presente Ley. No obstante, aun cuando no sea requerido por la ley, las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente. En todo caso, será necesaria la actuación de Abogado y Procurador para la presentación de los recursos de revisión y apelación que en su caso se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formulase oposición»* y artículo 4 (*«Intervención del Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare»)* de la misma norma, guardando relación con el artículo 4.5.º LEC-1881[24] (*«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán los interesados comparecer por sí mismos, pero no valiéndose de otra persona que no sea Procurador habilitado en los pueblos donde los haya: 5.º En los actos de jurisdicción voluntaria»)* y el artículo 10.3.º de la LEC-1881[25] *(«Los litigantes serán dirigidos por Abogado habilitado legalmente para ejercer su profesión en el Juzgado o Tribunal que conozca del proceso. No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma del Abogado. Exceptúanse solamente: 3.º Los actos de jurisdicción voluntaria de cuantía determinada que no exceda de 400.000 pesetas, así como los que tengan por objeto la adopción de medidas urgentes o que deban instarse en un plazo perentorio»),* los cuales han sido derogados por el apartado 1.º de la Disposición Derogatoria Única de la LJV.

Como explica el propio legislador en el Preámbulo de la LJV, Exponendo X, *«la competencia objetiva se atribuye genéricamente a los Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil, en su caso, pero la designación del sujeto a quien corresponde la resolución dentro del órgano se determina en las normas par-*

ticulares de cada expediente. En cuanto a la postulación y defensa, la Ley no establece un criterio general, dejando el carácter preceptivo de la intervención de Abogado y Procurador a cada caso concreto».

En cuanto a la competencia objetiva del expediente sucesorio regulado en el artículo 93 LJV, ha de mencionarse el artículo 45 LEC-2000 («*Competencia de los Juzgados de Primera Instancia. 1. Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales. 2. Conocerán, asimismo, dichos Juzgados: a) De los asuntos, actos, cuestiones y recursos que les atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial. b) De los concursos de persona natural que no sea empresario»)*[26] y, en cuanto a la territorial, el 52.4 de la Ley Rituaria (*«4.º En los juicios sobre cuestiones hereditarias, será competente el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante»),* norma que, como establece la propia LJV en su artículo 8, es de aplicación supletoria a los expedientes de jurisdicción voluntaria en todo lo no regulado por la citada norma. Se trata de un fuero imperativo, no siendo posible modificarlo por sumisión expresa o tácita.

Las personas legitimadas para promover este expediente de jurisdicción voluntaria están contempladas en el artículo 94.2.º LJV, si bien debemos destacar algunas ausencias, como la del curador, no mencionado en dicho precepto (tampoco en el art. 93 LJV, como ya indicamos) ni puede tener cabida en el inciso inicial al no ostentar ninguna representación legal.

En cuanto a la capacidad, si bien no puede hablarse técnicamente en los expedientes de jurisdicción voluntaria de «partes» sino de «solicitantes» o «promotores», entendemos que ha de estarse a lo previsto por el artículo 6 de la LEC-2000.

El artículo 94 LJV, en su apartado 3.º, contempla la intervención en el expediente del Ministerio Fiscal en los casos establecidos en el artículo 93.2, letras a) y b), lo que concuerda con lo dispuesto en los artículos 166 y 273 del Código Civil, así como el artículo 3.7.º de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (art. 3. *«Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: 7.º Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación»)*, pero no prevé expresamente la comparecencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente o a modificar si tuvieren suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de doce años, cómo sí, sorprendentemente, en otros expedientes de la LJV, lo que obliga a acudir a lo dispuesto, en general, en su artículo 18.4.ª: *«4.ª Cuando el expe-*

diente afecte a los intereses de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, se practicarán también en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.

El Juez o el Secretario judicial podrán acordar que la audiencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, pudiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Del resultado de la exploración se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días».

En relación a la defensa y representación, si bien en la mayoría de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de Derecho civil la Ley considera no preceptiva la intervención ni de abogado ni de procurador (*vgr.* autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial, nombramiento de defensor judicial, adopción, etc.), no así en los mercantiles del Título VIII (salvo el nombramiento de perito en los contratos de seguro), en otros expedientes civiles el legislador opta por tener en cuenta una determinada cantidad o el valor de un bien (inferior o superior a 6.000 euros) para exigir o no la intervención de Abogado y Procurador, como en el presente expediente sucesorio, en el cual es preceptiva cuando la cuantía del haber hereditario sea superior a 6.000 euros y facultativa en caso de ser inferior (idéntica opción se sigue en los restantes expedientes en materia de Derecho sucesorio, pero también en materia de persona para realizar actos de disposición de menores o personas con capacidad modificada judicialmente, en familia para la intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales o en los relativos a los derechos reales como el deslinde de fincas no inscritas)[27].

La misma técnica era empleada por la LEC-1881, que, en su artículo 10.3.ª, consideraba no preceptiva la intervención letrada cuando se trataba de asuntos de cuantía inferior a 400.000 pesetas.

Es evidente que el legislador ha pretendido proporcionar a los ciudadanos de una vía para satisfacer sus derechos e intereses jurídicos legítimos que, respetando en todo caso la tutela judicial efectiva, será más ágil y económica. En este sentido, la no intervención obligatoria de profesionales en el presente expediente de jurisdicción voluntaria cuando la cuantía del haber hereditario sea inferior a 6.000 euros conlleva, sin lugar a dudas, un importante ahorro para el ciudadano[28], si bien nos preguntamos si, en la práctica, ello será realmente así,

pues, en algunos expedientes resultará imprescindible el asesoramiento previo e, incluso, la asistencia de un letrado[29]. En todo caso, será necesaria la actuación de abogado y procurador para la presentación del recurso de apelación contra la resolución definitiva que el juez dicte en el expediente[30] o cuando se formule oposición[31] (art. 20.2.º LJV).

II. LA REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA TRAS LA REFORMA DE LA LJV: EL ARTÍCULO 1008 DEL CÓDIGO CIVIL

La Disposición Final Primera, apartado Ochenta, de la LJV dispone: *«El artículo 1008 queda redactado de la forma siguiente:*

«La repudiación de la herencia deberá hacerse ante Notario en instrumento público».

La redacción dada al artículo 1008 del Código Civil por la LJV es idéntica a la prevista en el Proyecto de Ley 121/000112, de 5 de septiembre de 2014[32], si bien se contenía en su Disposición Final Primera, apartado Setenta y cinco.

Recordemos que el artículo 1008 del Código Civil[33], antes de la entrada en vigor de la LJV, tenía el siguiente tenor literal: *«La repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaría o del abintestato».*

Como expresa el propio legislador en el Preámbulo de la LJV, Exponendo VIII, *«a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles se les encomienda el conocimiento de aquellas materias donde su grado de preparación y su experiencia técnica favorecen la efectividad de los derechos y la obtención de la respuesta más pronta para el ciudadano. Su participación como órgano público responsable, en el caso de los Notarios, tiene lugar en la mayoría de los actos de carácter testamentario sucesorio, como la declaración de herederos abintestato o la adveración y protocolización de los testamentos, pero también realizando los ofrecimiento de pago o admitiendo depósitos y procediendo a la venta de los bienes depositados.*

Como los Secretarios judiciales y Notarios son titulares de la fe pública judicial o extrajudicial se les atribuye, de forma concurrente, la tramitación y resolución de determinados expedientes de sucesiones, la consignación de deudas pecuniarias y también las subastas voluntarias.

(…) No obstante, en la medida que la presente Ley de la Jurisdicción Voluntaria desjudicializa y encomienda a Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles determinados expedientes en exclusividad, se prevé que los ciudadanos que tengan que acudir a los mismos puedan obtener el derecho de justicia gratuita, para evitar situaciones de imposibilidad de ejercicio de un derecho, que hasta ahora era gratuito, por falta de medios».

En la nueva LJV, la mayoría de los expedientes sucesorios salen de la órbita de la autoridad judicial (a excepción de los que requieren la necesaria intervención del juez, como, verbigracia, el de remoción, rendición de cuentas y autorizaciones de actos de disposición al albacea[34] o el de autorización o aprobación de la aceptación y repudiación de la herencia en los supuestos en los cuales la Ley la exija[35]) para pasar a ser competencia del secretario judicial (*vgr*. renuncia o prórroga del albacea y aprobación de la partición de la herencia realizada por el contador-partidor dativo) y, en particular, del notario (*vgr*. la declaración de herederos *ab intestato*, ahora también ampliada a los colaterales y que pasa a ser exclusivamente notarial[36], la declaración de hacer uso del beneficio de inventario —al que luego nos referiremos—, los expedientes en materia de adveración y protocolización de testamentos y la designación de contador-partidor dativo), contribuyéndose, en materia civil, a la desjudicialización[37] y consiguiente descongestión de nuestros órganos judiciales.

En coherencia con ello, la propia Ley, en su artículo 6.1, párrafo 2.º, distingue entre expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales (art. 1.1.º LJV) y expedientes tramitados por notarios y registradores, que no califica *«de jurisdicción voluntaria»*.

En materia sucesoria, todos aquellos expedientes que conllevan actos de documentación o autenticación son atribuidos, en exclusiva (esto es, sin compartirse con otros operadores jurídicos) a los notarios, al tratarse de funciones propias de estos titulares de la fe pública extrajudicial (quienes son, a la vez, profesionales del Derecho), lo que, a nuestro juicio, es todo un acierto.

El artículo 1008 del Código Civil, hasta la entrada en vigor de la LJV, rezaba: *«la repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaría o del abintestato»*[38].

Así las cosas, el legislador exigía, para la repudiación de la herencia[39], forma solemne escrita (por consiguiente, ha de ser expresa[40], sin que sea posible, a diferencia de la aceptación, la renuncia tácita), en cualquiera de las tres manifestaciones recogidas en el citado precepto, a saber, instrumento público, auténtico o escrito al Juzgado, generándose algunas dudas interpretativas en relación a qué debía entenderse por *«instrumento auténtico»* y si resultaba excluida la posibilidad de repudiar la herencia mediante documento privado, las cuales han sido zanjadas, definitivamente, por la LJV.

El TS ha venido entendiendo, bajo la redacción del artículo 1008 del Código Civil anterior a su reforma por la LJV, que la repudiación de la herencia debía revestir forma de acto notoriamente sustancial, integrado por la declaración de la voluntad debidamente manifestada de quien es llamado a una concreta sucesión y precisaba su correspondiente exteriorización para que pudiera ser conocida por todos aquellos interesados en la sucesión de que se tratara. Respecto de la forma documental exigida, consideraba que no era necesario que el documento

auténtico fuera documento público, pero sí que se tratase de documento que indubitadamente procediera del renunciante, siendo cuestión distinta que, para surtir efectos en relación con el Registro de la Propiedad, la repudiación hubiera de colmar la forma pública que exige el artículo 1280 del Código Civil[41].

Así las cosas, la repudiación de la herencia no debía hacerse necesariamente en escritura pública, sino que era posible plasmarla en documento auténtico o adverado, entendiéndose por tal aquel documento indubitado en que coincidiera autor aparente y autor real, de manera que también era válida la forma privada. De este modo, ha de concluirse que la autenticidad hacía referencia a la concordancia del autor aparente del documento con el autor real, si bien por el hecho de ser auténtico, no gozaba de plena eficacia probatoria.

A partir de la entrada en vigor de la LJV, la repudiación de la herencia ha de hacerse en instrumento público, que es, exclusivamente, el documento notarial (escritura pública o acta)[42], dejando de ser posible la forma judicial.

Por cuanto se refiere al notario, la LJV establece una competencia territorial en el nuevo artículo 67, apartado 1.º LNot, el cual dispone: *«1. Será competente para la formación de inventario de los bienes y derechos del causante a los efectos de aceptar o repudiar la herencia por los llamados a ella, el Notario con residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente».*

En cuanto a los gastos, ha de estarse a lo dispuesto por el artículo 7 LJV[43], si bien la Disposición Final decimonovena de la LJV contempla la posibilidad de acudir a la asistencia jurídica gratuita también en el ámbito notarial en algunos expedientes en materia sucesoria[44], lo que guarda coherencia con la desjudicialización llevada a cabo por la Ley.

III. LA DECLARACIÓN DE HACER USO DEL BENEFICIO DE INVENTARIO *EX* ARTÍCULO 1011 DEL CÓDIGO CIVIL

La LJV, en su Disposición Final Primera, Ochenta y uno, da nueva redacción al artículo 1011 del Código Civil. En concreto, dispone: *«El artículo 1011 queda redactado de la forma siguiente:*

«La declaración de hacer uso del beneficio de inventario deberá hacerse ante Notario».

La redacción dada al artículo 1011 del Código Civil por la LJV es idéntica a la prevista en el Proyecto de Ley 121/000112, de 5 de septiembre de 2014[45], si bien se contenía en su Disposición Final Primera, apartado Setenta y seis.

El artículo 1011 del Código Civil, antes de la entrada en vigor de la LJV, tenía el siguiente tenor literal: *«La aceptación de la herencia a beneficio de inventario podrá hacerse ante Notario, o por escrito ante cualquiera de los Jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaría o abintestato»*[46].

Conforme a ello, la solicitud del beneficio de inventario[47] podía hacerse de forma judicial o notarial (vía adecuada en el supuesto de que solicitante no tuviera en su poder los bienes de la herencia[48]), debiéndose cumplirse con las formalidades y requisitos de los artículos 1012 y sigs. del Código Civil[49], pareciéndose exigir la simultaneidad de la aceptación y la solicitud del uso del beneficio de inventario al aludir a la *«aceptación de la herencia a beneficio de inventario»*[50].

A partir de la entrada en vigor de la LJV, la nueva redacción permite concluir que es posible declarar hacer uso del beneficio de inventario con posterioridad a la aceptación hereditaria y, por otra parte, que la única vía válida para ello es la notarial.

El beneficio de inventario únicamente notarial nos parece todo un acierto. Lo es, de un lado, por la terminología utilizada, *«declaración de hacer uso del beneficio de inventario»,* lo que pone de manifiesto que existe una sola aceptación hereditaria y no dos, no siendo el beneficio de inventario más que una protesta que el heredero puede realizar incluso tiempo después de aceptada la herencia; de otro, porque despeja toda duda acerca de la posibilidad de solicitar dicho beneficio una vez aceptada la herencia; y, por último, porque se desjudicializa, pasando a ser de tramitación exclusivamente notarial.

Dado que el beneficio de inventario es un mecanismo muy útil para limitar la responsabilidad patrimonial del heredero, la cual, sin embargo, en la práctica, viene consiguiéndose a través de la renuncia a la herencia, consideramos que al dejar de ser judicial y sujetarse a plazos tan exiguos, a partir de la LJV aquel va a convertirse en un cauce sumamente ventajoso para el ciudadano, alcanzando, así, la relevancia y operatividad que, por su virtualidad práctica y razón de ser, merece.

En relación a la forma notarial, conforme a lo dispuesto por el nuevo artículo 49 LNot, introducido por la LJV *(«los Notarios intervendrán en los expedientes especiales autorizando actas o escrituras públicas: 1.º Cuando el expediente tenga por objeto la declaración de voluntad de quien lo inste o la realización de un acto jurídico que implique prestación de consentimiento, el Notario autorizará una escritura pública. 2.º Cuando el expediente tenga por objeto la constatación o verificación de un hecho, la percepción del mismo, así como sus juicios o calificaciones, el Notario procederá a extender y autorizar un acta»)* la declaración de hacer uso del beneficio de inventario ha de recogerse en escritura pública.

En relación a la competencia territorial, nos remitimos al ya citado artículo 67, apartado 1.º LNot, al igual que a lo señalado antes en cuanto a los gastos.

IV. LOS NUEVOS ARTÍCULOS 1014, 1015 Y 1017 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1014 del Código Civil ha recibido nueva redacción por la Disposición Final Primera, Ochenta y dos, de la LJV: *«El heredero que tenga en su poder la herencia o parte de ella y quiera utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar, deberá comunicarlo ante Notario y pedir en el plazo de treinta días a contar desde aquel en que supiere ser tal heredero la formación de inventario notarial con citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les conviniere».*

Dicha redacción es idéntica a la prevista en el Proyecto de Ley 121/000112, de 5 de septiembre de 2014[51], si bien se contenía en su Disposición Final Primera, apartado Setenta y siete.

El artículo 1014 del Código Civil, antes de la entrada en vigor de la LJV, tenía el siguiente tenor literal: *«El heredero que tenga en su poder los bienes de la herencia o parte de ellos y quiera utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar, deberá manifestarlo al Juez competente para conocer de la testamentaría, o del abintestato*[52]*, dentro de diez días siguientes al en que supiere ser tal heredero, si reside en el lugar donde hubiese fallecido el causante de la herencia. Si residiere fuera, el plazo será de treinta días.*

En uno y otro caso, el heredero deberá pedir a la vez la formación del inventario y la citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les conviniere».

El artículo 1014 del Código Civil establece un mecanismo perentorio para utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar cuando la situación de la herencia reclame celeridad. La razón es sencilla: la posesión real (no civilísima) de los bienes relictos (todos o parte de ellos) por parte del heredero (que puede efectivamente ya serlo tras haber aceptado o ser solo llamado a la herencia en el caso del derecho a deliberar) conlleva el riesgo de que este pueda distraer bienes en perjuicio de acreedores y legatarios. Además, la tenencia de los bienes evoca una apariencia de aceptación sin restricción alguna, situación cuya prolongación pretende evitarse.

Los plazos para solicitar el derecho de deliberar o el beneficio de inventario (a no confundir con los de aceptación o repudiación de la herencia)[53] son muy breves (en la redacción vigente hasta el 22 de julio de 2015, diez días desde el día en que supiere ser heredero si residía en la misma población en que hubiere fallecido el causante y treinta si residía fuera; tras la LJV, treinta días desde aquel en que supiere ser tal heredero, sin distinción del lugar de su residencia), persistiendo tanto en la anterior redacción del precepto como en la actual la dificultad de conocer la fecha en la que el llamado a la herencia conoció haber sido llamado a esta y, por consiguiente, el inicio del cómputo del plazo. Así las cosas, la determinación del momento en el que se adquiere dicho conocimiento queda a expensas de la declaración del llamado y si alguna persona considera

que el solicitante supo de su llamamiento en una fecha anterior a la declarada habrá de cargar con la prueba de este hecho[54].

A partir de la entrada en vigor de la LJV, los mecanismos de protección del patrimonio hereditario competen al notario y no al juez. Al respecto, consideramos que si el sistema de intervención se dota de resortes de autoridad e, incluso, de fiscalización ante el riesgo de sustracción de bienes a la acción de los acreedores y legatarios, la competencia debiera seguir siendo judicial, por exceder de la función notarial.

Sin embargo, teniéndose en cuenta que el supuesto de hecho contemplado en el precepto no es, hoy día, muy frecuente (siéndolo más en el ámbito rural que en el urbano)[55], además de que el control judicial del patrimonio en los momentos próximos al fallecimiento de una persona es sumamente difícil, la opción de atribuir el expediente al notario, desde el punto de vista práctico, puede estimarse adecuada.

Si bien el derecho a deliberar es una facultad previa a la aceptación de la herencia, queremos subrayar la posibilidad de que la aceptación de la herencia y la solicitud del beneficio de inventario no se presenten necesariamente de forma simultánea.

En cuanto a la competencia territorial, volvemos a hacer remisión al nuevo artículo 67, apartado 1.º LNot.

El artículo 1014 del Código Civil (tanto antes como después de la LJV) dispone que el heredero deberá pedir a la vez la formación del inventario y la citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les conviniere. No se trata, pues, de la citación a una comparecencia, sino que, sencillamente, se señala día, hora y lugar en que comienza la confección del inventario[56].

El nuevo artículo 67, apartado 2.º LNot establece que el heredero que solicite la formación de inventario deberá presentar su título de sucesión hereditaria y deberá acreditar al notario o bien comprobar este mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad el fallecimiento del otorgante y la existencia de disposiciones testamentarias.

En el artículo 1014 del Código Civil (al igual que en el artículo 1017 del mismo Cuerpo legal) no se exige explícitamente la fehaciencia notarial de la notificación o citación a los acreedores y legatarios para presencial el inventario, de modo que se plantea la duda de si es posible realizarla por burofax, siempre que reúna las formalidades y garantías suficientes para entender cumplido el preceptivo trámite[57]. Al respecto, del nuevo artículo 67, apartado 3.º *ab initio* LNot parece deducirse que ha de ser notarial.

Otra duda: ¿tiene el notario un plazo dentro del cual debe citar a acreedores y legatarios? Téngase en cuenta la importancia de la mayor o menor celeridad en la citación, pues de ello depende el cómputo de los plazos de confección del inventario previstos en el artículo 1017 del Código Civil.

Por otra parte, los legatarios a quienes es preciso citar serán conocidos a través del testamento, pero los acreedores, ¿son solo los conocidos o todos los posibles acreedores? ¿y si el notario desconoce los domicilios de las personas que ha de citar para presenciar el inventario?

Al respecto, el artículo 1014 del Código Civil no proporciona respuestas, pero sí, en cambio, el nuevo artículo 67, apartado 3.º LNot: *«… si se ignorase su identidad o domicilio, el Notario dará publicidad del expediente en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio o residencia habitual del causante, al del lugar del fallecimiento si fuera distinto y donde radiquen la mayor parte de sus bienes, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de comunicación. Los anuncios deberán estar expuestos durante el plazo de un mes».*

En el supuesto de que alguna citación sea rehusada, ¿el notario deberá reiterarla?

En relación a la forma de la intervención notarial en el expediente, ha de estarse a lo dispuesto por el nuevo artículo 49 LNot, introducido por la LJV y, en cuanto a los gastos, a lo establecido por el artículo 7 LJV.

La Disposición Final Primera, Ochenta y tres, de la LJV dispone: *«El artículo 1015 queda redactado de la forma siguiente:*

"Cuando el heredero no tenga en su poder la herencia o parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, el plazo expresado en el artículo anterior se contará desde el día siguiente a aquel en que expire el plazo que se le hubiese fijado para aceptar o repudiar la herencia conforme al artículo 1005, o desde el día en que la hubiese aceptado o hubiera gestionado como heredero"».

La redacción dada al artículo 1015 del Código Civil por la LJV es idéntica a la prevista en el Proyecto de Ley 121/000112, de 5 de septiembre de 2014[58], si bien se contenía en su Disposición Final Primera, apartado Setenta y ocho.

El artículo 1015 del Código Civil, antes de la entrada en vigor de la LJV, tenía el siguiente tenor literal: *«Cuando el heredero no tenga en su poder la herencia o parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, los plazos expresados en el artículo anterior se contarán desde el día siguiente al en que expire el plazo que el Juez le hubiese fijado para aceptar o repudiar la herencia conforme al artículo 1005, o desde el día en que la hubiese aceptado o hubiera gestionado como heredero».*

Como puede comprobarse de una comparación entre ambas redacciones, los cambios operados por la LJV carecen de entidad jurídica pues son consecuencia de la unificación de los plazos previstos en la anterior redacción del artículo 1014 del Código Civil. Al preverse ahora un único plazo de treinta días para solicitar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar, se ha debido retocar, necesariamente, la redacción del artículo 1015 del Código Civil para

expresarse ahora el singular en lugar del plural, de modo que se ha sustituido *«plazos expresados»* por *«plazo expresado»* y *«contarán»* por *«contará»*.

Lo cierto es que el legislador podía haber aprovechado para mejorar (no solo gramaticalmente sino, en especial, en su contenido) la redacción del precepto, poco clara y contradictoria que, a la vista de la nueva redacción dada por la LJV, seguirá siéndolo.

Así las cosas, el artículo 1015 del Código Civil sigue manteniendo una antinomia al describir el supuesto de hecho (heredero que no ha practicado gestión alguna como heredero) y fijar el cómputo del inicio del plazo (desde el día en que hubiera gestionado como heredero)[59]. Se desconoce si el precepto es aplicable no solo al beneficio de inventario sino también al derecho a deliberar. Nos inclinamos por entenderlo incluido, con fundamento en la conexión entre los artículos 1014 y 1015 del Código Civil, si bien el derecho se ciñe a deliberar si acepta pura y simplemente o a beneficio de inventario, pero no a repudiar la herencia. De otro modo, se ha de partir de una aceptación genérica de la herencia (resultando, pues, excluida la repudiación), quedando aún abierta la posibilidad de usar el beneficio de inventario.

Dudas genera también la fecha de inicio del cómputo del plazo cuando la aceptación genérica de la herencia se realice de forma expresa pero no en documento público, o bien tácitamente, lo que es perfectamente posible *ex* artículo 999 del Código Civil, quedando aquellas irresueltas.

La confusa redacción del artículo 1015 del Código Civil encierra algo tan simple como que cualquiera que acepte (expresa o tácitamente) una herencia y desee limitar su responsabilidad, aunque no posea ni gestione los bienes relictos, puede hacerlo en los treinta días siguientes a la *interrogatio in iure* regulada en el artículo 1005 del Código Civil[60] o de su aceptación, pero no una vez transcurrido dicho plazo.

Según la Disposición Final Primera, Ochenta y cuatro, de la LJV, *«El artículo 1017 queda redactado de la forma siguiente:*

"El inventario se principiará dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá dentro de otros sesenta.

Si por hallarse los bienes a larga distancia o ser muy cuantiosos, o por otra causa justa, parecieren insuficientes dichos sesenta días, podrá el Notario prorrogar este término por el tiempo que estime necesario, sin que pueda exceder de un año"».

La redacción dada al artículo 1017 del Código Civil por la LJV es idéntica a la prevista en el Proyecto de Ley 121/000112, de 5 de septiembre de 2014[61], si bien se contenía en su Disposición Final Primera, apartado Setenta y nueve.

El artículo 1017 del Código Civil, antes de la entrada en vigor de la LJV, tenía el siguiente tenor literal: *«El inventario se principiará dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá dentro de otros sesenta.*

Si por hallarse los bienes a larga distancia, o ser muy cuantiosos, o por otra causa justa, parecieren insuficientes dichos sesenta días, podrá el Juez prorrogar este término por el tiempo que estime necesario, sin que pueda exceder de un año».

El precepto contempla los plazos de inicio y fin (prorrogable, si bien con un término máximo) del inventario y su nueva redacción por la LJV se limita a sustituir la palabra *«Juez»* por la de *«Notario»,* en coherencia con la nueva redacción que ha recibido el artículo 1014 del Código Civil y la operada desjudicialización del expediente cuando no existe controversia.

Al no producirse una reforma del precepto de mayor calado, persisten las mismas dudas e incertidumbres que en su redacción anterior a la LJV, verbigracia, si existe un plazo dentro del cual el notario deba realizar la citación a acreedores y legatarios[62] o el contenido del inventario (el nuevo artículo 1017 del Código Civil sigue sin hacer alusión a las deudas)[63], si bien algunas de ellas son resueltas por el nuevo artículo 68 LNot, el cual establece:

«1. El inventario comenzará dentro de los treinta días de la citación de los acreedores y legatarios.

2. El inventario contendrá relación de los bienes del causante, así como las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren, referidos a bienes muebles e inmuebles. De los bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, se aportarán o se obtendrán por el Notario certificaciones de dominio y cargas. Del metálico y valores mobiliarios depositados en entidades financieras, se aportará certificación o documento expedido por la entidad depositaria, y si dichos valores estuvieran sometidos a cotización oficial, se incluirá su valoración a fecha determinada. Si por la naturaleza de los bienes considerasen los interesados necesaria la intervención de peritos para su valoración, los designará el Notario con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.

3. El pasivo incluirá relación circunstanciada de las deudas y obligaciones así como de los plazos para su cumplimiento, solicitándose de los acreedores indicación actualizada de la cuantía de las mismas, así como de la circunstancia de estar alguna vencida y no satisfecha. No recibiéndose por parte de los acreedores respuesta, se incluirá por entero la cuantía de la deuda u obligación.

4. El inventario deberá concluir dentro de los sesenta días a contar desde su comienzo. Si por justa causa se considerase insuficiente el plazo de sesenta días, podrá el Notario prorrogar el mismo hasta el máximo de un año. Terminado el inventario, se cerrará y protocolizará el acta. Quedarán a salvo en todo caso los derechos de terceros».

V. CONCLUSIONES

I. El nuevo artículo 93 LJV ha de recibir una valoración positiva pues sustituye a una regulación inadecuada, incompleta y obsoleta, contribuyendo a acabar

con el auténtico rompecabezas normativo existente hasta el momento y, por consiguiente, a alcanzar una mayor seguridad jurídica. Sin embargo, consideramos que su redacción es técnicamente mejorable, no pudiendo achacarse las deficiencias e incoherencias técnicas detectadas a una elaboración apresurada de la norma, tras más de un decenio de espera de la LJV e, incluso, de un malogrado Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, tramitado, en sede parlamentaria, durante los años 2006 y 2007[64]. El nivel de exigencia de rigurosidad técnica al legislador debe ser siempre el máximo, pero, con mayor razón, en el caso de la LJV.

II. Se considera que la configuración procesal del expediente de aceptación y repudiación de la herencia, reservado a la competencia judicial, es plenamente tuitiva y garantista de los intereses objeto de protección, si bien, a nuestro juicio, el legislador hubiera sido más respetuoso si hubiera contemplado expresamente la comparecencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente o a modificar si tuvieren suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de doce años, como hace en otros expedientes de la LJV, al margen de que, en términos generales, se prevea en el artículo 18.4.ª de la citada norma.

III. La no intervención preceptiva de abogado y procurador en el expediente de jurisdicción voluntaria contemplado en el artículo 93 LJV cuando la cuantía del haber hereditario sea inferior a 6.000 euros conlleva, sin lugar a dudas, un importante ahorro para el ciudadano, si bien, nos preguntamos si, en la práctica, ello será realmente así, pues, en algunos expedientes resultará imprescindible el asesoramiento o, incluso, la asistencia de un abogado. En todo caso, será necesaria la actuación de abogado y procurador para la presentación del recurso de apelación contra la resolución definitiva que el juez dicte en el expediente.

IV. La nueva redacción del artículo 1008 del Código Civil por parte de la LJV contemplando que la repudiación de la herencia deba hacerse ante notario en instrumento público, eliminando, de este modo, toda duda en cuanto a qué interpretación debía darse a los términos *«instrumento auténtico»,* y atribuyendo dicho expediente a la competencia exclusiva del notario merece una valoración muy positiva.

V. La nueva redacción del artículo 1011 del Código Civil goza de una buena técnica legislativa. Consideramos un acierto que la declaración de hacer uso del beneficio de inventario pase a ser competencia exclusivamente notarial, lo que, sin duda, fomentará el mayor uso y operatividad de este cauce para lograr la limitación de la responsabilidad patrimonial del heredero.

VI. De la nueva redacción del artículo 1014 del Código Civil destacamos la atribución al notario del expediente de solicitud del beneficio de inventario y del derecho de deliberar en el supuesto de posesión de los bienes relictos, así como la unificación y ampliación del plazo para realizar dicho trámite. El nuevo tenor literal del precepto vuelve a repetir términos imprecisos (*vgr*. *«heredero»* en lugar de llamado a la herencia con derecho a deliberar) y deficiencias técnicas (*vgr*. la incertidumbre en torno al inicio del cómputo del plazo de treinta días o la citación de acreedores y legatarios) de la redacción anterior a la LJV que

hubiera podido evitar y resolver de manera definitiva. Dado que algunas dudas son resueltas en el nuevo artículo 67, apartado 3.º LNot, tal vez hubiera bastado en el nuevo artículo 1014 del Código Civil una remisión a la legislación notarial.

VII. La nueva redacción del artículo 1015 del Código Civil se limita a realizar meros retoques gramaticales, acordes con la reforma del plazo efectuada en el artículo 1014 del mismo Cuerpo legal por la LJV. Consideramos que el legislador de 2015 ha desaprovechado una magnífica ocasión para mejorar, desde el punto de vista sustantivo, el confuso tenor literal del citado precepto, el cual sigue, sorprendentemente, persistiendo.

VIII. La nueva redacción del artículo 1017 del Código Civil se limita a sustituir la palabra *«Juez»* por la de *«Notario»,* en coherencia con el nuevo tenor literal del artículo 114 del Código Civil y la operada desjudicialización del expediente cuando no existe controversia. Algunas de las dudas que el precepto suscita en torno a la formación del inventario de la herencia son resueltas por el artículo 68 LNot.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo

- STS de 11 de junio de 1955
- STS de 15 de noviembre de 1985
- STS de 15 de octubre de 1986
- STS de 16 de octubre de 1987
- STS de 5 de marzo de 1991
- STS de 5 de diciembre de 1991
- STS de 9 de febrero de 1992
- STS de 3 de abril de 1992
- STS de 9 de diciembre de 1992
- STS de 12 de mayo de 1993
- STS de 4 de febrero de 1994
- STS de 23 de noviembre de 1999
- STS de 13 de julio de 2005
- STS de 30 de junio de 2014
- STS de 1 de julio de 2014
- STS de 20 de octubre de 2014

Audiencias Provinciales

- SAP de Madrid (Sección 20.ª) de 29 de enero de 1993
- SAP de Tarragona (Sección 3.ª) de 8 de junio de 1999

- SAP de Asturias (Sección 7.ª) de 25 de mayo de 2000
- SAP de Asturias (Sección 6.ª) de 28 de junio de 2000
- AAP de A Coruña (Sección 5.ª) de 5 de octubre de 2006
- SAP de Jaén (Sección 1.ª) de 5 de septiembre de 2002
- SAP de Asturias (Sección 5.ª) de 29 de junio de 2010
- AAP de Albacete (Sección 2.ª) de 29 de noviembre de 2011
- SAP de Granada (Sección 3.ª) de 30 de septiembre de 2013

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 14 de junio de 2003
- Resolución de 16 de julio de 2007
- Resolución de 4 de junio de 2009
- Resolución de 19 de octubre de 2011
- Resolución de 1 de junio de 2012
- Resolución de 18 de febrero de 2013

VII. BIBLIOGRAFÍA

AAVV. (1993). *Comentarios del Código Civil*. Dir. Paz-Ares, Bercovitz, Díez-Picazo y Salvador Coderch, Madrid.

— (2015). *Comentarios al Código Civil*. Coord. Domínguez Luelmo, Madrid, 2010.

ACHÓN BRUÑÉN, M.ª José (2015). Casuística de la autorización judicial para la venta de bienes de menores: supuestos conflictivos y solución de problemas prácticos, en *Práctica de Tribunales*, núm. 115, (LA LEY 4626/2015).

BANACLOCHE PALAO, J. (2015). La intervención de Abogado y Procurador en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria. En *Práctica de Tribunales* (LA LEY 5033/2015).

BAYOD LÓPEZ, M.ª C. (1997). *La llamada aceptación de la herencia por los acreedores: artículo 1001 del Código Civil*, Tecnos, Madrid.

BOTELLO HERMOSA, P. (2015). El refuerzo de la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención ONU sobre derechos de personas con discapacidad al Ordenamiento jurídico español, en *RCDI*, núm. 749, 1345-1380.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2015). Régimen jurídico de la oposición en el marco de la jurisdicción voluntaria, en *Diario La Ley*, núm. 8496, Sección Doctrina, 9 de marzo de 2015, Ref. D-91 (LA LEY 1575/2015).

— (2015). *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria,* Madrid.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A. (1988). *Elementos de Derecho civil*, V, *Derecho de Sucesiones,* Barcelona.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005). *Principios de Derecho civil* VII, *Derecho de Sucesiones,* Madrid.

LIÉBANA ORTIZ, J. R. (2015). *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Cizur Menor (Navarra).

LÓPEZ JACOISTE, J. J. (1993). Comentario al artículo 1011 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid.

— (1993b). Comentario al artículo 1014 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid.

— (1993c). Comentario al artículo 1015 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid.

— (1993d). Comentario al artículo 1017 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid.

LÓPEZ PÉREZ, J. (1999). Reglas de capacidad personal en la aceptación, repudiación y partición de la herencia, en *Actualidad civil*, núm. 2, 667-691.

LLEDÓ YAGÜE, F. (2008). *Compendio de Derecho Civil*, Tomo V *Derecho de Sucesiones,* Madrid.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1993). Comentario al artículo 992 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid.

— (1993b). Comentario al artículo 993 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid.

— (1993c). Comentario al artículo 996 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid.

— (1993d). Comentario al artículo 1001 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid.

PICÓ I JUNOY, J. (2015). La desjudicialización y procesalización de la jurisdicción voluntaria, en *Práctica de Tribunales* (LA LEY 5034/2015).

REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2014). La repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores, en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*. Coords.: Lledó Yagüe, F., Monje Balmaseda, O., Torres Lana, Á. y Ferrer Vanrell, M.ª P., Madrid, pp. 719-754.

SERRANO DE NICOLÁS, Á. Ley de Jurisdicción Voluntaria: aspectos de mayor relevancia notarial. En *Práctica de Tribunales* (LA LEY 5060/2015).

SOLÍS VILLA, I. (2013). El beneficio de inventario y la función notarial, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 53, 163-271.

VICANDI MARTÍNEZ, A. (2014). La repudiación de la herencia: una visión de conjunto. En *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*. Coords.: Lledó Yagüe, F., Monje Balmaseda, O., Torres Lana, Á. y Ferrer Vanrell, M.ª P., Madrid, pp. 1201-1222.

VIVAS TESÓN, I. (1998). *Voluntad del testador y plazo del derecho a suceder*, Sedaví (Valencia).

— (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español,* Olivenza (Badajoz).

— (2012). La restitución de bienes hereditarios al heredero: cuestiones controvertidas sobre la acción de petición y las relaciones entre el heredero aparente y el real, en *RCDI,* núm. 733, 2867-2892.

NOTAS

[1] Exponendo X.

[2] http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-112-1.PDF.

[3] Según establece la propia LJV en su Preámbulo, Exponendo VII, *«por lo que se refiere a los expedientes que se mantienen en el seno de la Administración de Justicia, el criterio seguido por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria es el de otorgar el impulso y la dirección de los expedientes a los Secretarios judiciales, atribuyéndose al Juez o al propio Secretario judicial, según el caso, la decisión de fondo que recaiga sobre aquellos y las demás resoluciones que expresamente se indiquen por esta Ley. Se reserva la decisión de fondo al Juez de aquellos expedientes que afectan al interés público o al estado civil de las personas, los que precisan una específica actividad de tutela de normas sustantivas, los que pueden deparar actos de disposición o de reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos o cuando estén en juego los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente, en la nueva terminología a la que ya se ha hecho referencia. De este modo, el Juez es el encargado de decidir, como regla general, los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y de familia, y también alguno de los expedientes en materia mercantil y de Derecho de obligaciones y sucesorio que no se encomiendan a Secretarios judiciales, Notarios o Registradores*».

[4] Frente a la aceptación con beneficio de inventario, que comporta que la responsabilidad del heredero queda limitada a la propia capacidad patrimonial del haber hereditario (*intra vires hereditatis*).

[5] Artículo 6.2 del Código Civil.

[6] O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «Comentario al artículo 992 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1993, p. 2361.

[7] Repárese en que mientras el artículo 166, párrafo 2.º del Código Civil utiliza el término *«padres»*, el artículo 93.2.º LJV emplea el de *«progenitores»*, añadiendo a continuación, con buen criterio, la expresión *«que ejerzan la patria potestad»*, si bien la expresión *«patria potestad»* parece comenzar a abandonarse para ser sustituida por la de *«responsabilidad parental»,* la cual ya es incorporada al Código Civil por obra de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

[8] La autorización judicial es exigida solo para repudiar la herencia o legado del hijo menor de edad (salvo que el menor de dieciséis años consienta la renuncia en documento público), de modo que una interpretación literal del artículo 166.2 del Código Civil conduciría a concluir que los progenitores titulares de la patria potestad no la precisan, ni tampoco el consentimiento del menor con dieciséis años en documento público, para aceptar la herencia a beneficio de inventario ni tampoco para aceptarla pura y simplemente, lo que entra en contradicción con el carácter de acto dispositivo que el artículo 992 del Código Civil reconoce a la aceptación hereditaria, de manera que cuando se trate de aceptarla pura y simplemente (no con beneficio de inventario, al no comprometer el patrimonio del hijo) debería solicitarse siempre autorización judicial *ex* artículo 166, párrafo 1.º del Código Civil. En definitiva, los titulares de la patria potestad deben velar por el interés del hijo, de modo que, en lo posible, en los actos de disposición con trascendencia patrimonial para este, es deseable la intervención judicial. Asimismo, es importante hacer hincapié en el deber de oír al hijo si tuviere suficiente madurez antes de adoptar decisiones que le afecten (*vid*. nueva redacción dada al artículo 154 del Código Civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

Al respecto, se pronuncia la SAP de Madrid (Sección 20.ª) de 29 de enero de 1993, en su FJ. 5.º: «los menores de edad, cuentan con la aptitud precisa para ser herederos, pero carecen de la capacidad de obrar suficiente y del poder de disposición, que señala el artículo 992 del Código Civil, para adquirir por sí la cualidad de heredero y, por tanto, la herencia mediante la aceptación, que deberá efectuar su legal representante, esto es el padre o padres que ejerzan la patria potestad en el caso de menores sujetos a ella (arts. 154, 156 y 162 del Código

Civil). La «aceptación» de la herencia por el progenitor no está exceptuada de las facultades inherentes a la representación, a diferencia de lo que acontece con la «repudiación», que tras la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, precisa de autorización judicial, como establece el actual artículo 166 del Código Civil, autorización que, consecuentemente, no es precisa para la aceptación. Solo en el caso de que la aceptación pudiera producir un conflicto de intereses con el titular o titulares de la patria potestad sería preciso nombrar un defensor judicial, para la aceptación de la herencia en nombre de los menores (arts. 163 y 299 al 302 del Código Civil).

(…) La cuestión de si la aceptación de la herencia en nombre y representación del menor, por el titular de la patria potestad, debe entenderse hecha o no a beneficio de inventario es polémica en la actualidad, tras la reforma del año 1981. Hay posiciones doctrinales enfrentadas, y así Manuel GITRAMA GONZÁLEZ y Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ sostienen que la aceptación se entiende siempre a beneficio de inventario por imperativo del artículo 166, párr. 2.º del Código Civil. José Luis ALBÁCAR y Mariano MARTÍN GRANIZO sostienen que la aceptación sin beneficio de inventario es posible si se obtiene autorización judicial, por analogía con lo establecido en el actual artículo 272-1.º del Código Civil. Finalmente, José María CASTÁN VÁZQUEZ y también DE PRADA sostienen la tesis negativa, señalando que la imposición del beneficio en la mayoría de los casos perjudicaría más que favorecería al menor».

Cabe plantearse la posibilidad de que el causante excluya expresamente la necesidad de recabar la autorización judicial, como contempla el artículo 107.3 del Código del Derecho Foral de Aragón, el artículo 236-27.2 del Código Civil Catalán y la Ley 65 del Fuero Nuevo de Navarra.

Por otra parte, es destacable que en su artículo 236-30 se prevé que la autorización judicial pueda ser sustituida por el consentimiento al acto manifestado en documento público, bien del hijo que tenga, al menos dieciséis años, bien de los dos parientes más próximos del hijo, uno por cada línea, paterna y materna, teniendo preferencia el del vínculo de parentesco más próximo y dentro de la misma línea el de mayor edad (art. 424-6.1.a. del mismo Cuerpo legal).

[9] Repare el lector en que el artículo 271.4.º del Código Civil, a diferencia de lo dispuesto por el artículo 166, párrafo 2.º del mismo Cuerpo legal, sí contempla la necesidad del tutor de solicitar autorización judicial tanto para aceptar la herencia sin beneficio de inventario como para repudiarla. De este modo, el tutor no precisa recabar autorización judicial para aceptar la herencia a beneficio de inventario. Consideramos que el mismo criterio ha de aplicarse a los progenitores que ejerzan la patria potestad de un hijo llamado a una herencia.

Por otra parte, mientras el artículo 271.4.º del Código Civil no hace mención expresa a los *«legados»,* sí lo hace, en cambio, el nuevo artículo 93.2.b) LJV, lo que valoramos positivamente.

En los casos en los que el tutor acepte la herencia en nombre del tutelado sin especificar si lo hace pura y simplemente o a beneficio de inventario pero seguida de la partición aprobada judicialmente, o bien acepta a beneficio de inventario pero sin cumplir ninguna exigencia posterior, la DGRN, haciendo una interpretación flexible del artículo 1018 del Código Civil, considera que debe entenderse aceptada la herencia a beneficio de inventario (entre otras, RRDGRN de 4 de junio de 2009 y 1 de junio de 2012).

[10] En tales supuestos, hasta la entrada en vigor de la LJV, el procedimiento para obtener la autorización judicial era el establecido por los artículos 2011 y sigs. LEC-1881 sobre la enajenación de bienes de menores o incapacitados.

[11] Ratificada por el Reino de España el 23 de noviembre de 2007 (*BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2008).

[12] Ver, entre otras, SSTS de 30 de junio, 1 de julio y 20 de octubre de 2014.

[13] Para un estudio de la versión del precepto anterior a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, *vid.* O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: Comentario al artículo 996 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1993, pp. 2367-2368.

[14] Repárese en que el término «incapacitación» empleado en dicho precepto no ha sido sustituido por el de «modificación judicial de la capacidad».

[15] Como podrá comprobarse, el artículo 996 del Código Civil no alude a la repudiación de la herencia de la persona sujeta a curatela. No obstante y debiéndose estar siempre, ante todo, a lo establecido en la sentencia, parece aplicable analógicamente el mismo criterio que para la tutela y, por tanto, debe exigirse autorización judicial.

[16] El supuesto descrito es abordado por la RDGRN de 14 de junio de 2003, considerando el Centro Directivo, en su FJ. 2.º: «Sin discutir que pueda el Juez, a solicitud del Ministerio Fiscal y como medida cautelar, conforme a los artículos 728, 734 y 735.2 de la LEC, nombrar un administrador judicial, y aunque no se determine legalmente el ámbito de facultades de tal administrador, es lo cierto:

a) que para aceptar la herencia es preciso tener la libre disposición de los bienes, la cual, evidentemente escapa a las facultades del administrador;

b) que en ningún caso tales facultades pueden ser superiores a las del tutor, que es la persona que, con carácter definitivo y estable, administra los bienes del incapaz, y si este necesita autorización judicial para aceptar la herencia pura y simplemente (cfr. art. 271.4 del Código Civil), como se hace en el presente caso, ya que en ningún momento se expresa que la aceptación sea a beneficio de inventario, como mínimo, en el caso del tal administrador, es necesaria tal aprobación judicial, como afirma la Registradora».

[17] El precepto no alude a la renuncia de legado, pudiéndose entender que la acción establecida para el supuesto de renuncia a la herencia es aplicable analógicamente a aquel, si bien también puede considerarse que, en caso de legado, la acción a ejercitar es la pauliana *ex* artículo 1111 del Código Civil (así lo hizo la STS de 13 de julio de 2005).

[18] En relación a los requisitos necesarios para que la acción pueda prosperar, se pronuncia, entre otras, la SAP de Tarragona (Sección 3.ª) de 8 de junio de 1999, en su FJ. 1.º: «1.º) Un presupuesto temporal, que se ejercite dentro del plazo de cuatro años, contados desde la repudiación, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1299, considerándose que dicho plazo es de caducidad, en cuanto se trata de rescindir un acto jurídico válido y la Jurisprudencia ha admitido que dicho plazo es de caducidad —*vid.* la sentencia del TS de 16 de octubre de 1971—. 2.º) La renuncia de la herencia por el deudor. Ha de haber mediado una auténtica renuncia a la herencia. Por tanto, ha de tratarse de un acto de repudiación por parte de alguien que, llamado a una herencia, no haya perdido la facultad de renunciarla y que tenga la capacidad legal necesaria para la validez de su declaración, observando los requisitos de forma que prescribe el artículo 1008 del Código Civil. Por supuesto que, como señala DÍEZ-PICAZO, «si el deudor hubiese renunciado a la herencia antes de la apertura de la sucesión no entraría en juego el artículo 1001, sino que los acreedores tendrían una acción ordinaria para reclamar la ineficacia de la renuncia». Se trataría de un acto nulo y, como tal, ineficaz, sin necesidad de probar el perjuicio sufrido por los acreedores. 3.º) El perjuicio de los acreedores del heredero. Sin embargo, han de tenerse en cuenta dos cuestiones: una, que esta acción debe considerarse subsidiaria, como lo es también la pauliana, y por tanto, solo podrá ejercitarse cuando los acreedores particulares del heredero no puedan cobrar de otro modo lo que se les adeuda; otra cuestión es la de que para que los acreedores puedan ejercitar esta acción, es necesario que la herencia sea beneficiaria, es decir, que si el heredero hubiese aceptado, habría adquirido bienes con esta aceptación, ya que los acreedores del causante siempre son preferentes sobre los del heredero. 4.º) Que el accionante sea acreedor del heredero que repudia. En consecuencia, el crédito lesionado con la repudiación debe existir, así como que sea válido y subsistente. No obstante, LACRUZ BERDEJO opina que, de acuerdo con la finalidad protectora que se persigue con el artículo 1001 del Código Civil, debe permitirse al acreedor accionar por este remedio, aunque el crédito se halle condicionado y la condición aún no se haya cumplido, aplicando la norma del artículo 1121 del Código Civil. En todo caso, el crédito debe existir antes de la renuncia a la herencia. 5.º) La autorización judicial, sin la cual los acreedores no pueden cobrar sus créditos, pues como señala un autor «el llamado a una herencia, en virtud de un título propio (testamento o ley) puede ocupar los bienes y atribuirse la herencia aun

sin declaración judicial; pero el acreedor, no llamado a ella, que pretenda ocuparlos, con el fin de realizar su derecho debe ser autorizado por el Juez».

Más recientemente, la SAP de Granada (Sección 3.ª) de 30 de septiembre de 2013 establece que tales requisitos son: a) que ejercite la acción el acreedor titular de un derecho de crédito anterior a la repudiación de la herencia; b) que efectivamente el deudor repudie la herencia; c) que esta decisión provoque un perjuicio al acreedor, sin necesidad de que exista un fraude intencional o culpable, pues basta con que objetivamente cause un perjuicio al acreedor, lo que ocurrirá siempre que el patrimonio personal del deudor-heredero sea insuficiente para el pago de sus créditos.

[19] Para O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: Comentario al artículo 1001 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1993, pp. 2374-2375, «realmente no se trata de que los acreedores acepten en nombre del repudiante, sino de que tienen la facultad de, sin borrar la repudiación, que le excluye de la herencia, poder cobrarse, hasta donde sea posible, sus créditos a cargo de lo que hubiese correspondido en la sucesión».

Acerca de la naturaleza jurídica de la acción o facultad reconocida a los acreedores por el artículo 1001 del Código Civil se pronuncia la SAP de Tarragona (Sección 3.ª) de 8 de junio de 1999, en su FJ. 1.º: «se ha discutido doctrinalmente sobre la naturaleza jurídica de esta acción, ya que algunos autores la identifican con la acción pauliana o revocatoria, sin embargo esta última acción presupone el fraude y en la hipótesis que contempla el artículo 1001 —la «aceptacio ficta»— de la herencia, como la denominó la resolución de la Dirección de Registros y del Notariado de 2 de diciembre de 1982, no se requiere la concurrencia del ánimo de fraude. Una segunda postura la asimila a la acción subrogatoria del artículo 1111 del Código Civil, pero tal tesis olvida que la acción subrogatoria descansa en la inactividad del deudor y en el caso del artículo 1001 del Código Civil se parte de la renuncia expresa de este, porque si no existe esta renuncia, no podrá ejercerse la acción del artículo 1001 del Código Civil. Otros autores consideran que se trata de una aplicación concreta de la acción pauliana, alegando que ello no equivale a decir que se trate de una acción revocatoria en sentido estricto, sino que es una manifestación de la misma finalidad que intenta conseguir el artículo 1111 del Código Civil. Por último, un moderno sector doctrinal entiende que nos hallamos ante una acción autónoma, singular y peculiar distinta de la pauliana, pues si fuera esta se revocaría el efecto repudiatorio y este aquí se mantiene. Ahora bien, tanto si se acogiera la tesis de la aplicación concreta de la acción pauliana como la de considerarla una acción propia e independiente, lo cierto es que no es necesario la concurrencia del elemento del fraude o el *«consilium fraudis»,* que exige la acción pauliana en sentido estricto, sino que basta con el *«eventum damni»* o perjuicio del acreedor, pues esta acción tiene un carácter marcadamente objetivo, y resarcido el acreedor de sus derechos, se mantiene la repudiación de la herencia respecto del resto de su contenido (derechos, créditos, obligaciones y cargas —activo y pasivo de la herencia—)».

[20] Tanto el heredero repudiante como las personas directamente interesadas en la renuncia hereditaria pueden oponerse a la pretensión de los acreedores con fundamento, por ejemplo, en la inexistencia de la delación hereditaria a favor del deudor, en la ausencia de perjuicio económico derivado de la repudiación o en motivos derivados de la validez y existencia de la deuda, alegándose una causa de extinción de la misma (*vgr*. pago, condonación o prescripción).

[21] O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: Comentario al artículo 993 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1993, p. 2364.

Entendemos que para las personas jurídicas de interés particular habrá de estarse a lo que dispongan sus estatutos o normas internas de funcionamiento.

[22] *Vid*. RDGRN de 16 de julio de 2007, en la que se afirma que «respecto de las fundaciones llamadas a la herencia, la aceptación (tácita en el caso examinado, en tanto que en ningún momento se emplea en la escritura la palabra aceptación) es siempre necesariamente con beneficio de inventario, sin que para considerar producidos los efectos del mismo en favor del heredero sea preciso, por tanto, que el llamado declare querer utilizar dicho beneficio *ex* artículo 1014 del Código Civil».

Téngase en cuenta que el artículo 22.1.º, contempla la posibilidad de que los patronos serán responsables frente a la fundación de la pérdida del beneficio de inventario por los actos a que se refiere el artículo 1024 del Código Civil.

[23] http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-112-1.PDF.

[24] El artículo 4 de la LEC-1881 fue derogado por la LEC-2000, quedando vigentes los números 1.º y 5.º hasta la entrada en vigor de la LJV.

[25] El artículo 10 LEC-1881 fue derogado por la LEC-2000, quedando vigentes los números 1.º y 3.º hasta la entrada en vigor de la LJV.

[26] El artículo 45 LEC-2000 ha recibido nueva redacción por el apartado 1.º de la Disposición final 4.ª de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (*BOE* núm. 174, de 22 julio de 2015). Su redacción anterior era la siguiente: *«Artículo 45 Competencia de los Juzgados de Primera Instancia. Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales. Conocerán, asimismo, dichos Juzgados de los asuntos, actos, cuestiones y recursos que les atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial»*.

El artículo 85, apartado 2.º, de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial establece: *«Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil: 2.º De los actos de jurisdicción voluntaria en los términos que prevean las leyes»*.

[27] De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14.3.º LJV, *«cuando por ley no sea preceptiva la intervención de Abogado y Procurador, en la Oficina Judicial se facilitará al interesado un impreso normalizado para formular la solicitud, no siendo en este caso necesario que se concrete la fundamentación jurídica de lo solicitado»*.

[28] Según el artículo 7 LJV, *«los gastos ocasionados por un expediente de jurisdicción voluntaria serán de cuenta del solicitante, salvo que la ley disponga otra cosa. Los gastos ocasionados por testigos y peritos serán a cargo de quien los proponga»*. Naturalmente, no puede aplicarse a los expedientes de jurisdicción voluntaria el criterio del vencimiento como principio rector de la imposición de costas dado que, por la naturaleza de aquellos, no existe contienda entre las partes ni, en consecuencia, vencedores ni vencidos.

[29] En términos generales, la desjudicialización llevada a cabo por la LJV va a repercutir directamente en la profesión de Abogado (en menor medida en la del Procurador, puesto que su presencia no era preceptiva con la anterior normativa), en especial, en aquellos procedimientos en los que antes, por razón de la cuantía, intervenían los Abogados y ahora no al haberse atribuido aquellos al Notario o al Registrador.

[30] El artículo 19.2.º LJV establece que *«cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, la decisión se podrá fundar en cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados»*.

[31] En el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria solo se preveía la intervención preceptiva de abogado y procurador cuando se interpusiera recurso contra la decisión definitiva, añadiéndose el supuesto de la formulación de la oposición durante la tramitación parlamentaria.

[32] http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-112-1.PDF.

[33] El artículo 1280, apartado 4.º del Código Civil establece que deben constar en documento público: *«la cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios…»*.

[34] Artículo 91.1.3.º LJV.

[35] Artículo 93 LJV.

[36] La declaración de heredero *ab intestato* queda de exclusiva competencia notarial, salvo cuando el heredero *ab intestato* resulte ser el Estado. *Vid.,* artículos 55 y 56 LJV y artículo 20 bis de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

[37] Téngase en cuenta que la desjudicialización llevada a cabo por la LJV va a repercutir directamente en la profesión de Abogado (en menor medida en la del Procurador, puesto que su presencia no era preceptiva con la anterior normativa), en especial, en aquellos procedi-

mientos en los que antes, por razón de la cuantía, intervenían los abogados y ahora no al haberse atribuido aquellos al notario o al registrador.

[38] La LEC-2000 regula en sus artículos 782 y sigs. el que denomina «procedimiento para la división de la herencia», el cual vino a sustituir a los juicios de testamentaria y abintestato a los cuales se remite el artículo 1008 del Código Civil. Para la competencia territorial, *vid*. artículo 52.4.ª LEC-2000.

[39] Sobre la renuncia de los derechos hereditarios, la jurisprudencia ha dicho que debe ser expresa, clara y contundente, sin dejar resquicio de duda, indeterminación o condicionante alguno (SSTS de 15 de octubre de 1986, 16 de octubre de 1987, 5 de marzo y 5 de diciembre de 1991, 3 de abril de 1992, 12 de mayo de 1993 y 4 de febrero de 1994). Según la RDGRN de 19 de octubre de 2011, FD. 2.º, «la repudiación de la herencia, por la que el titular del *«ius delationis»* manifiesta su voluntad de no adquirir la cualidad de heredero, constituye en nuestro Derecho una declaración de voluntad unilateral, no recepticia, que debe ser expresa y revestir la forma especialmente exigida». La STS de 28 de marzo de 2003, por su parte, precisa que la repudiación afecta a la totalidad del caudal hereditario, sea o no conocido por el que repudia la herencia, no pudiéndose realizar de forma parcial respecto de unos bienes sí y otros no, puesto que a lo que se renuncia es a la condición de heredero, no a la titularidad de todos y cada uno de los bienes que integran el as hereditario.

[40] «Por lo que se refiere al carácter expreso de la renuncia, no es necesario que se emplee literalmente dicho término o el de «repudiación», a modo de fórmula sacramental», afirma la RDGRN de 19 de octubre de 2011, en su FD. 2.º.

[41] *Vid*., entre otras, SSTS de 11 de junio de 1955, 9 de febrero y 9 de diciembre de 1992, 4 de febrero de 1994, 23 de noviembre de 1999; SSAAPP de Asturias (Sección 7.ª) de 25 de mayo de 2000 y (Sección 6.ª) de 28 de junio de 2000, de Jaén (Sección 1.ª) de 5 de septiembre de 2002, de Asturias (Sección 5.ª) de 29 de junio de 2010; y RDGRN de 19 de octubre de 2011.

[42] Artículos 17 y 17 bis de la LNot y artículo 144 RNot.

En concreto, conforme a lo dispuesto por el nuevo artículo 49 LNot, introducido por la LJV *(«los Notarios intervendrán en los expedientes especiales autorizando actas o escrituras públicas: 1.º Cuando el expediente tenga por objeto la declaración de voluntad de quien lo inste o la realización de un acto jurídico que implique prestación de consentimiento, el Notario autorizará una escritura pública. 2.º Cuando el expediente tenga por objeto la constatación o verificación de un hecho, la percepción del mismo, así como sus juicios o calificaciones, el Notario procederá a extender y autorizar un acta»)* la repudiación hereditaria ha de recogerse en escritura pública.

[43] La Disposición adicional cuarta de la LJV dispone: «*Aranceles notariales y registrales*.

El Gobierno aprobará en el plazo de tres meses a contar desde su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* los aranceles correspondientes a la intervención de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles respecto de los asuntos, actas, escrituras públicas, expedientes, hechos y actos inscribibles para los que resulten competentes conforme a lo dispuesto en esta Ley.

En todo caso, el arancel de los expedientes de designación notarial de peritos prevista en la normativa del contrato de seguro se percibirá sin atención a la cuantía posible del negocio peritado».

[44] Disposición Final 19.ª, apartado 1.º, de la LJV: *«1. Se reconocerán las prestaciones previstas en la normativa de asistencia jurídica gratuita referidas a la reducción de los aranceles notariales y registrales, la gratuidad de las publicaciones y, en su caso, la intervención de peritos, a los siguientes expedientes: a) En materia de sucesiones: El de declaración de herederos abintestato; el de presentación, adveración, apertura y lectura, y protocolización de testamentos, y el de formación de inventario de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado»*.

[45] http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-112-1.PDF.

[46] Téngase en cuenta que la LEC-2000 regula en sus artículos 782 y sigs. el que denomina «procedimiento para la división de la herencia», el cual vino a sustituir a los juicios de

testamentaria y abintestato a los cuales se remite el artículo 1008 del Código Civil. Para la competencia territorial, *vid*. artículo 52.4.ª LEC-2000.

[47] Existen algunos supuestos en los cuales se produce, *ope legis*, la limitación de la responsabilidad del heredero sin necesidad de hacer inventario, como, entre otros, la herencia dejada a los pobres (art. 992 del Código Civil), la herencia intestada a favor del Estado (art. 957 del Código Civil), las fundaciones (art. 22.1.º de la Ley 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones) y el que venciera en la acción judicial reclamando una herencia de la que otro se encuentra en posesión más de un año (art. 1021 del Código Civil).

Según la RDGRN de 16 de julio de 2007, la aceptación a beneficio de inventario se diferencia de la aceptación pura y simple en que tal beneficio se contrae exclusivamente al fin económico limitativo de la responsabilidad patrimonial, de modo que ha de entenderse que el heredero que goce de tal beneficio tiene, al menos, los mismos poderes sobre el patrimonio hereditario que el heredero puro y simple (*vgr*. el derecho a inscribir su adquisición hereditaria). Y es que, sin duda, es sucesor del causante y se subroga en sus derechos y en sus obligaciones, sin perjuicio de incurrir en determinadas sanciones si pierde el beneficio de inventario por las causas legalmente previstas. En consecuencia, la función esencial del beneficio de inventario no es otra que limitar la responsabilidad del heredero. Si el heredero incumple con las exigencias que el legislador le impone para gozar de este beneficio perderá el mismo; el efecto sería que ante la reclamación de un acreedor del causante el pago de sus créditos por entero y oponerle el heredero el límite de lo heredado, aquel opondrá a su vez la ineficacia del beneficio de inventario (art. 1013 del Código Civil) o su pérdida (art. 1024 del Código Civil), por incumplir los requisitos legales. El beneficio de inventario es un derecho que la Ley concede al heredero, pero sometiéndole a una serie de requisitos y, si los incumple, le impone como sanción la pérdida de los efectos favorables que tal forma de aceptación le atribuye. Así pues, afecta exclusivamente a las relaciones entre los acreedores y herederos, en cuanto a los bienes o patrimonios responsables de los créditos, pero en modo alguno a la titularidad que los herederos adquieren sobre los bienes.

La RDGRN de 18 de febrero de 2013 considera que la registradora no puede denegar la inscripción de una herencia aceptada a beneficio de inventario, por estimar que no se cumplen los requisitos exigidos por la Ley para entender aceptada la herencia con este beneficio. El Centro directivo afirma que los acreedores de una herencia aceptada a beneficio de inventario no tienen derecho real alguno sobre los bienes integrantes de la misma. Estos acreedores tienen más protección cuando los requisitos para aceptar la herencia a beneficio de inventario se incumplen, pues de esta forma responde todo el patrimonio de los herederos y su garantía es aún mayor, máxime cuando el heredero no tiene limitadas las facultades dispositivas sobre los bienes adquiridos. El hecho de constar en el Registro de la propiedad que una herencia se aceptó a beneficio de inventario es una mera mención que no impide al acreedor alegar que tal aceptación está mal hecha y dirigirse contra la totalidad de los bienes del heredero. No corresponde al registrador controlar la legalidad de esa forma de aceptación, porque se trata de una situación de naturaleza personal y además carece de medios para ello. Es solo la autoridad judicial la que podrá apreciar si los requisitos y formalidades para considerar aceptada una herencia a beneficio de inventario se han cumplido, con las consecuencias sancionadoras que el Código Civil establece, que son funciones típicamente jurisdiccionales. Otro de los efectos de esta aceptación a beneficio de inventario es que hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración (*ex* art. 1026 del Código Civil) y, pagados los acreedores y legatarios, quedará el heredero en el pleno goce de la herencia (*ex* art. 1032 del Código Civil), pues las limitaciones impeditivas del pleno goce son precisamente la de permanecer la herencia en administración. Ocurre que esa administración carece de trascendencia real por lo que no tiene acceso al Registro de la propiedad».

[48] LÓPEZ JACOISTE, José Javier: Comentario al artículo 1011 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1993, p. 2391.

[49] En este sentido, el AAP de Albacete (Sección 2.ª) de 29 de noviembre de 2011, se pronuncia en los siguientes términos: «la declaración de aceptación de herencia a beneficio

de inventario, puede llevarse a cabo judicial o notarialmente. Ahora bien, el hecho de que se haya manifestado notarialmente el deseo de aceptar una herencia con dicho beneficio, no supone que la declaración esté bien hecha o, dicho de otro modo, que despliegue los efectos propios que supone la misma, pues para ello es preciso también, como indican los artículos 1011 y sigs. del Código Civil, realizar la declaración conforme a unas formalidades, requisitos de tiempo y forma, y también de acuerdo con el procedimiento previsto en dichas normas, entre las cuales se exige que el inventario que se exprese por el declarante se lleve a cabo previa citación a acreedores y legatarios».

[50] En cambio, algunos preceptos como los artículos 1012, 1013, 1014 y 1015 del Código Civil sirven de fundamento a la disociación entre aceptación de la herencia y declaración o solicitud del beneficio de inventario.

[51] http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-112-1.PDF.

[52] Artículo 782 y sigs. de la LEC-2000.

[53] En palabras del Tribunal Supremo, «la simple aceptación o repudiación de herencia, habida cuenta del contenido de los artículos 1005 y 1016 in fine, no está sujeta a ningún otro plazo que no sea el de prescripción del derecho a reclamar la herencia o derecho de petición, por lo que extraer del artículo 1014 la conclusión de que el plazo específicamente señalado para utilizar el derecho de deliberar o el de beneficio de inventario es extensivo al de simple aceptación o repudiación de la herencia incurre en error de interpretación y, por ende, hay que constatar la indebida aplicación del mismo al supuesto aquí contemplado» (FJ 3.º de la sentencia de 15 de noviembre de 1985).

[54] AAP de A Coruña (Sección 5.ª) de 5 de octubre de 2006, FJ. 1.º: «el referido plazo deberá contarse, en realidad y pese a la expresa mención al 'heredero' que hace la norma, desde que el solicitante tenga conocimiento de que ha sido llamado a la herencia. De este modo, la determinación del momento en el que se adquiere dicho conocimiento queda a expensas de la declaración del llamado y si alguien considera que el solicitante supo de su llamamiento en una fecha anterior a la declarada habrá de cargar con la prueba de este hecho.

En el caso de la sucesión intestada, como es la presente, la cualidad de heredero nace, una vez abierta la sucesión por la muerte del causante, en virtud de la designación o llamamiento legal (arts. 658 y 913 del Código Civil), siendo la declaración de herederos abintestato, cuyo objeto es precisamente determinar la persona o personas llamadas a heredar en los supuestos a que la ley se refiere, el título formal que permite constatar y conocer con la certeza necesaria dicha condición, con efectos positivos legitimadores y probatorios de la misma. Por consiguiente, solo desde que existe esta declaración puede el interesado conocer con seguridad su llamamiento legal a la sucesión y la inexistencia de otros herederos abintestato con derecho preferente a la herencia, debiendo en ese momento, y no en el del fallecimiento del causante como parece entender la resolución apelada, comenzar a correr el término para utilizar la facultad de deliberar previsto en el artículo 1014 del Código Civil».

[55] *Vid*. LÓPEZ JACOISTE, José Javier: Comentario al artículo 1014 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1993, p. 2396.

[56] En el mismo sentido, *vid*. artículo 793.2.º LEC-2000.

[57] RDGRN de 18 de febrero de 2013.

[58] http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-112-1.PDF.

[59] LÓPEZ JACOISTE, José Javier: Comentario al artículo 1015 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1993, p. 2397.

[60] Téngase en cuenta que el artículo 1005 del Código Civil ha recibido nueva redacción por la LJV: *«cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al Notario para que este comunique al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura o simplemente, o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia. El Notario le indicará, además, que si no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente».*

[61] http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-112-1.PDF.

[62] Téngase en cuenta que el nuevo artículo 67 LNot. establece, en su apartado 3.º: *«aceptado el requerimiento, el Notario deberá citar a los acreedores y legatarios para que acudan, si les conviniera, a presenciar el inventario. Si se ignorase su identidad o domicilio, el Notario dará publicidad del expediente en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio o residencia habitual del causante, al del lugar del fallecimiento si fuera distinto y donde radiquen la mayor parte de sus bienes, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de comunicación. Los anuncios deberán estar expuestos durante el plazo de un mes»*.

[63] LÓPEZ JACOISTE, José Javier: Comentario al artículo 1017 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1993, pp. 2400-2401.

[64] El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria fue retirado por el Gobierno el 24 de octubre de 2007, día en que iba ser votado en el Pleno del Senado.

(Trabajo recibido el 8-5-2016 y aceptado para su publicación el 10-6-2016)

DICTÁMENES Y NOTAS

¿Es posible el arbitraje hipotecario?*

It's possible the mortgage arbitration?

por

SEBASTIÁN DEL REY BARBA
Registrador de la propiedad de Olot.
Profesor asociado de Derecho Hipotecario y Derecho Mercantil de la Universidad Internacional de Cataluña.
Vocal del Tribunal Arbitral de Barcelona.

RESUMEN: Como consecuencia de la burbuja inmobiliaria, en nuestro país el número de hipotecas había aumentado exponencialmente. Posteriormente, la crisis económica tuvo como consecuencia la apertura de miles de procedimientos judiciales en materia hipotecaria, lo cual se vio agravado por la existencia de prácticas y cláusulas abusivas en la contratación de préstamos hipotecarios. En el presente artículo se plantea la posibilidad de resolver muchas de las controversias que se generan en la vida de los préstamos hipotecarios acudiendo a la institución del arbitraje. Se plantea a qué tipo de préstamos sería aplicable el arbitraje hipotecario, qué controversias podrían resolverse, así como las características y las ventajas del mismo frente a la tradicional solución judicial de este tipo de conflictos.

ABSTRACT: As a result of the real state bubble in our country the number of mortgages had increased exponentially. Subsequently, the economic crisis resulted in the opening of thousands of legal proceedings in mortgage mat-

* Este trabajo tiene su origen en la intervención sobre «Arbitraje y mediación en préstamos hipotecarios» que hice en la mesa redonda «Métodos extrajudiciales de resolución de conflictos. Arbitraje y mediación», en la presentación de la Asociación Balear de Arbitraje y Mediación (ABAM) que tuvo lugar en el Club Diario de Ibiza el 17 de junio de 2016.

ter, which was compounded by the existence of practices and unfair terms on hiring mortgage loans. In this article the possibility of solving many of the controversies generated in the span of mortgage loans going to the institution of arbitration arises. The kind of mortgage loans which would apply arbitration are suggested, which disputes could be resolved including the characteristics and its advantages over traditional judicial settlement of such conflicts.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje. Convenio arbitral. Mediación. ADRs. Préstamo hipotecario. Ejecución hipotecaria. Cláusulas abusivas.

KEY WORDS: Arbitration. Arbitration agreement. Mediation. ADRs. Mortgage loan. Foreclosure. Unfair terms.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ¿PUEDEN LAS CONTROVERSIAS SURGIDAS DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO SOMETERSE A MEDIACIÓN Y ARBITRAJE?—III. PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS QUE SE PUEDEN SOMETER A ARBITRAJE.—IV. ¿QUÉ CONTROVERSIAS EN LA VIDA DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS SE PUEDEN SOMETER A ARBITRAJE?: 1. ¿ES SUSCEPTIBLE DE ARBITRAJE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA? 2. CUESTIONES QUE PUEDEN SOMETERSE A ARBITRAJE DURANTE LA VIGENCIA DE LA HIPOTECA.—V. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE HIPOTECARIO.—VI. VENTAJAS DEL ARBITRAJE HIPOTECARIO.—VII. ESPECIAL REFERENCIA AL ARBITRAJE HIPOTECARIO DEL CÓDIGO DE CONSUMO DE CATALUÑA.—VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la amplitud de la materia de los medios alternativos de resolución de conflictos, o ADRs[1], vamos a referirnos a un supuesto concreto: la posibilidad de someter a arbitraje las controversias surgidas de los préstamos hipotecarios, lo que se podría denominar como arbitraje hipotecario.

Entenderemos préstamo hipotecario en un concepto amplio que engloba tanto préstamo como crédito hipotecario. Aquellos contratos civiles o mercantiles en los que una de las partes (acreedor) entrega a otra (o pone a su disposición) una suma de dinero con la obligación de la otra parte (prestatario) de devolverla junto con el precio (intereses remuneratorios), y en los que, como garantía de ese cumplimiento se constituye hipoteca sobre un inmueble, de manera que, en el caso de incumplimiento se proceda a la realización forzosa del bien en una

venta en pública subasta para que con el importe obtenido se pueda satisfacer el crédito del acreedor hipotecario.

Hoy en día se antoja esencial que en los contratos de préstamo hipotecario, y para solucionar las controversias que sobre los mismos puedan plantearse, se pueda acudir a estas alternativas a los procedimientos judiciales. Durante la época de la llamada burbuja inmobiliaria y la burbuja crediticia[2] —que también la hubo—, se concertaron cientos de miles de préstamos hipotecarios, que como luego sabemos durante la crisis económica dio lugar miles de situaciones de sobreendeudamiento hipotecario, muchos de los cuales han acabado en procedimientos de ejecución con dramáticas consecuencias sociales y personales. Esto, junto a la existencia de cláusulas y prácticas abusivas en dichos préstamos, que han sido también impugnadas ante los tribunales, dio como consecuencia un aumento exponencial de reclamaciones judiciales (por ambas partes) en los préstamos hipotecarios, causando muchos retrasos y dilaciones en estos procedimientos lo cual supone a la vez unos importantes costes económicos.

Ante las situaciones de impago causadas por dicho sobreendeudamiento se iniciaron miles de procedimientos de ejecución hipotecaria que prácticamente bloquearon los juzgados y tribunales. Paralelamente, la interpretación de algunas de las cláusulas que se insertaban en los contratos, la existencia de cláusulas suelo y techo en los préstamos hipotecarios y la existencia de operaciones vinculadas a los mismos como los *swaps* o permutas de riesgo por tipo de interés, propiciaron que por parte de los deudores hipotecarios también se iniciaran multitud de procedimientos para discutir y anular esas prácticas y cláusulas en muchos casos abusivas.

La aplicación de la mediación y el arbitraje en muchos de estos casos como medios de resolución extrajudicial de conflictos, habría conseguido disminuir el número de procedimientos ejecutivos, reducir considerablemente los plazos de resolución, no hubiera afectado tanto a la imagen de las entidades de crédito y habría evitado otra consecuencia no deseada para las entidades de crédito como es la acumulación de inmuebles como consecuencia de las adjudicaciones judiciales[3].

II. ¿PUEDEN LAS CONTROVERSIAS SURGIDAS DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO SOMETERSE A MEDIACIÓN Y ARBITRAJE?

El artículo 2 de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 6 de junio de 2012, señala que dicha ley «*será de aplicación a las mediaciones civiles o mercantiles siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes*».

Por su parte la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003 afirma que «*son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes*».

Atendiendo a estos preceptos, es perfectamente posible que las controversias que surjan entre las partes derivadas de un contrato de préstamo hipotecario se resuelvan acudiendo a estos medios alternativos de resolución de conflictos, ya que en ningún caso se trata de derecho u obligaciones de las partes sobre las que no tengan poder de disposición.

Por lo tanto si se hubiese pactado la sumisión a arbitraje mediante la correspondiente cláusula, o bien una vez que surge el conflicto se acuerda someterlo a mediación o a arbitraje, es plausible la resolución extrajudicial.

Ahora bien, hemos de precisar a qué tipo de arbitraje y mediación pueden someterse las partes atendiendo al tipo de préstamo hipotecario que se contrate. El artículo 2 de la Ley de Mediación excluye la mediación en materia de consumo, por lo que desde que una de las partes es consumidor no se aplicará esta normativa sino la relativa a la mediación de consumo, competencia asumida fundamentalmente por las Comunidades Autónomas[4] y también por los Ayuntamientos que han creado oficinas de mediación hipotecaria.

También existe esta limitación para el arbitraje. La Ley de Arbitraje (LA) en su Disposición Adicional Única, señala que cuando se trate de arbitraje de consumo habrá que estar a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), que regula el arbitraje de consumo en los artículos 57 y 58, estableciendo el sistema arbitral de consumo, que pivota alrededor de las Juntas Arbitrales de Consumo (nacional y territoriales). Estos órganos están integrados por representantes de los sectores empresariales afectados, de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones Públicas.

A su vez se regula a nivel estatal también por el RD 231/2008 que regula el sistema arbitral de consumo, y a nivel autonómico son muy diversas las normas que se han dictado sobre la materia como la Ley Balear de 23 de julio de 2014 de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Islas Baleares (arts. 49 y sigs. referidos al arbitraje de consumo), o el Código de Consumo de Cataluña aprobado por Ley 22/2010, que en sus artículos 131 y siguientes se refiere a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, haciendo especial referencia al arbitraje y mediación de préstamos hipotecarios como luego veremos.

Por lo tanto, si se trata de préstamos hipotecarios en los que intervenga un consumidor, la regulación de los posibles medios de resolución extrajudicial se traslada a un ámbito específico como es el de la mediación y el arbitraje de consumo, con unas reglas propias y con el sometimiento, en el caso de arbitraje, a órganos arbitrales específicos cuya composición y funcionamiento vienen regulados por la ley.

Pero además, cuando se trata de préstamos hipotecarios concedidos por entidades de crédito, tendrán la consideración en la mayoría de los casos, de contratos con condiciones generales de la contratación. En estos contratos, una de las partes (la entidad de crédito) ha preredactado el contrato con cláusulas

que son impuestas a la otra parte (prestatario) que se limita a adherirse a las mismas sin que haya habido una negociación individual[5]. A ello se refiere expresamente la LA en su artículo 9.2 que señala que «S*i el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato*».

En estos contratos con condiciones generales si intervienen consumidores, de acuerdo con el artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), será aplicable la sanción de nulidad de aquellas cláusulas que sean abusivas de conformidad con el TRLGDCU, que, en el caso concreto que estamos estudiando, tiene una manifestación en el artículo 90 de dicho cuerpo legal al decir que se reputarán abusivas y por tanto nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan «l*a sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico*».

Por ello en los préstamos hipotecarios concertados entre una entidad de crédito y un consumidor, la existencia de una cláusula de sumisión a arbitraje, siempre que no se haya negociado la misma individualmente, debe reputarse nula por abusiva y no se deberá incorporar a la escritura ni el registrador podrá hacerla constar en el Registro de la propiedad.

Nos centraremos en este trabajo en los supuestos en que es posible el arbitraje hipotecario, deslindando las cuestiones relativas a los préstamos hipotecarios en que se podría pactar ese arbitraje, las controversias susceptibles de resolución por esta vía, las características de este tipo de arbitraje y las ventajas del mismo.

III. PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS QUE SE PUEDEN SOMETER A ARBITRAJE

El arbitraje hipotecario, teniendo en cuenta el posible carácter abusivo del pacto de sometimiento a arbitraje o la fuerza atractiva del arbitraje de consumo cuando intervenga un consumidor, puede parecer muy limitado en su aplicación práctica. Sin embargo, sí que existen diversos escenarios en que es posible y conveniente la resolución de controversias derivadas de los contratos de préstamo hipotecario mediante el arbitraje, evitando tener que acudir a la justicia ordinaria.

A continuación vamos a señalar supuestos concretos de préstamos en los que se podría pactar el sometimiento a arbitraje sin que pretenda ser una enumeración exhaustiva:

a) Préstamos hipotecarios con empresarios en los que el destino del préstamo no sea el consumo[6], sino la actividad empresarial[7].

b) Préstamos entre particulares que no estén sometidos a la Ley 2/2009 por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito[8]. Serían aquellos préstamos hipotecarios que se realizan sin la intervención de entidades de crédito ni personas o entidades que, sin reunir aquella cualidad, se dediquen de manera profesional a la concesión de préstamos o créditos[9]. Por ejemplo, el préstamo que dos empresarios acuerdan dentro de sus relaciones comerciales y a los que se añade una garantía hipotecaria. En este caso sería perfectamente posible pactar el sometimiento de las controversias que surgieran a arbitraje.

c) Aquellos préstamos concedidos en situaciones de especial necesidad de financiación del prestatario y en que se negocien por las partes las cláusulas concretas, entre las que podría encontrarse la de sumisión a arbitraje. Piénsese, por ejemplo, en los llamados créditos participativos en que la entidad de crédito pacta una participación en los beneficios dependiendo de la evolución económica de la empresa, o los créditos o préstamos sindicados, en los que ante el elevado importe del préstamo o crédito son varias entidades de crédito las que acuden para solucionar la necesidad de financiación, adquiriendo un determinado porcentaje en el préstamo y como consecuencia en la garantía hipotecaria. Estos casos especiales, se llevan a cabo mediante contratos especiales, no predispuestos ni en masa, sino redactados atendiendo a las especiales circunstancias de cada caso.

d) En la misma línea también podrían incluirse los llamados préstamos preconcursales, teniendo en cuenta que, frente a la regulación anterior, en la reforma por la ley 11/2011 de la Ley Concursal se prevé la posibilidad de que declarado el concurso continúe subsistente la vigencia del convenio arbitral, salvo que el juez del concurso considere que es perjudicial para los intereses del mismo en resolución motivada[10].

e) Puede pactarse el sometimiento a arbitraje en cualquier contrato de préstamo hipotecario, cuando la cláusula se haya negociado individualmente por las partes y quede así reflejado claramente (para evitar la presunción de imposición que existe en materia de cláusulas predispuestas). Si se ha negociado individualmente, y se puede demostrar, escaparía a la concepción de cláusula abusiva.

f) Por último, no cabe olvidar que el arbitraje no necesariamente debe estar convenido en un momento anterior a producirse el conflicto, sino que al surgir una controversia las partes pueden acordar someter la solución de la misma a arbitraje (art. 9.1 LA), por tanto, en estos supuestos de acuerdo expreso será perfectamente válido dicho sometimiento y ello aunque se trate de un préstamo en que intervenga un consumidor.

IV. ¿QUÉ CONTROVERSIAS EN LA VIDA DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS SE PUEDEN SOMETER A ARBITRAJE?

1 ¿Es susceptible de arbitraje la ejecución hipotecaria?

Una vez que hemos analizado en qué tipo de préstamos hipotecarios sería posible incluir un pacto de sometimiento a arbitraje, habría que plantearse qué tipo de controversias pueden ser sometidas a arbitraje hipotecario.

En un primer momento, y teniendo en cuenta la realidad social de nuestro país, quizá el principal conflicto que viene al imaginario colectivo con relación a las hipotecas es la ejecución de las mismas. Ello porque somos conscientes del gran número de procedimientos de ejecución que se han llevado a cabo como consecuencia de situaciones de sobreendeudamiento hipotecario, y que han dado lugar a ejecuciones y desahucios con dramáticas consecuencias sociales[11].

Pero, sin embargo, la ejecución es quizás el conflicto derivado de la hipoteca que menos posibilidades tenga de someterse a arbitraje. Al menos para el acreedor hipotecario, el sometimiento de la realización del bien a arbitraje carece de todo interés. En nuestro ordenamiento, los préstamos hipotecarios cuentan con una garantía fundamental para asegurar el cobro de la cantidad prestada: el procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados regulado en los artículos 681 y sigs. de la LEC. Los acreedores, en el momento crítico de tener que ejecutar la garantía hipotecaria para ver satisfecha su deuda, preferirán acudir a este procedimiento que reúne las garantías y ventajas de que se precia el arbitraje: rapidez, certeza y efectividad.

El procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados es un procedimiento sumario, con causas de oposición tasadas[12], que permite la realización rápida y efectiva del bien dado en garantía y que al acudir al sistema de venta en pública subasta, al menos en teoría permite que el bien se venda por un valor similar al de mercado[13]. Por todo ello y teniendo en cuenta que en el convenio arbitral se puede delimitar los conflictos o controversias sobre los que pueda versar el arbitraje, lo normal es que todo lo relativo a la ejecución quede excluido del mismo. Ello sin perjuicio de que se puede cuestionar que la ejecución en sí pudiera someterse a arbitraje, señalando que en puridad no es una controversia sino una consecuencia del incumplimiento de un contrato, y que tratándose de una venta judicial sería discutible la posibilidad de someterlo a arbitraje[14].

2. Cuestiones que pueden someterse a arbitraje durante la vigencia de la hipoteca

Pero que la ejecución de la hipoteca no se vaya a someter a arbitraje no implica que sean pocas las controversias en los préstamos hipotecarios que sí

podrían someterse al mismo. Muchas de estas controversias además tienen un importante contenido económico y son de un elevado nivel técnico. Además en ocasiones la interpretación o el sentido que se le dé a estas controversias, podrá conllevar que el préstamo pueda continuar cumpliéndose o que se produzca un incumplimiento que determine la apertura del procedimiento de ejecución.

Como posibles cuestiones que podrían someterse a arbitraje durante la vida de los mismos podemos señalar las siguientes:

a) Cuestiones relativas a la liquidación de la deuda y fórmulas aplicables para su determinación.
b) Procedencia y cálculo de comisiones.
c) Cuestiones relativas al vencimiento del préstamo y plazo. Periodos de carencia, ampliaciones de plazo, etc…
d) Controversias sobre la resolución y liquidaciones procedentes de coberturas pactadas de riesgo de interés, divisas y *swaps*.
e) Modificaciones de moneda y divisa en hipotecas multidivisa.
f) Determinación y cálculo del tipo de interés, índices de referencia y cálculo de intereses variables.
g) Condiciones para los casos de subrogaciones activas o pasivas en el préstamo.
h) Cuestiones relativas a la tasación de los bienes hipotecados o pérdida de valor de los mismos con la necesidad de completar la garantía.
i) Cuestiones relativas a la interpretación y eficacia de las cláusulas de vencimiento anticipado.

Como vemos, las controversias que pueden someterse a arbitraje durante la vigencia del préstamo son muy diversas, distintas de la ejecución y en las cuáles acudir al arbitraje tiene indudables ventajas; en muchas de ellas cualquier retraso en la solución del problema conlleva perjuicios económicos para ambas partes, lo que en ocasiones puede exigir ejecutar la garantía. Sin embargo, si estas controversias se solucionasen de manera rápida, a través del arbitraje, podría conllevar como consecuencia directa la conservación del contrato en mejores circunstancias para el deudor y para el acreedor.

V. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE HIPOTECARIO

El arbitraje que se pacte y se lleve a cabo respecto de los préstamos hipotecarios, tendrá una serie de características comunes con el arbitraje en general, pero también debe tener en cuenta las especialidades propias del tipo de contrato sobre el que se han generado las controversias, que como queda dicho, es un contrato complejo en el que la naturaleza personal y real quedan unidas[15], cons-

tituye un instrumento económico de primer orden para la obtención de liquidez, tanto para empresas como familias y en ocasiones recae sobre la vivienda del deudor hipotecario.

Como características del arbitraje hipotecario podemos destacar:

a) Independencia. Quien espera una resolución justa exigirá imparcialidad e independencia de quién ha de resolver. Independencia que debe ser en una doble dirección: respecto de ambas partes y respecto al conflicto en concreto. La independencia en el primero de los casos podría entenderse como imparcialidad, que exige que el árbitro no tenga ninguna relación personal o profesional con ninguna de las partes, de modo que no pueda representar los intereses de ninguna de ellas. En el caso del arbitraje hipotecario existe una circunstancia que hace especial la necesidad de imparcialidad, y es que normalmente una de las partes es una entidad de crédito, que suelen tener multitud de relaciones profesionales con los colectivos que normalmente ejercen de árbitros[16], por lo que debe extremarse el celo en la elección del árbitro de manera que ni tenga relaciones comerciales con la misma, ni pueda sentirse tentado de emitir el laudo a favor de la misma por poder tener esa relación comercial o clientela, con la entidad. En cuanto al conflicto concreto el árbitro deberá ser independiente, no teniendo ningún interés personal o profesional en la resolución en un sentido u otro del laudo.
b) Eficacia. El transcurso del tiempo es un coste a tener en cuenta en cualquier tipo de controversia, pero cuando se trata de préstamos hipotecarios, el coste es adicional, ya que el pago de intereses, remuneratorios y de demora, se hace a un tipo superior al fijado para los demás contratos. Por ello la eficacia en la resolución del asunto, con unos procedimientos y plazos ajustados, y la imposibilidad de recurrir el laudo que se dicte, hace del arbitraje una solución que se adecúa muy bien a este tipo de contratos, con un alto contenido económico, en los que prima, como en el mercado en general, la seguridad y celeridad del tráfico económico.
c) Transparencia. Que implica la garantía de que ambas partes, aunque el acreedor hipotecario tenga una posición dominante, tengan conocimiento e información clara del procedimiento y sus órganos, en especial de las normas que regulan el proceso, plazos, presentación de pruebas, etc…
d) Igualdad y contradicción. Para garantizar un laudo justo, las partes deben situarse en situación de igualdad, tanto en el conocimiento del proceso en los términos antes señalados, como en la posibilidad de tener acceso a las posturas, manifestaciones y pruebas presentadas por la otra parte. Teniendo posibilidad de ofrecer su posición sobre las mismas. En este mismo sentido ambas partes pueden presentar declaraciones de peritos o expertos que en una materia técnica como el ámbito financiero e hipotecario es de especial importancia.

e) Legalidad. Como no puede ser de otro modo, la decisión del árbitro debe respetar el principio de legalidad, de manera que la solución que se adopte no puede contravenir normas legales. En estos casos deberán tener en cuenta además todas las normas propias del ordenamiento hipotecario, y de manera especial los principios hipotecarios como el de especialidad, prioridad y los demás que influyen en la configuración del préstamo hipotecario, sin que pueda el laudo ignorar la aplicación de estas normas. Si se pretende la inscripción del laudo, la calificación se extenderá no solo a las normas sustantivas sino también a los requisitos necesarios para que pueda acceder al Registro.
f) Libertad. La solución que se alcance solo podrá ser obligatoria para las partes cuando estas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente, lo que implica la correcta redacción de la cláusula arbitral y que el consentimiento prestado sea válido.
g) Especialidad. Como consecuencia de la materia sobre la que versa el arbitraje hipotecario, se requerirán conocimientos técnicos específicos en el ámbito financiero e hipotecario, por lo que la figura del árbitro en estos casos requerirá una especialización concreta, para poder abarcar las distintas cuestiones que se susciten y darles una solución adecuada.

VI. VENTAJAS DEL ARBITRAJE HIPOTECARIO

Las principales ventajas del arbitraje hipotecario son las mismas que tiene el arbitraje en general, y que hace que cada día sea una alternativa más utilizada: rapidez, certeza, posibilidad de autorregulación (en plazos, procedimientos etc…), discreción (frente a la publicidad necesaria de las resoluciones judiciales), y el carácter técnico de quien resuelve la controversia.

La gran cantidad de procedimientos que existen en nuestro país, unido a una organización judicial con sistemas del siglo XIX, hace que las resoluciones judiciales (a pesar de la alta calidad de nuestros jueces) se demoren durante meses y años. Además la certeza del arbitraje descansa en el hecho de existir una única resolución (el laudo) que no es susceptible de recurso (salvo los supuestos tasados de nulidad), frente a las sentencias judiciales que sí son recurribles provocando un alargamiento aún mayor en la resolución de los asuntos.

Si a estos factores le añadimos el importante carácter económico que tienen los préstamos hipotecarios como medio de financiación, nos encontramos con que cualquier retraso en la resolución de los conflictos que surjan durante la vida del mismo tiene unas consecuencias económicas perjudiciales que afectarán a alguna de las dos partes, por lo que el ahorro que supone acudir al arbitraje

en los préstamos hipotecarios es una razón fundamental para defender la oportunidad de pactar la correspondiente cláusula arbitral.

De las posibles controversias que hemos señalado, destacaban muchas por su importante contenido registral, financiero y económico, que hace muy recomendable la resolución por parte de quien tenga los conocimientos técnicos adecuados. Esto es posible a través del arbitraje con la elección como árbitro o árbitros de quien sea un especialista en la materia. En principio si se trata de un solo árbitro, en el arbitraje de derecho ha de ser jurista (art. 15 LA), pero cuando se trate de varios árbitros solo es imprescindible que sea jurista uno de ellos pudiendo ser los otros técnicos en otras materias (economistas, auditores, profesionales del ámbito financiero, etc…).

Por la relación professional diaria que tienen respecto de los préstamos hipotecarios y el conocimiento de la materia, los registradores de la propiedad serían unos profesionales adecuados para llevar a cabo estas funciones de arbitraje hipotecario. Además, su situación de independencia tanto funcional como territorial dota de especiales garantías a ambas partes, ya que no estará influenciado en su labor diaria por el sentido del laudo dictado[17].

Otra importante ventaja del arbitraje hipotecario es la confidencialidad. Frente a la publicidad de las resoluciones judiciales, el laudo es confidencial y ello es beneficioso para las partes que evitan que se puedan dar a conocer informaciones sensibles, fundamentalmente de su situación financiera, que puedan afectar a su imagen en el mercado.

También como ventaja para el acreedor hipotecario, normalmente entidades de crédito, y derivada de la confidencialidad, es la mejora de la imagen pública de las mismas que redundará en la confianza de los clientes y en la posibilidad de seguir manteniendo relaciones comerciales con los mismos. Esto es muy difícil si el banco en cuestión inicia cualquier procedimiento judicial frente a esos clientes.

VII. ESPECIAL REFERENCIA AL ARBITRAJE HIPOTECARIO DEL CÓDIGO DE CONSUMO DE CATALUÑA

Con relación al arbitraje hipotecario, cabe hacer especial referencia a la reciente regulación existente en Cataluña, a través de la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo. En dicha ley se establecen una serie de medidas relativas al fortalecimiento de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito del consumo, como son la mediación y el arbitraje, y en especial en el ámbito de contratación de los préstamos hipotecarios. Merece

una especial referencia, ya que es una de las primeras normas que en concreto de refiere al arbitraje hipotecario aun cuando se limita a préstamos con consumidores. La especial protección que se quiere imponer a quienes contratan estos préstamos se refleja en la regulación que se hace del arbitraje[18].

La posibilidad de someter a arbitraje las controversias que surjan de los contratos de préstamos hipotecarios, como queda dicho y constituye su propia naturaleza, depende de la voluntad de ambas partes que así lo convengan, para lo que es necesario que exista previamente un convenio arbitral. Pero la Ley 20/2014 introduce un párrafo 2.º en el artículo 133-1 del Código de Consumo de Cataluña que establece que «*En materia de créditos y préstamos hipotecarios que tienen por objeto la vivienda habitual, se entiende que la empresa prestamista acepta el convenio arbitral siempre y cuando no haya manifestado expresamente al prestatario la voluntad en contra antes de la firma del contrato*».

Esta posibilidad de imponer el arbitraje obligatorio parece ir contra la naturaleza convencional del mismo, que es de donde tiene en realidad su fuerza vinculante, pero no cabe rechazar de plano la imposición de acudir a estos medios de resolución extrajudicial de conflictos para determinadas materias. A la vez no se separa esta previsión de la tendencia de la legislación europea, que en la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, admite la posibilidad de una *mediación impuesta,* aunque no se contemple para supuestos de arbitraje.

Por otro lado a este arbitraje habría que añadir además la mediación obligatoria que resulta del artículo 132-4.3, que tiene carácter imperativo antes de iniciar la ejecución hipotecaria en caso de hipoteca de vivienda habitual.

El problema que surge al intentar imponer este arbitraje (y lo mismo con la mediación) en relación a los préstamos hipotecarios, es que si realmente no hay intención de las partes de llegar a un acuerdo, lo único que supondrá es un aumento considerable del plazo de resolución del conflicto, lo que a su vez conlleva unos costes económicos en perjuicio del deudor que deberá pagar por esos plazos los correspondientes intereses de demora.

Hubiera sido más conveniente que en lugar de abarcar todos los medios de resolución extrajudicial, se hubieran centrado en la mediación hipotecaria[19], con una serie de medidas concretas para paliar las situaciones de sobreendeudamiento de modo similar al que ya se había hecho en la legislación estatal a través del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y la Ley 1/2013. En esos casos especiales sí pueden existir circunstancias, sociales y económicas, a tener en cuenta por las entidades de crédito para llegar a acuerdos como ampliaciones de plazo, periodos de carencia, modificaciones de tipo de interés, o incluso quitas de deuda y en último extremo acudir a la dación en pago de deudas.

VIII. CONCLUSIONES

I. El arbitraje hipotecario, entendido este como la resolución de controversias derivadas de préstamos hipotecarios a través del procedimiento arbitral, es una posibilidad que brinda nuestro ordenamiento y que tiene numerosas ventajas frente a la resolución judicial de esos conflictos.

II. Es preciso que se trate de préstamos en que no intervengan consumidores, o en cualquier caso, en los que la cláusula de sometimiento a arbitraje no se haya impuesto por una de las partes en un contrato de adhesión.

III. Son muy diversos los casos en que puede pactarse lícitamente esa cláusula y dependerá su aplicación, al igual que en los demás supuestos de arbitraje, de la correcta redacción de la misma y de su fuerza obligatoria para las partes. De igual modo se puede pactar el sometimiento a arbitraje una vez surgida la concreta controversia durante la vida del préstamo.

IV. Las ventajas del arbitraje hipotecario son numerosas y lo son para ambas partes del contrato: la entidad de crédito y el deudor hipotecario. Estas ventajas son: la disminución considerable de los plazos de resolución, el conocimiento técnico de la materia por quien resuelve la controversia, la falta de incertidumbre al no caber recurso contra el laudo dictado y la privacidad del procedimiento y de la resolución dictada.

V. Por todo ello se debería fomentar la inclusión voluntaria en los contratos de préstamo hipotecario de cláusulas de sometimiento a arbitraje, para poder resolver a través de este procedimiento las numerosas controversias que durante la vida de un préstamo hipotecario pueden producirse, teniendo en cuenta el carácter complejo de este tipo de contratos.

BIBLIOGRAFÍA

BASTANTE GRANELL, V. (2013). Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares. *Anales del Derecho*, núm. 31, 180-213.

CAMPOS ECHEVERRÍA, J. L. (2008). *La burbuja inmobiliaria española*. Barcelona: Marcial Pons.

CARRASCO PERERA, A. (2015). Las ejecuciones hipotecarias y el nuevo Código de Consumo de Cataluña. *Revista Análisis de Gómez-Acebo y Pombo,* febrero.

GARCÍA MUÑOZ, J. (2013). El arbitraje bancario y financiero. *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, 137-155.

MATEO Y VILLA, I. (2014). Calificación e inscripción del convenio y del laudo arbitral tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje. *RCDI*, núm. 743, 1167-1230.

MATEO Y VILLA, I. (2011). De la cláusula arbitral en materia de consumo. *RCDI*, núm. 723, 79-137.

PÉREZ GURREA, R. (2011). La transacción y el arbitraje: contratos para evitar o poner término a conflictos ya iniciados. *RCDI*, núm. 726, 2310-2331.
VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2013). La solución negociada ante la ejecución hipotecaria. *RCDI*, núm. 740, 3973-4006.

NOTAS

[1] Estos medios alternativos de resolución de conflictos se conocen también por sus siglas en lengua inglesa: ADR (*alternative dispute resolution*).

[2] Un profundo estudio de la burbuja inmobiliaria y su relación con la llamada burbuja crediticia en CAMPOS ECHEVERRÍA, J. L. (2008). *La burbuja inmobiliaria española*. Barcelona: Marcial Pons.

[3] La tenencia de bienes inmuebles en el balance de las entidades de crédito produce importantes consecuencias de carácter contable, ya que el Banco de España les exige provisionar unos porcentajes de capital que fueron incrementándose en los últimos años. De igual modo les afecta negativamente la existencia de préstamos o créditos fallidos o morosos puesto que también deben provisionar por ellos.

[4] Así, la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, se refiere a la mediación en sus artículos 20 y 38 o el Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo de Cataluña.

[5] El artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación define las mismas como «*las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*».

[6] El Tribunal Supremo entre otras en la reciente sentencia de 3 de junio de 2016, afirma que el mero hecho de que el prestatario sea un profesional o empresario no implica su exclusión del ámbito de la protección de consumidores sino que habrá que atender al destino del importe del préstamo, de modo que si el mismo es para el uso o consumo propio deberá reputarse como consumidor en esa operación.

[7] Se deducirá expresamente ese carácter empresarial o profesional del destino de la cantidad prestada en los llamados préstamos ICO.

[8] Es muy interesante la Resolución de la DGRN de 31 de mayo de 2016, que analiza los requisitos y exigencias de los préstamos hipotecarios sometidos a esta ley.

[9] A estas entidades la Ley 2/2009, con la finalidad de proteger a los consumidores que contraten con ellas, les impone diferentes obligaciones y límites (en ocasiones más gravosos que a las propias entidades de crédito) como la necesidad de inscribirse en un registro público estatal, constitución de seguros, obligaciones de información previa, unos límites en cuanto a la aplicación de intereses y de los índices aplicados, etc… En concreto somete a estos contratos a arbitraje de consumo en su artículo 10.

[10] Artículo 52.1 de la Ley Concursal redactado por el número dos de la disposición final tercera de Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

[11] Sin embargo hemos de ser conscientes que no todos los desahucios han sido consecuencia directa de procedimientos de ejecución hipotecaria. Gran parte de los mismos procedían de impagos de contratos de alquiler de viviendas.

[12] Hasta la Ley 1/2013, las únicas causas de oposición a dicho procedimiento era la extinción de la obligación garantizada o de la propia garantía y el error en la determinación de la cantidad exigible, pero dicha ley añadió una causa de oposición adicional, como es el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o

que hubiese determinado la cantidad exigible. Bajo nuestro punto de vista la solución más adecuada para el problema de las cláusulas abusivas no era introducir esta causa de oposición que puede conllevar retrasos y añadir incertidumbre al procedimiento de ejecución, sino fortalecer el control previo de dichas cláusulas para evitar su inclusión en las hipotecas a través, además de otros posibles medios, el fortalecimiento de la calificación registral de la abusividad.

[13] La reciente Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que introduce las subastas electrónicas, va en esta línea de mejorar la publicidad de las subastas judiciales intentando que al existir más postores los precios de enajenación se acerquen al valor de mercado.

[14] Así lo afirma CARRASCO PERERA, A. (2015). Las ejecuciones hipotecarias y el nuevo Código de Consumo de Cataluña, *Revista Análisis de Gómez-Acebo y Pombo*, febrero, 1-4. Señala este autor que en la ejecución hipotecaria no hay materia arbitrable, puesto que «*todo lo que se pueda alegar fuera del artículo 695 de la LEC es irrelevante para el sistema de ejecución hipotecaria*».

[15] En cierto modo, surge una figura nueva: el crédito o préstamo hipotecario, distinto de solo el préstamo o solo la hipoteca, la naturaleza real, que se produce con la inscripción de las cláusulas en el Registro se extenderá también al préstamo en ese momento, en cuanto acceden al Registro cláusulas del mismo. La importancia de qué es lo que accede o no al Registro es esencial, puesto que conforme al artículo 130 de la Ley Hipotecaria, la ejecución se basará en aquellos extremos del título que se hayan recogido en el asiento registral.

[16] Piénsese por ejemplo en los grandes despachos que lleven litigios de bancos y cuyos socios suelen actuar como árbitros o los notarios respecto de los cuales las entidades de crédito son sus principales clientes.

[17] Sobre la actuación profesional de los registradores de la propiedad en relación al arbitraje véase MATEO Y VILLA, I. (2014). Calificación e inscripción del convenio y del laudo arbitral tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje, *RCDI*, núm. 743, 1167-1230.

[18] No es objeto de este trabajo tratar sobre la constitucionalidad de la norma a que nos referimos, sin embargo sí que hemos de señalar que se planteó la inconstitucionalidad de algunos de sus artículos mediante el Recurso de inconstitucionalidad núm. 5459-2015, contra los artículos 3, 8, 13, 17, 18.2, 20 y la disposición adicional primera de la Ley 20/2014, promovido por el Presidente del Gobierno. Este recurso implicó la suspensión de estos artículos y de la disposición adicional primera con la admisión del mencionado recurso de inconstitucionalidad y que fue publicada en el «Boletín Oficial del Estado» números 242 y 243, de 9 y 10 de octubre de 2015.

Por Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 12 de abril de 2016 se acordó mantener la suspensión respecto de los artículos 17, 18.2 y 20, y levantar la suspensión respecto del resto de preceptos entre cuya regulación se encuentra a la que en este trabajo nos referimos.

[19] Sobre la mediación hipotecaria como solución al problema de sobreendeudamiento es muy certero el artículo de BASTANTE GRANELL, V. (2013). Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares. *Anales del Derecho*, núm. 31, 180-213.

(Trabajo recibido el 20-8-2016 y aceptado para su publicación el 21-9-2016)

La dación en pago frente al mecanismo de segunda oportunidad

Surrender in lieu of payment vs. The debt discharge mechanism

POR
DRA. ABIGAIL QUESADA PÁEZ
Acreditada como contratada doctora
Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Granada

RESUMEN: La crisis financiera que ha sufrido el mercado hipotecario español, ha dado lugar a numerosas ejecuciones hipotecarias, debido entre otros factores a la concesión de créditos irresponsables por parte de las entidades financieras. Ante esta delicada situación social y económica que afectaba a gran parte de la población española, el legislador se ha visto en la necesidad de regular estas situaciones mediante el Real Decreto-ley 6/2012, de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin Recursos, el cuál analizamos en este trabajo viendo que en términos generales solo responde parcialmente a la situación que estaba y está atravesando el país. Debido a ello se aprueba la Ley 25/2015, de 28 de julio, de Mecanismo de Segunda Oportunidad, Reducción de la Carga Financiera y otras Medidas de Orden Social, que contempla una nueva solución para el deudor hipotecario probablemente más acertada y eficaz.

ABSTRACT: The financial crisis that has suffered the Spanish mortgage market, has resulted in numerous foreclosures, due among other factors to the irresponsible granting of loans by financial institutions. Given this delicate social and economic situation affecting much of the Spanish population, legislador has seen the need to regulate these situations by Real Decreto-ley 6/2012

de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin Recursos, (of Urgent Measures for Protection of Debtors without Resources), which we analyze at this work seeing that, in general terms, partially only responds to the situation in which the country was. Because of this, the Ley 25/2015, de 28 de julio, De Mecanismo De Segunda Oportunidad, Reducción De La Carga Financiera Y Otras Medidas De Orden Social, (the debt discharge mechanism, reduced financial burden and Other Measures Social Order) was approved, which provides a new solution, which probably is more successful and effective for the debtor.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca. Dación en pago. Deudor hipotecario. Ejecución hipotecaria. Segunda oportunidad. Liberación deudas.

KEY WORDS: Mortgage. Surrender in lieu of payment. Mortgager, Foreclosure action. Fresh start. Debts release.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DACIÓN EN PAGO: 1. CONCEPTO. 2. REGULACIÓN ACTUAL DE LA DACIÓN EN PAGO. 3. EFECTOS DE LA DACIÓN EN PAGO: *A) Gastos de formalización. B) La cancelación de la hipoteca.*—III. EL *FRESH START* O MEDIDAS DE SEGUNDA OPORTUNIDAD: 1. LEY 25/2015, DE 28 DE JULIO, DE MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD, REDUCCIÓN DE LA CARGA FINANCIERA Y OTRAS MEDIDAS DE ORDEN SOCIAL. 2. ¿EL *FRESH START* O LA DACIÓN EN PAGO?—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

A finales de los años noventa, se generó un auge económico, denominado como «boom inmobiliario» donde casi todo el mundo se encontraba en una situación de euforia y puro consumismo que hacía que se concedieran multitud de préstamos hipotecarios a intereses muy bajos, sin la debida comprobación por parte de las entidades financieras del riesgo que podía tener el solicitante, y además se sobrevaloraban las viviendas por parte de las entidades tasadoras, para que el deudor obtuviera el 100% de la financiación e incluso un porcentaje mayor.

La primera grieta del sistema en el que se basaba la economía nacional vino a consecuencia de la crisis internacional originada en Estados Unidos y que terminó por sumergirnos en la actual crisis económica que está sufriendo España desde principio del 2008. Estas circunstancias han llevado a muchas familias de nuestro país a una situación desesperada en la que no pueden hacer

frente al pago de recibos de suministros necesarios para vivir en condiciones dignas, como es el de agua, electricidad, gas, etc., cuanto menos no pueden pagar las cuotas mensuales de los préstamos hipotecarios contratados en su día con las entidades bancarias.

La crisis financiera ha desencadenado un gran número de problemas sociales, que obviamente se ha traducido en un incremento alarmante de las ejecuciones hipotecarias, con la consiguiente tragedia social especialmente cuando estas afectan a la vivienda habitual.

Es una realidad más que dramática en la que se encuentran estas familias en que no solo van a perder su casa sino que además debido a la devaluación que han sufrido los bienes inmuebles en nuestro país como consecuencia de la crisis del ladrillo, seguirán teniendo que pagar una cantidad determinada al banco, debido a que la entrega de su vivienda habitual no es suficiente para cancelar la deuda y tendrán que seguir abonando una cuota mensual al banco hasta que se complete la devolución íntegra de la cantidad del préstamo otorgado en su día.

Las circunstancias descritas anteriormente en la que se encontraban numerosas familias españolas, ha llevado a estas a encontrarse en una situación desesperada, de la que el legislador no podía permanecer pasivo ante la misma. Es por ello, que se ha visto obligado a intentar aliviar la situación de estas personas, para ello ha tomado una serie de medidas. Entre las que cabe destacar el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, la Ley 1/2013 de 14 de mayo, para Reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social y la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Mediante el presente trabajo pretendo analizar las medidas adoptadas por el legislador, en especial la dación en pago y la ley de segunda oportunidad, para ver si realmente y hasta qué punto dichas medidas benefician al deudor hipotecario.

II. LA DACIÓN EN PAGO

1. Concepto

La dación en pago es un contrato atípico, se utiliza cuando se pretende saldar una deuda con una entidad financiera mediante la entrega del bien inmueble sobre el que recae la garantía real.

La dación en pago puede definirse como «un negocio jurídico bilateral por el que acreedor y deudor acuerdan que el pago —cumplimiento de la obligación— se realice con una prestación distinta de la que era objeto de la obligación»[1];

por su parte el TS en su sentencia de 19 de octubre de 2006 la definió como «aquel negocio jurídico por el que el deudor y el acreedor pactan que el pago se realice con una prestación distinta de la que era objeto de la obligación»[2].

Esta figura no está regulada en nuestro Código Civil, aunque hace mención a la misma en el inciso final del artículo 1521 del Código Civil, y tendremos que atenernos al artículo 1255 del Código Civil, en el que queda consagrado el principio de libertad entre las partes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Por otro lado, la Ley Hipotecaria en su artículo 140, establece que «podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor», por lo tanto, dicho artículo deja una puerta abierta para que las partes a su libre arbitrio pacten que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados, y no alcanzará al resto de bienes del deudor.

En definitiva podemos decir que aunque no hay una exacta y clara definición de la dación en pago en nuestro ordenamiento jurídico, si que está aceptada por el mismo y en determinados casos reconoce el que se pueda utilizar esta figura.

2. Regulación actual de la dación en pago

Recientemente la economía española ha experimentado cierta mejoría y empieza a dar algunos signos de recuperación económica, aunque la percepción general de la sociedad no sea así. Los poderes públicos en su cometido de ofrecer mejores soluciones a la situación actual de muchas familias, sancionó en 2015, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas, y es aquí en donde podemos encontrar la regulación más actual de la dación en pago.

Así observamos que en su Exposición de Motivos señala que el título I de la mencionada Ley, contiene tres artículos de carácter modificativo a través de los que se da nueva redacción a determinados preceptos de otras tantas normas legales como la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Completan las modificaciones introducidas por el título I de la Ley 25/2015, las disposiciones adicionales primera a quinta. Aunque podemos destacar sin

lugar a dudas, que la mayor novedad es la inclusión del Anexo del llamado «Código de Buenas Prácticas» en el Real Decreto-ley 6/2012[3], donde encontramos el siguiente orden de medidas previas a la ejecución hipotecaria que son:

1. Medidas previas: reestructuración de deudas hipotecarias[4].
2. Medidas complementarias: quita en el capital pendiente de amortización[5].
3. Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual[6].

Por lo que podemos comprobar que solo en caso de que las medidas previas y complementarias sean inviables, será cuando se pueda utilizar la dación en pago por parte del deudor, además que estas personas deben de encontrarse en el «umbral de exclusión social»[7], lo que se traduce en que el ámbito de aplicación de esta norma es bastante restringido, debido a que los requisitos exigidos por la ley son muy estrictos y difíciles de cumplir. Además debemos de tener en cuenta, que la adhesión al Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades bancarias es voluntaria, tal vez en este punto el legislador ha sido un poco laxo a este respecto, aunque la mayoría se ha adherido voluntariamente[8]. No obstante, el legislador nos ha dejado con un vacío legal y dificultades futuras, al no prever cómo proceder frente a aquellas entidades que no se quieran adherir o que no quieran hacerlo de forma permanente[9].

3. Efectos de la dación en pago

La dación en pago supone la cancelación definitiva de la deuda garantizada con hipoteca así como de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda[10]. Los efectos que tiene la dación en pago, son básicamente dos, los gastos de formalización y la cancelación de hipoteca que pasaremos a ver a continuación.

A) Gastos de formalización

En este apartado básicamente nos estamos refiriendo a los gastos notariales y registrales. La dación en pago de la vivienda habitual ha de formalizarse en Escritura Pública y, posteriormente se tendrá que inscribir en el Registro de la propiedad. En la regulación vigente respecto a esta materia, se prevé la bonificación del 50% en los derechos arancelarios notariales y registrales, derivados de la cancelación del derecho real de hipoteca en los casos de dación en pago de un deudor hipotecario que se halle en el umbral de exclusión[11]. Los deudores

comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 de la Ley 25/2015, que quieran utilizar la figura de la dación en pago prevista en el apartado 3 del Anexo de dicha norma, tendrán la consideración de sujeto pasivo sustituto del contribuyente la entidad o tercero que adquiera el inmueble, sin que el sustituto pueda exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas.

B) La cancelación de la hipoteca

A través la dación en pago, la deuda garantizada por la hipoteca quedará totalmente cancelada mediante la entrega a la entidad financiera de la vivienda habitual. Por lo que el deudor no responderá ante el acreedor con sus bienes presentes y futuros, como establece el artículo 1911 del Código Civil, sino que se limitará al valor de la vivienda objeto de la dación en pago, por tanto estaríamos hablando de una hipoteca de responsabilidad limitada, con fundamento en el artículo 140 LH, el cual prevé el pacto válido y voluntario en la escritura de la hipoteca, con objeto de que la obligación garantizada pueda hacerse efectiva solo respecto a los bienes hipotecados[12]. La Ley Hipotecaria solo nos dejaría usar esta figura a través del artículo 140 cuando haya pacto voluntario entre las partes, pero actualmente debido a la situación desesperada de muchas familias en nuestro país, el legislador con el artículo 3 (b) del Anexo «Código de Buenas Prácticas para la Reestructuración Viable de las Deudas Hipotecarias sobre Vivienda Habitual» incluido en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, introduce una nueva fórmula estableciendo que *la dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros por razón de la misma deuda*. Es decir, el deudor hipotecario podrá beneficiarse de la dación como medida sustitutiva a la ejecución hipotecaria siempre y cuando, en su particular circunstancia, concurran los requisitos delimitadores de los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación junto a las exigencias del artículo 5 en relación con el precio de adquisición de la vivienda que constituye la garantía real lo que hace que, en la práctica, sea casi imposible su aplicación. Los criterios adoptados por el Gobierno para poder optar a la misma son extremadamente limitativos por lo que se siguen promoviendo desahucios que prolongan la agonía de los deudores.

Aunque en los supuestos en que se llegue a la dación en pago, el deudor podrá, si así lo solicita, permanecer durante 2 años en la vivienda, en régimen de arrendamiento, y se les aplicarán las siguientes condiciones: aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, salvo por lo que respecta al plazo mínimo del contrato y a la actualización de la renta, ya que el plazo del arrendamiento será 2 años, con posibilidad de prórroga, la renta anual será del 3% del importe total de la deuda en el momento de la dación, durante los dos primeros años, a partir del tercer año, la renta sería la de mercado; en caso de impago, los intereses

de demora serán del 20%, y el arrendador podrá iniciar el desahucio a los 6 meses de producido el impago, salvo que se hubiera regularizado o transcurrido el plazo de dos años de duración del contrato, si el arrendatario no desalojara la vivienda y no se hubiera pactado la prórroga, en cuyo caso, podrá reclamarse como renta impagada la renta de mercado correspondiente a los meses en los que la vivienda hubiera estado ocupada indebidamente.

III. EL *FRESH START* O MEDIDAS DE SEGUNDA OPORTUNIDAD

Las medidas establecidas en el Real Decreto-ley 6/2012 se habían revelado insuficientes para resolver, o al menos paliar, la situación de los deudores hipotecarios. Ello es consecuencia, por un lado, de haber adoptado medidas muy parciales que no abordan en su integridad el desequilibrio existente entre la posición del acreedor y la del deudor. Y, por otro, por haber definido muy restrictivamente el umbral de exclusión en el que deben encontrarse, tanto los deudores como sus fiadores, para poder acogerse a las medidas establecidas en el Real Decreto-ley 6/2012, lo que hace que el colectivo beneficiado sea muy reducido, casi testimonial, y que la mayor parte de afectados con escasos recursos no puedan beneficiarse de dichas medidas.

El legislador consciente de la dimensión del problema de los deudores en nuestro país y que las medidas adoptadas hasta el momento no daban una respuesta eficaz a la situación, decide promulgar dos leyes, que cambiarán el escenario legal debido a la reformas introducidas en ellas. La primera es la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización donde se introdujeron diversas modificaciones en la Ley Concursal, y la segunda es la Ley 25/2015, de 28 de julio, de Mecanismo de Segunda Oportunidad, Reducción de la Carga Financiera y Otras Medidas de Orden Social, algunas de las cuales suponen auténticas novedades en nuestra legislación. Una de estas figuras importadas, vendida como medida estrella, es la de la segunda oportunidad o *fresh start*, ya existente en otras legislaciones[13].

El *fresh start*, regulado en el artículo 178.2 de la Ley Concursal, consiste en la condonación de las deudas contraídas por una persona física tras la liquidación de su activo en el marco de un concurso de acreedores pero con unas limitaciones. Concretamente, siguiendo el orden preferencial de cobro marcado por la ley, habrán tenido que cubrirse todos los créditos generados contra la masa así como los privilegiados y al menos un 25% de los créditos ordinarios. En este sentido, si estos requisitos se cumplen, el concursado persona física podrá beneficiarse de una condonación del resto de deudas. Así pues, con la introducción de esta figura se crea una excepción a la responsabilidad patrimonial universal regulada en el artículo 1911 del Código Civil.

La finalidad de esta reforma es clara: dar una segunda oportunidad a la persona física (empresario o no) para que pueda empezar de nuevo sin arrastrar deudas de su antigua actividad. En el trasfondo de esta finalidad, un evidente motivo de justicia social pero también una razón puramente económica que radica, como han indicado algunos autores, en el pragmatismo estadounidense imperante en la construcción doctrinal de la figura del *fresh start*: recuperar un ciudadano para la sociedad que, lejos de suponer un lastre para esta, vuelva a contribuir a la creación de riqueza[14].

Se trata acertadamente en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de conceder el mismo trato que recibe una sociedad o un comerciante individual, al deudor persona natural que ha derivado hacia la insolvencia no dolosa de un modo imprevisto, sin condenarle a la exclusión social.

Un régimen adecuado de insolvencia de persona natural tiene un impacto económico importante y de ahí, que desde instancias internacionales y de la Unión Europea se haya recomendado a España un cambio legislativo en este terreno, en el que presentábamos un retraso normativo intolerable que nos alejaba de los países más desarrollados. Aunque tarde, el Gobierno ha decidido abordar este problema y hay que aplaudir la decisión[15].

En definitiva se trata de devolver a nuestro derecho, a la norma legal su valor esencial de tratar de vertebrar los distintos intereses sociales de un modo justo, equitativo y proporcionado[16].

El mecanismo de Segunda Oportunidad, hace que nuestro sistema sea también más solidario, pues rescata al ciudadano de las consecuencias que puede conducirle a la insolvencia. Pero para que estos efectos beneficiosos se produzcan, el mecanismo de Segunda Oportunidad debe ser cuidadosamente regulado, siendo exigente con el comportamiento del deudor que se puede beneficiar de él. No hay que olvidar que supone una excepción a un principio medular de nuestro derecho patrimonial como es el artículo 1911 del Código Civil, y debe evitarse a toda costa que puedan beneficiarse conductas oportunistas y alterarse la cultura de pago. Como contrapartida, tiene que ser generoso con las deudas que pueden ser exoneradas, ya que de lo contrario, los gastos que genera el proceso pueden no compensar los beneficios que del mismo se pueden obtener. Queremos recuperar a un deudor que por circunstancias que no puede controlar (sobreendeudamiento pasivo) se ha colocado en una situación de insolvencia. Esta es la finalidad de la figura, tal y como se recoge en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 1/2015[17], modificado posteriormente por la Ley 25/2015, de 28 de julio.

Debemos aclarar llegado este punto, que el régimen de segunda oportunidad no altera la cultura de pago de nuestra sociedad. Casi con total seguridad este punto ha sido el que más ha frenado al legislador español para poner en marcha el mecanismo de segunda oportunidad[18]. Si dirigimos nuestra mirada al derecho comparado, podremos comprobar como en los países del *Common*

Law, en especial Estados Unidos, que podemos decir que fue el pionero y otros como Alemania, Francia o Suecia, se ha restringido el principio patrimonial universal en el marco del procedimiento de insolvencia de persona física, con el objeto de recuperar al deudor insolvente, y el sistema no ha sufrido ningún tipo de merma o pérdida la cultura de pago[19].

1. Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social

Como hemos indicado anteriormente, Ley 25/2015, de 28 de julio, de Mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, modifica y le da una nueva redacción al artículo 178 LC, e incorpora el artículo 178 bis, a continuación veremos los avances introducidos por estos preceptos.

En primer lugar, los destinatarios de la reforma son las personas físicas y no solo los empresarios. La solicitud de exoneración solo la puede presentar el deudor persona natural en caso de que el concurso concluya por liquidación, por lo tanto, el deudor debe haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores. Solo se admitirá la solicitud de exoneración a los deudores de buena fe[20], esta definición es bastante amplia y habría sido deseable que el legislador la acotara más, en especial respecto a las situaciones que han llevado al deudor a esa situación de insolvencia.

También se reforma el procedimiento para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos, al que se permite el acceso a toda persona física, empresaria o no. El cambio es razonable puesto que carecía de justificación que tal proceso por el que se permite negociar fuera del concurso estuviera vetado al consumidor. Se evita así el temido colapso judicial. Se diseñan especialidades de régimen para el caso de deudor no empresario de forma que los notarios puedan conducir las negociaciones[21].

No obstante, según CUENA CASAS[22], se mantienen requisitos de acceso al procedimiento extrajudicial que, a su juicio, carecen de justificación: por ejemplo, pasivo no superior a 5 millones de euros y que el deudor no hubiera alcanzado otro acuerdo extrajudicial en los 5 años anteriores. Cree que una negociación extrajudicial debe facilitarse. Ahorra tiempo y recursos. Este aspecto es relevante porque para llegar a la aplicación de la «segunda oportunidad» es preciso intentar un acuerdo extrajudicial de pagos. Cerrada la puerta a este, lo estará también para la exoneración de deudas.

Aunque la Ley 25/2015, de 28 de julio, ha recibido muchas críticas, también es cierto que gran parte de la doctrina reconoce los avances que ha supuesto en materia de los deudores en nuestro país, sobre todo a lo que a personas físicas se refiere, no obstante no debemos de olvidar que en determinados aspectos la ley es bastante restrictiva y difícil de aplicar.

2. ¿EL *FRESH START* O LA DACIÓN EN PAGO?

Hasta el momento hemos visto los recientes avances legislativos tanto en la dación en pago como en el mecanismo de segunda oportunidad, intentando solucionar la dramática situación de las personas y familias que no pueden hacer frente a sus deudas y que incluso podrían llegar perder su vivienda habitual. Estas dos figuras jurídicas han intentado dar respuesta a situaciones desesperadas de la sociedad actual española.

Personalmente creo que el mecanismo de segunda oportunidad o *fresh start*, ofrece mejores y más completas soluciones a las situaciones concretas de los deudores, que la dación en pago. Esto es debido básicamente a tres puntos que pasaré a exponer a continuación.

Primero, como hemos visto, la dación en pago consiste en un acuerdo entre las partes por el cual, el deudor puede saldar una deuda hipotecaria con la entidad bancaria mediante la entrega de la vivienda hipotecada, prestación distinta a la pactada inicialmente. Además, según la regulación actual, la dación en pago obligatoria se impone solo para el caso de que las anteriores medidas establecidas en el «Código de Buenas Prácticas» sean inviables y, siempre y cuando la finca no se encuentre gravada con otras cargas posteriores. Por lo que vemos que claramente solo se podrá utilizar esta figura cuando estemos hablando de deudores hipotecarios de primera vivienda insolventes, mientras que en el *fresh start*, el deudor puede poner a disposición todos sus bienes embargables para liquidarlos y satisfacer los créditos de todos sus acreedores.

Segundo, el ámbito de aplicación del *fresh start* es mucho más amplio y solo beneficia a aquellos deudores de buena fe, que es aquel que, previo examen de sus circunstancias, tiene una incapacidad de pago no imputable. No se aplicaría en caso de concurso culpable, condena penal por delitos contra el patrimonio o cuando tal insolvencia sea el resultado de circunstancias previsibles o evitables, todo ello valorado por la administración concursal y el juez[23], mientras que en la dación en pago obligatoria el deudor podría haber incurrido en comportamientos irresponsables o fraude.

Tercero, y no menos importante, el *fresh start*, tiene la ventaja de que al contrario de la dación en pago, no consiste en alterar la legislación sobre garantías hipotecarias y poner el sistema financiero en riesgo, sino que a través de este sistema, el deudor se dirige a una autoridad pública que procede a nombrar un mediador concursal. De esta manera recuperamos al sujeto como consumidor potencial y se evita su exclusión social, medida que tiene un impacto económico[24], y además evitamos que el deudor lleve a cabo actividades de economía sumergida.

IV. CONCLUSIONES

I. La prolongada crisis económica que ha sufrido y sigue sufriendo España, ha tenido unas consecuencias devastadoras para una gran cantidad de familias en nuestro país, prueba de ello han sido los numerosos desahucios que se han producido y la sensación de asfixia económica de gran parte de la población española.

II. Como consecuencia, el legislador, aunque tardíamente, ha tratado de aliviar esta situación mediante la dación en pago regulada en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en donde podemos observar que su ámbito de aplicación es muy reducido, por lo que pocas familias se podrán beneficiar del mismo. Y con la declaración concursal de persona física y liquidación de patrimonio a través del mecanismo de segunda oportunidad, regulado por la Ley 25/2015, de 28 de julio, se mejora la situación del deudor de buena fe, que le da una nueva oportunidad de poder empezar de nuevo, mejorando de esta manera la situación de sobreendeudamiento de muchas familias. Si bien las carencias de ambas medidas son bastantes evidentes, se ha dado un paso importante en nuestra legislación, aunque todavía queda un gran camino que recorrer para acercarnos a sistemas más eficaces y con mejores resultados como el americano.

V. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2012). De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. El Real Decreto-ley 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas. *El Notario del Siglo XXI*. Revista del Colegio Notarial de Madrid, núm. 42, Madrid.

CORDERO LOBATO, E. (2012). Notas de urgencia sobre la paralización temporal de desahucios hipotecarios establecida en el Real Decreto-ley 27/2012. *Diario La Ley*, núm. 7953, Madrid, 2012.

CUENA CASAS, M. (2015). ¿Un régimen de segunda oportunidad? *Revista El Notario del Siglo XXI,* núm. 60, marzo de 2015, Madrid, Disponible en: http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/4061-un-regimen-de-segunda-oportunidad.

— (2015b). ¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente? *¿Hay derecho?*, 3 de marzo de 2015, disponible en: http://hayderecho.com/2015/03/03/una-segunda-oportunidad-para-la-persona-fisica-insolvente/

— (2011). *Fresh Start* y mercado crediticio. *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2011, disponible en: http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf

DE PABLO CONTRERAS, P. (2014). *Hipoteca, su ejecución y dación en pago,* Aranzadi, Pamplona, 2014.

GARRIGUES (2012). Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. *Novedades Mercantil-Procesal*, núm. 11, Madrid, 2012, p. 10, disponible en: http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Boletines/Documents/Novedades_Mercantil_Procesal_2012.pdf

GUTIÉRREZ IBÁÑEZ, D. (2011). *Fresh Start,* ¿una segunda oportunidad? *Diario 5 días*. Disponible en: http://cincodias.com/cincodias/2014/01/01/empresas/1388598658_393964.html

LÓPEZ SÁNCHEZ, R. (2015). Una eficaz alternativa a la dación en pago: «el *fresh start*» o mecanismo de segunda oportunidad*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2010). *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Obligaciones y contratos*, vol. 1.º, Edersa, Madrid.

NOTAS

[1] O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2010). *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Obligaciones y contratos*, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 2010, p. 29.

[2] También el TS en su sentencia de 23 de septiembre de 2002 *(RJ* 2009, 7263) la define como: «esta figura jurídica, conforme a la construcción de la jurisprudencia civil, opera cuando la voluntad negocial de las partes acuerdan llevar a cabo la satisfacción de un débito pendiente, y el acreedor acepte recibir del deudor determinados bienes de su propiedad, cuyo dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa».

[3] La norma establece una serie de medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria, resultando aplicables dichas medidas a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el «umbral de exclusión», diponible en: http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/12/Medidas.pdf, consultado el 21 de enero de 2016.

[4] Dicha medidas previas serán:

a) Los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, podrán solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma. Junto a la solicitud de reestructuración, acompañarán la documentación prevista en el artículo 3.3 del citado Real Decreto-ley.

No podrán formular tal solicitud aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución, una vez se haya producido el anuncio de la subasta.

b) En el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud anterior junto con la documentación a que se refiere la letra anterior, la entidad deberá notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de la aplicación conjunta de las medidas contenidas en esta letra. Sin perjuicio de lo anterior, el deudor podrá presentar en todo momento a la entidad una propuesta de plan de reestructuración, que deberá ser analizada por la entidad, quien, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en que se fundamente.

i. Carencia en la amortización de capital de cinco años. El capital correspondiente a las cuotas de ese periodo podrá o bien pasarse a una cuota final al término del préstamo o bien prorratearse en las cuotas restantes, o realizarse una combinación de ambos sistemas.

ii. Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.

iii. Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor +0,25 por cien durante el plazo de carencia.

iv. En todo caso, se inaplicarán con carácter indefinido las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés previstas en los contratos de préstamo hipotecario.

Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor.

No conllevará costes por compensación la amortización anticipada del crédito o préstamo hipotecario solicitada durante los diez años posteriores a la aprobación del plan de reestructuración.

c) En el plan de reestructuración la entidad advertirá, en su caso, del carácter inviable del plan conforme al criterio previsto en el apartado siguiente o que, de resultar dicho plan inviable, se podrán solicitar las medidas complementarias previstas en el siguiente apartado.

[5] Las medidas complementarias serán:

a) Los deudores para los que el plan de reestructuración previsto en el apartado anterior resulte inviable dada su situación económico financiera, podrán solicitar una quita en el capital pendiente de amortización en los términos previstos en este apartado, que la entidad tendrá facultad para aceptar o rechazar en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración.

A estos efectos, se entenderá por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50 por cien de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar.

b) Al objeto de determinar la quita, la entidad empleará alguno de los siguientes métodos de cálculo y notificará, en todo caso, los resultados obtenidos al deudor, con independencia de que la primera decida o no conceder dicha quita:

i. Reducción en un 25 por cien.

ii. Reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas.

iii. Reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido, siempre que el primero resulte inferior al segundo.

c) Esta medida también podrá ser solicitada por aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta. Asimismo podrá serlo por aquellos deudores que, estando incluidos en el umbral de exclusión al que se refiere el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, no han podido optar a la dación en pago por presentar la vivienda cargas posteriores a la hipoteca.

[6] a) En el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que esta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda.

b) La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda.

c) El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por cien.

d) Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que este pueda prestar en dicha transmisión.

e) Esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

[7] La ley 25/2015, de 28 de julio, en su artículo 3 ofrece la definición de las que personas se encuentra en el «umbral de exclusión social».

[8] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2012). De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. El Real Decreto-ley 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas. *El Notario del Siglo XXI*. Revista del Colegio Notarial de Madrid, núm 42, p.42.

[9] El Real Decreto-ley prevé que la adhesión de las entidades acreedoras se realice por un plazo de dos años, prorrogable automáticamente por periodos anuales, salvo denuncia expresa de la entidad adherida.

[10] GARRIGUES, (2012). Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. *Novedades Mercantil-Procesal*, núm. 11, Madrid, p. 10, disponible en: http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Boletines/Documents/Novedades_Mercantil_Procesal_2012.pdf consultado el 23 de febrero de 2016.

[11] *Íbidem*.

[12] Cfr. CORDERO LOBATO, E. (2012). Notas de urgencia sobre la paralización temporal de desahucios hipotecarios establecida en el Real Decreto-ley 27/2012. *Diario La ley*, núm. 7953, p. 1.

[13] GUTIÉRREZ IBÁÑEZ, D. (2015). *Fresh Start,* ¿una segunda oportunidad? *Diario 5 días*, el 1 de enero de 2014, disponible en: http://cincodias.com/cincodias/2014/01/01/empresas/1388598658_393964.html, consultado el 8 de marzo de 2016.

[14] *Íbidem*.

[15] CUENA CASAS, M. (2015). ¿Un régimen de segunda oportunidad? *Revista El Notario del Siglo XXI,* núm. 60, marzo de 2015, Madrid. Disponible en: http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/4061-un-regimen-de-segunda-oportunidad consultado el 6 de febrero de 2016.

[16] LÓPEZ SÁNCHEZ, R. (2016). Una eficaz alternativa a la dación en pago: «el fresh start» o mecanismo de segunda oportunidad. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*.

[17] CUENA CASAS, M. (2015). ¿Un régimen de segunda oportunidad? *op. cit*.

[18] LÓPEZ SÁNCHEZ, R. (2016). Una eficaz alternativa a la dación en pago: «el *fresh start*» o mecanismo de segunda oportunidad, *op. cit*.

[19] Cfr. CUENA CASAS, M. (2011). Fresh Start y mercado crediticio. *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, disponible en: http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf, p. 5. Consultado el 14 de enero de 2016.

[20] Se entenderá que el deudor es de buena fe, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable.

2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia firme.

3.º Que, reuniendo los requisitos establecido en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pago.

4.º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios.

5.º Que, alternativamente al número anterior:

i) Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6.

ii) No haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42.

iii) No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.

iv) No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.

[21] CUENA CASAS, M. (2015). ¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente? *¿Hay derecho?*, 3 de marzo de 2015, disponible en: http://hayderecho.com/2015/03/03/una-segunda-oportunidad-para-la-persona-fisica-insolvente/

[22] *Ibidem*.

[23] CUENA CASAS, M. (2015). El impacto económico del *fresh start* o Ley de segunda oportunidad. *Revista El Notario del Siglo XXI,* núm. 60. Colegio Notarial de Madrid.

[24] *Ibidem*.

(Trabajo recibido el 27-4-2016 y aceptado para su publicación el 22-7-2016)

DERECHO COMPARADO

Estatuto jurídico de la cotitularidad en Cuba. Una visión desde el Código Civil cubano

Legal status of joint-title deeds in Cuba. A view from the Cuban Civil Code

por

DRA. MARTA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ
Profesora Titular Departamento de Derecho Civil
Facultad de Derecho Universidad de la Habana. Notaria

RESUMEN: Las situaciones de cotitularidad no son derecho real, están presentes en todos los derechos reales desde el momento en que comparten dos o más personas un derecho sobre un bien indiviso. Su desarrollo práctico en Cuba hoy se ha diversificado y en muchas ocasiones no se valora con profundidad la complejidad del instituto. Las modificaciones legislativas radicales acaecidas desde el 2011 en materia inmobiliaria urbana ha generado una mirada diferente, desde el estatuto de la autonomía de la voluntad, a las facultades de disposición del propietario, verificándose hoy la fragmentación del dominio único para dar nacimiento a las situaciones de cotitularidad. Lo cual obliga a determinar con claridad el contenido y alcance de los preceptos del estatuto de la cotitularidad a la luz del Código Civil cubano.

ABSTRACT: The conditions of joint-title deeds are not real right, they are present in all royal rights from the moment two or more people share a right on an undivided property. Their practical development in Cuba today has been diversified and in many occasions it is not valued with depth the complexity of the

institute. The legislative radicals modifications that have happened since 2011 in urban real estate matter have generated a different look, from the statute of the autonomy of the will, to the abilities of the proprietor's disposition, being verified today the fragmentation of the unique domain to give birth to the conditions of joint-title deeds. That forces to determine with clarity the content and reach of the precepts of the joint-title conditions at the light of the Cuban Civil Code.

PALABRAS CLAVES: Situaciones de cotitularidad. Copropiedad y comunidad.

KEY WORDS: Conditions of joint-title deeds. Co-ownership, and community.

SUMARIO: PREÁMBULO—I. PRESUPUESTOS DE EXISTENCIA. —II. ¿CÓMO NACEN LAS SITUACIONES DE COTITULARIDAD?—III. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SITUACIONES DE COTITULARIDAD. PRINCIPALES TEORÍAS: 1. Diferencias entre la comunidad y la sociedad.—IV. MODELOS TIPOS DE SITUACIONES DE TITULARIDAD CONJUNTA. COPROPIEDAD. LA CUOTA. DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LA EXTINCIÓN, LA DISOLUCIÓN, LA CESIÓN Y LA LIQUIDACIÓN EN RÉGIMEN DE COMUNIDAD.—V. LA COMUNIDAD GERMÁNICA. MODALIDAD NORMATIVA TÍPICA.—VI. MODALIDADES NORMATIVAS ATÍPICAS: 1. La comunidad hereditaria. 2. Bienes comunes en supuestos de Propiedad Horizontal.—VII. DERECHO DE PREFERENCIA ENTRE COPROPIETARIOS: TANTEO Y RETRACTO. IMPORTANCIA DE LA CUOTA O VALOR.—VIII. ORGANIZACIÓN DE LA COMUNIDAD. REGLAS GENERALES.—IX. LA GESTIÓN DE LOS BIENES COMUNES. CONCEPTO, CLASIFICACIÓN, FINES, IMPORTANCIA Y REGLAS. —X. ACTOS DE DISPOSICIÓN. REGLAS Y EFECTOS.—XI. DIVISIBILIDAD O INDIVISIBILIDAD DE LA SITUACIÓN DE COMUNIDAD. CONCEPTO. DERECHO A PERMANECER EN LA COMUNIDAD. REGLAS DE DIVISIÓN SEGÚN EL OBJETO: 1. Pacto de indivisión. Viabilidad, importancia y beneficios del pacto.—XII. ¿QUIÉNES PUEDEN ENTABLAR LA ACCIÓN DE DIVISIÓN?: 1. ¿Cómo llevar a cabo la división? 2. Efectos de la división. 3. Reglas de la partición hereditaria aplicada a la copropiedad. Necesidad de la remisión inversa. —XIII. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD DE BIENES: 1. Consolidación. 2. Extinción del objeto. 3. Renuncia hecha por todos los comuneros. 4. Prescripción adquisitiva a favor de un tercero. 5. División del objeto común.—XIV. UTILIDAD, NECESIDAD Y DESACTUALIZACIÓN DEL PRECEPTO 168 DEL CÓDIGO CIVIL CUBANO.—XV. CONCLUSIONES.—XVI. BIBLIOGRAFÍA.

PREÁMBULO

Existen derechos subjetivos que por su naturaleza solo conciben un titular singular y el ejemplo más típico son los derechos inherentes a la personalidad; sin embargo en la amplia gama o especie de derechos subjetivos, hay otros que son susceptibles de pertenecer simultáneamente a más de un sujeto, naciendo así las situaciones de cotitularidad.

La cotitularidad o situación de titularidad conjunta o comunidad en sentido amplio, es la situación en la que el Derecho subjetivo está al servicio de varios sujetos. En estos supuestos se hace preciso articular una mínima organización, que coordine las posibilidades de actuación y de decisión de los titulares, de tal suerte que se evite la colisión de intereses y se permita el disfrute del derecho o el cumplimiento del deber por todos los titulares.

La doctrina clásica ha concebido a la cotitularidad como una situación anormal, una situación antieconómica, totalmente conflictual, un estadio previo e incidental al pleno dominio; por ello tiene reglas; pues responde a la concepción individualista del mundo. Mientras que las situaciones de comunidad son concebidas hoy como una forma idónea para propender a la conservación de los bienes al interior de dicha colectividad, por lo que se consideran una situación permanente y estable y, además, como una forma ventajosa de realizar determinadas funciones económicas; pues responden a una concepción más colectivista del mundo y de las relaciones familiares y de vecindad. Por ello MIGUEL[1] ha señalado que tanto hay ventajas como desventajas, aunque ciertamente las legislaciones facilitan los medios para hacer cesar las situaciones de copropiedad y restringen los instrumentos que impidan la indivisión. Por ello es que su estudio y práctica jurídica se tornan tan complicados.

El Código Civil cubano optó en su última versión[2] por establecer una disposición general, atinada, que más que brindar un concepto de esta situación identifica los tipos más comunes y algunos presupuestos de existencia en el artículo 161 que cometamos. Este artículo aunque tendió a la generalidad refiere *«La propiedad de un mismo bien…»* circunscribiendo la situación que analizamos solo al derecho real de propiedad, sin embargo hay que analizarlo en sentido amplio pues puede estar presente en cualquier derecho real y de crédito, siempre que concurran los presupuesto de existencia.

I. PRESUPUESTOS DE EXISTENCIA

Las situaciones de cotitularidad tienen como presupuesto: unidad de objeto y pluralidad de sujetos.

La unidad de objeto implica la existencia de un mismo derecho o una única situación jurídica. Por ende no existe comunidad cuando concurren varios

derechos sobre el mismo objeto o derecho; por ejemplo nudo propietario y usufructuario (escala jerarquizada de derechos).

La pluralidad de sujetos se refiere al hecho cierto de que existen varios sujetos que detentan una titularidad sobre un mismo bien o derecho; se excluye de este supuesto el análisis de las personas jurídicas conformadas por varios sujetos ya que en sí misma es una personalidad jurídica única y desaparece el concepto de colectivo.

Los supuestos de cotitularidad recaen sobre un patrimonio o un conjunto o masa patrimonial (derechos y bienes).

Autores como BELTRÁN DE HEREDIA[3] han señalado que «comunidad en sentido técnico y específico no la hay sino sobre derechos reales». Sin embargo, dicha posición ha sido superada por la doctrina contemporánea, máxime cuando se está frente a la cotitularidad de una masa patrimonial como lo sería el caso de la comunidad hereditaria o de la comunidad de gananciales, supuestos en virtud de los cuales los cotitulares no solo serán titulares de bienes en sentido estricto, sino también de derechos de crédito.

Ahora bien, cuando la situación de comunidad o titularidad conjunta puede tener como objeto un bien singular, pero también puede recaer esta situación sobre una pluralidad de bienes que conforman una masa patrimonial, por lo que estamos en presencia de una universalidad, que también se mantiene interinamente en indivisibilidad y, por ende, recae sobre una pluralidad de bienes; el caso más típico es la comunidad hereditaria.

En este último supuesto la titularidad atribuida a cada comunero se verificará respecto de cada elemento componente del patrimonio, es decir, sobre el bloque de los activos que estará constituido, de ser el caso, por créditos o por derechos sobre bienes corpóreos e incorpóreos o por ambos; y, sobre el bloque de deudas o pasivo, así tenemos, por ejemplo, la situación de comunidad derivada de la transmisión *mortis causa* en la que los herederos no solamente serán cotitulares de los derechos de crédito y reales que integran la masa hereditaria sino, también, de las deudas que hubiere dejado el causante mientras la herencia permanezca indivisa.

Sea que se trate de la titularidad conjunta de un solo derecho (comunidad singular) o sea que se trate de la cotitularidad de un patrimonio (comunidad universal), es característica de la comunidad la unidad del objeto, es decir, el hecho de que todos los comuneros ostentan una sola e idéntica titularidad sobre uno o más objetos inmediatos —un derecho real o crediticio, una obligación o una universalidad— lo que, a su vez, implica que la titularidad de cada integrante de la comunidad no pueda ser referida a partes individualizadas del objeto mediato de la relación jurídica, esto es, el bien o las actividades prestacionales correspondientes.

II. ¿CÓMO NACEN LAS SITUACIONES DE COTITULARIDAD?

Existen diversos actos de los que se puede derivar el nacimiento de situaciones de cotitularidad, nacen por voluntad de las partes o por mandato legal. En este tema valdría también la pena analizar cuando nos encontramos frente a la constitución de un nuevo modelo de cotitularidad, una nueva cotitularidad o solamente una mutación subjetiva en este elemento de la relación jurídica preexistente. Pueden nacer por:

i) La voluntad de las partes: la voluntad de los propios interesados tanto cuando varias personas adquieren en común la propiedad de un bien, como sucedería si uno o más bienes son vendidos o donados conjuntamente a dos o más personas; como cuando el propietario de una cosa ceda una parte abstracta (cuota) de la misma a un tercero, dando origen a una relación de copropiedad con él[4]. O la cesión de una parte de la cuota constituyéndose una cotitularidad a lo interno de la participación.

Estos supuestos parecerían contradictorios con la complejidad que resulta estar inmerso en una situación de este tipo. Sin embargo la práctica forense nos indica hoy que en el imaginario de las personas hay una confianza plena en que las situaciones de conflicto no se suscitaran y en muchas ocasiones se vislumbran más ventajas que inconvenientes en la constitución de una situación de cotitularidad. Sin embargo, la misma teoría nutrida de la práctica siempre ha avizorado la complejidad de este tipo de situaciones. Las personas cambian, sus intereses y circunstancias; y por lo general no avisan el cambio, y lo que en su día era idílico, se convirtió en un tormento.

ii) En virtud de la sucesión: de la cual se deriva el nacimiento de la copropiedad el supuesto de aceptación y adjudicación de una cosa cierta cuando hay pluralidad de legatarios sobre el mismo bien o derecho; o el nacimiento de la comunidad hereditaria y posteriormente la constitución de la copropiedad resultante de la adjudicación en colectivo de varios herederos sobre un mismo bien o derecho.

iii) Por mandato de la ley: nos referimos a todos aquellos casos en los que la cotitularidad de un bien tiene su fuente determinante en la voluntad del legislador, es decir, los casos en que dados ciertos presupuestos sobreviene una imposición de la ley que determina la indivisión respecto de ciertos bienes a favor de dos o más personas. A modo de ejemplo el caso de las figuras de unión o mezcla de bienes muebles pertenecientes a distintos propietarios, reguladas por el artículo 182.2 del Código Civil cubano, en virtud de las cuales se les atribuye a los propietarios de los bienes unidos o mezclados la condición de copropietarios de la especie resultante, en proporción a los valores de sus respectivos bienes.

Una vez delimitado su objeto y las formas en que se llega a ser cotitular, la problemática que se cierne en torno a la situación de comunidad radica en la

forma en la que el ordenamiento jurídico organiza la atribución de la titularidad que ostentan, simultáneamente, varios sujetos tanto en lo que se refiere al propio objeto inmediato (derechos, prestaciones), como con respecto a la incidencia de dicha titularidad sobre el objeto mediato (bienes en sentido estricto y las actividades u omisiones prestacionales). Conforme con ello, a diferencia de lo que ocurre con la situación de titularidad correspondiente a un solo sujeto, la situación de comunidad o de titularidad conjunta supondrá la configuración de una estructura interna de organización.

Esta organización interna debe regular el ejercicio de las potestades y facultades que confiere el derecho en situación de comunidad; la concurrencia de los comuneros para la formación de una voluntad conjunta como presupuesto para la eficacia de los actos de administración y de disposición que se practiquen sobre el bien o derecho que es objeto de comunidad; la configuración de un régimen de participación respecto de los provechos y cargas relativas a los bienes sobre los que se ostenta una titularidad conjunta; la organización de un régimen de responsabilidad interna o entre los comuneros y uno de responsabilidad externa o de la comunidad respecto de terceros; la configuración de una normativa destinada a regular la división de la comunidad.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SITUACIONES DE COTITULARIDAD. PRINCIPALES TEORÍAS

Las situaciones de cotitularidad o comunidad se manifiestan en el mundo jurídico de dos formas distintas y excluyentes: comunidad ordinaria o por cuotas (llamada romana) o comunidad en mano común (llamada germánica). Estos modelos no son preconstituidos e inmutables importados de manera mecánica por los ordenamientos jurídicos contemporáneos; porque, en realidad, de lo que estamos hablando es, simplemente, de dos modelos paradigmáticos distintos y contrapuestos para la elaboración y explicación del funcionamiento de la llamada estructura interna de organización, los cuales responden a determinadas concepciones económicas, sociales, culturales y, en suma, a distintas concepciones del mundo.

La nota distintiva entre cada una de estas situaciones de cotitularidad está precisamente en la cuota. Por ello nos detendremos en este particular resaltando que este concepto es típico de la comunidad romana. La cuota tiene una naturaleza jurídica compleja y muy discutida; sobre todo si se analiza su esencia y sus manifestaciones. Me refiero a esto último para hacer énfasis a lo que se conoce como cuota ideal y cuota material que tiene efectos diversos en los títulos formales de constitución de las situaciones de cotitularidad y que esta verifica en el artículo 162.1 del Código Civil cubano, que comentamos.

Cada participe ostenta una porción autónoma, una participación, junto a los demás sujetos sobre el bien indiviso. Esta cuota está sometida a las reglas generales sobre la pertenencia de los derechos patrimoniales; por ello sostenemos que en virtud del Código Civil cubano de manera sistemática se puede verificar a todas luces que existe un derecho real sobre un bien inmaterial, artículos 338a) y 163 a) que amparan jurídicamente la cesión de participación; aunque el articulo 46 al referirse a la relación jurídica sobre bienes haga alusión solo a aquella que recae sobre bienes materiales, sin incluir los derechos como objeto de dicha situación.

Sobre la cuota o participación en la copropiedad[5] se ha sostenido que es la parte ideal o teórica en que se divide el objeto (teoría más clásica), se sostuvo también por FERRARA que era lo que para la copropiedad era en base a la cuota una propiedad plurísima parcial. Por otra parte se ha sostenido el criterio de que en realidad cada copropietario tiene un derecho de propiedad pleno sobre la cosa; siendo la cuota el metro que determina la medida del derecho de cada uno en los casos de colisión (doctrina plúrima total, BELTRÁN DE HEREDIA). Con criterio más realista ha sostenido LACRUZ y MIGUEL; que no se fracciona ni la cosa ni el derecho, sino que se produce una sustancial alteración del originario derecho de propietario único, el cual es sustituido por una pluralidad de derechos de copropiedad, cada uno de los cuales corresponde a cada comunero.

En lo que atañe a la naturaleza jurídica de la copropiedad, DÍEZ-PICAZO siguiendo a BELTRÁN DE HEREDIA, ha agrupado las teorías formuladas al respecto bajo los siguientes rubros:

i) Teoría de la interinidad: Postulan los defensores que «durante la indivisión no existe un verdadero derecho subjetivo y en particular no hay un verdadero derecho de propiedad»[6] toda vez que al concurrir varios titulares a ninguno de ellos correspondería un «dominio total, pleno y excluyente sobre la cosa». Esta teoría se encuentra actualmente abandonada, aunque sobreviva en varios

ii) Teoría de la unificación: Los defensores de esta teoría afirman la existencia de «un único derecho de propiedad o derecho que se presenta y actúa como un todo unificado»[7].

Siguiendo dicho postulado, para un sector de la doctrina italiana (SCIALOJA) y alemana (WINDSHEID), en la copropiedad existiría un solo derecho del que participan varias personas constituyendo la cuota atribuida a cada una de ellas «la medida en que las utilidades de la cosa, la contribución a los gastos, y en su caso el resultado de la liquidación, corresponden a ese concreto comunero»[8].

Señala DÍEZ-PICAZO que dentro de las teorías de la unificación se encontrarán aquellas que sostienen que lo que se verifica en la copropiedad no es un fenómeno de titularidad conjunta respecto de un derecho único sino, un supuesto de titularidad atribuido a una «colectividad o grupo de personas» (*ibídem*), y otras que atribuyen personalidad jurídica a ese colectivo de personas al que corresponde la titularidad del derecho.

iii) Teoría de la división: Dentro de este rubro se agrupan aquellas teorías que ven en la copropiedad no la existencia de un único derecho sino la verificación de tantas titularidades y por consiguiente tantos derechos como individuos o miembros están en comunidad»[9].

En ese sentido, LACRUZ[10] —citando a BELTRÁN DE HEREDIA— destaca que para la doctrina española antigua, lo que se verifica en la copropiedad es «un concurso de varios derechos de propiedad, autónomos e independientes, con varios titulares» que se materializarían respecto de una cuota ideal en que resultaría dividida la cosa común, de lo que se seguiría a favor de cada condómino «un derecho de propiedad pleno y exclusivo, cuyo objeto no es la cosa entera sino una parte ideal de esta»[11].

Para un sector de la doctrina italiana (FERRARA), lo que se verifica en la copropiedad es la existencia de un derecho de propiedad tan igual que el derecho de propiedad individual en lo que respecta al uso, disfrute, disposición y tutela del derecho pero que, a diferencia de este, se encontraría dividido en cuotas ideales de modo tal que a cada comunero correspondería la titularidad de «una fracción o parte ideal del derecho total»[12]. Para esta teoría la suma de las cuotas ideales en que se divide el derecho configura la propiedad única, siguiéndose de ello un doble orden de relaciones: un derecho exclusivo sobre la cuota que le permite a cada copropietario usar, disfrutar y disponer de aquella con la única limitación de no afectar el interés de los demás comuneros; y un derecho colectivo sobre la cosa común respecto de la cual cada comunero podrá servirse en proporción a la cuota que se le atribuye.

iv) Teoría de la propiedad plúrima total: Esta teoría explica que la copropiedad se manifiesta como la concurrencia de varios derechos de propiedad sobre la totalidad de la cosa, diferenciándose así del concurso de derechos con delimitación del objeto en partes concretas o materiales. Para esta teoría «el derecho de propiedad no está dividido en partes ideales o materiales, sino que cada copropietario tiene un derecho de propiedad pleno en cuanto a su extensión, cualitativamente igual al derecho de propiedad exclusivo»[13], pero limitado en cuanto concurren con él otros derechos iguales. La cuota para esta teoría «es, simplemente, la proporción, medida o razón, en virtud de la cual se limitan y armonizan recíprocamente los distintos derechos de propiedad; es decir, el índice de la proporción en el uso y el disfrute, percepción de las utilidades, de las cargas, y, en definitiva, el valor representado por la cosa común, cuando la copropiedad cesa»[14].

Quienes sostienen esta teoría, a diferencia de las teorías de la división, afirman que «no es que existan, pues, dos poderes distintos, uno sobre la cosa, directo e inmediato, y otro sobre la cuota, representado en la facultad de disposición (…). Existe un solo poder sobre toda la cosa, pero dentro del límite que indica la cuota»[15].

TRIAY LEÓN[16] al comentar la legislación nacional en el año 42, siguiendo a CASTÁN y también al maestro cubano AGUIRRE Y TORRADO (quien inaugura la cátedra de derecho real e inmobiliario en la Universidad de La Habana en los años 20) no se afilia directamente a ninguna de las teorías más conocidas pero sostiene que el artículo 392 del Código Civil español vigente en Cuba en esta época, incurre en el error al concebir que puede recaer sobre cosas corporales. SÁNCHEZ ROCA[17] por su parte al comentar el propio Código Civil en el año 1954 no destaca el valor, concepto y naturaleza de la cuota, aunque anota sentencias muy interesantes de la Audiencia de La Habana relativas a la división de la cuota. RAPA ÁLVAREZ[18] por su parte considera y cito que cada copropietario tiene un derecho sobre cada una de las moléculas de la cosa y allí se encuentra el derecho de los demás; siguiendo al parecer a la teoría de la división real del derecho. Más reciente RIVERO VALDÉS[19] señala que la cuota es una unidad de valor económico estimable en el derecho que le atribuye al condómino determinada intensidad en el ejercicio de sus poderes frente a sus semejantes. Así cuando el Código Civil cubano refiere el término de cuota o parte se refiere a la unidad de valor que sobre el objeto inmediato recae; pero no a la cosa material en sí misma o a una parte de ella (fin de la cita) y agrego la cosa sigue indivisa como presupuesto para que se mantenga el condominio.

Por lo que nuestro código en un análisis sistémico opta por la teoría más moderna la Teoría de la propiedad plúrima total, que identifica realmente la verdadera naturaleza jurídica de esta situación jurídica al establecer en el artículo 161 «*La propiedad de un mismo bien que no está materialmente dividido puede pertenecer a varias personas, por cuotas o en común*». El poder se presume único y el límite está en la cuota que se ostenta. Del artículo se desprende además el reconocimiento de los dos tipos clásicos de situaciones de cotitularidad la romana y la germana.

1. Diferencias entre la comunidad y la sociedad

Ciertamente ambos conceptos tienen sus similitudes pero no tienen la misma finalidad, ni efectos. Ambas son agrupaciones de personas; sin embargo la comunidad puede nacer de un contrato (acuerdo de voluntades), la sociedad siempre nace por un contrato, una atribución patrimonial. La comunidad no da lugar al nacimiento de una persona jurídica colectiva, no se constituye para obtener lucro y los bienes objetos de la cotitularidad conforman una masa patrimonial dentro del patrimonio de cada uno de los cotitulares; mientras que en la sociedad es todo lo contrario.

El artículo número 396 del Código Civil cubano reconoce los caracteres clásicos de la sociedad y agrega como requisito de previo a la constitución la autorización del organismo estatal correspondiente.

IV. MODELOS TIPOS DE SITUACIONES DE TITULARIDAD CONJUNTA. COPROPIEDAD. LA CUOTA. DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LA EXTINCIÓN, LA DISOLUCIÓN, LA CESIÓN Y LA LIQUIDACIÓN EN RÉGIMEN DE COMUNIDAD

La situación de cotitularidad puede ser de naturaleza real o personal teniendo en cuenta los derechos correspondientes a la *pro quota*. No nos detendremos en las situaciones de cotitularidad nacidas del derecho de crédito propiamente dichas. Aunque ello no significa que en una situación de cotitularidad real no nazcan y suponga también un entramado de relaciones entre los partícipes. Por ejemplo el derecho del copropietario del reembolso de lo gastado para conservar la cosa es un crédito contra los demás copropietarios.

Un aspecto importante es lo referente a la medida de la participación o cuota. La cuota tiene las siguientes funciones:

1. Asigna un valor al derecho de cada copropietario para participar en los beneficios, cargas o deberes de la situación de cotitularidad.
2. Es la medida de valor de cada uno a la hora de tomar decisiones en acuerdos mayoritarios.
3. Es la medida que le corresponde a cada copropietario cuando se pretenda dividir y salir de la copropiedad.

Esta medida siempre existe en la comunidad romana; aunque el titular de la cuota tiene que tener determinado en el título formal de su adquisición cual es su participación[20]. Esta medida es una porción relativa al valor del bien expresada en porcientos, en forma de quebrados o en valores[21]. En cada caso se tendrá en cuenta como principio el respeto al principio de aportación, de voluntariedad y de equidad en última instancia.

El principio de aportación se explica por sí solo, el valor de la cuota del sujeto cotitular estará en correspondencia con lo aportado en la constitución de la copropiedad.

Se plantea que es dudoso el alcance del mero acuerdo de los interesados para fijar el valor de las respectivas cuotas, cuando no se trata propiamente de un acuerdo de valoración de las respectivas participaciones, sino de atribución de un valor que no se corresponde con el real. Por ejemplo como cuando se permutan dos bienes por uno con valores distintos y convienen ser copropietarios por mitades. Aquí se produce una atribución de derechos que será donación o compraventa en su caso, en la porción que se renuncia de lo aportado.

A falta de determinación existe una presunción de igualdad de las cuotas, regulada en el artículo 162.1 del Código Civil cubano, que comentamos, al que volveré para explicar la presunción y su repercusión en los derechos de los cotitulares. ¿Esta presunción podría ser apreciada de oficio por el registrador de

la propiedad al inscribir un título en que no estén expresamente determinadas las cuotas o participaciones de los cotitulares? ¿Sería esta una falta subsanable? Para la Ley Hipotecaría de 1893 y su reglamento sí[22]. Mas la resolución 114 de agosto de 2007, no refieren nada al respecto. ¿Qué hace el notario?: aplicando la normativa notarial y en especial el artículo 85 del Reglamento de la Ley de Notarías Estatales (resolución 70 de 1992 del Ministerio de Justicia), se autorizaría un Acta de Notoriedad (art. 85 e); por haber una presunción legal del artículo 162.1 del Código Civil cubano o una Acta de subsanación por error u omisión (art. 85 g); o una Escritura Pública sobre Determinación de cuotas. ¿Tendrían que comparecer todos los cotitulares? ¿Y si no existe acuerdo? Estas y otras situaciones podrían suscitarse debido a lo complejo de la situación y a la repercusión del derecho. Por salud deberían concurrir todos los titulares, es demasiado importante la verdadera determinación formal de la cuota, con independencia de los medios que se cuenten para probarlo. De no existir acuerdo, la respuesta es obvia[23].

En un análisis exegético y sistemático del artículo 162.1 aún y cuando el mismo pudiera servir de norma sustantiva amparadora ante la omisión en la determinación de las cuotas en el titulo formal de la copropiedad; a mi juicio estamos en presencia de la verificación en la copropiedad de la desvinculación entre cuota y facultad de uso en una situación de cotitularidad; lo cual deriva una igualdad de dicha facultad de uso, para todos los partícipes. Sobre todo si se tiene en cuenta que la cuota de cada cotitular no es medida de la facultad de uso; porque no hay cuotas de uso. La cuota está indivisa y en principio la utilización de la misma es indivisa. Consagrándose la regla de uso solidario o promiscuo de las cosas comunes.

Este uso tiene límites y el mismo está en conformidad al destino del bien y al principio de no perjudicar el interés de los cotitulares.

Así esta facultad de uso puede ser modalizada por el acuerdo de los cotitulares. Reitera CAPILLA RONCERO[24] (uso dividido por zonas o por periodos de tiempo). Por ejemplo la posibilidad de que al adjudicarse las casas de veraneo los cotitulares pudieran pactar un uso exclusivo de tal semana al año, repartiendo el uso de bien entre los titulares de mutuo acuerdo. No se verifica un *Timesharing*, no es una explotación turística. Es un acuerdo lícito en el aprovechamiento de una facultad del dominio, el uso del bien común indiviso. Pacto que además tendería a evitar situaciones potencialmente conflictuales entre los titulares.

Esa cuota ideal que se reputa igual en el uso es desigual en el disfrute y disposición del bien indiviso, donde cada participe goza y explota el bien en proporción a su cuota de participación. Y podrá disponer de su cuota ya materializada cuando pida salir de la copropiedad, dividiendo o cediendo su participación.

Para un sistema jurídico en el que la copropiedad viene organizada bajo los esquemas individualistas del Derecho Romano, no solo basta establecer que cada

partícipe goza de una cuota ideal, de una participación abstracta que representa su parte en todo el bien y en cada átomo del mismo, sino que además se requiere cuantificar cada una de las cuotas respecto a todo el bien. Cada copropietario tiene una cuota fija, distinta del bien común, y tan negociable como cualquier bien que pueda tener un propietario exclusivo dentro de su patrimonio.

Para cumplir con este cometido es preciso establecer un mecanismo que ante la falta de determinación de las cuotas en el acto que origina la copropiedad, supla dicha deficiencia y logre cuantificar la participación de cada quien. El mecanismo al que nos referimos no es otro que la presunción de igualdad de cuotas contenida en el primer párrafo del artículo 162.1. Se trata de una presunción relativa o *juris tantum*, puesto que admite que se pueda probar en contrario.

La prueba en contra de la presunción de igualdad opera no solo como en los ejemplos antes presentados cuando existe un pacto de determinación de las mismas, sino también cuando quien puede imponer la situación de comunidad se encarga de asignar las participaciones, cosa que sucede por ejemplo cuando el legislador establece la proporción que corresponde a los herederos forzosos y legales sobre la masa hereditaria, según estemos hablando de la sucesión testada o intestada, respectivamente, o cuando el testador, ejerciendo su derecho a la libre disposición de parte o todo su patrimonio, decide dejar como legado uno o más de sus bienes a favor de dos o más personas de manera conjunta.

Coexisten dos tipos de esferas de actuación, unas atribuidas de manera individual a cada copropietario y otras de manera colectiva, es decir, con referencia a todos los copropietarios a los cuales se entiende vinculados en su actividad por la concurrencia con los demás o por las decisiones unánimes o, por lo menos, mayoritarias del conjunto, siendo el parámetro ordinario de esa concurrencia y de esas decisiones el valor de las participaciones que a cada quien correspondan.

La Cesión de Participación[25] supone una renuncia a seguir perteneciendo a la cotitularidad. Supone una copropiedad por cuotas, donde las cuotas están determinadas. No hay que determinar su cuota. Supone que se queda sin nada. Puede ser gratuita u onerosa. Si es onerosa recae sobre los restantes comuneros un derecho real preferente en virtud de los articulos 163. 1.2.3. Código Civil cubano. Puede suponer la extinción de la copropiedad si se ejercita el tanteo y si se individualiza el dominio.

Por todo ello resulta a todas luces un contrasentido denominar al instrumento notarial contentivo de este acto jurídico; liquidación por cesión de participación. Las cuotas están determinadas por ello no hay que liquidar nada, a menos que existan deudas o sea necesario un procedimiento para determinar el valor real de la cuota o participación pues no se constata del título. Más dudoso todavía si nos detenemos en la cesión gratuita.

Liquidación[26] presupone una regla para determinar en este caso la cuota a ceder; y retomando el concepto en la copropiedad romana ya están determinadas las cuotas, por lo que no hay que liquidar nada. Lo que sí está claro que con

la cesión de participación si se puede verificar una disolución o extinción de la cotitularidad; términos que si son sinónimos. Como deviene sinónimo también el término división; por ello es un contrasentido una división de una situación de cotitularidad entre dos sujetos y ceder participación de uno de ellos (división y cesión de participación), pues al materializarse la división ya desapareció dicha cuota de participación, por dividirse, disolverse o extinguirse la cotitularidad.

«La copropiedad por cuotas generalmente se disuelve y liquida simultáneamente sin que deban ser asimilados ambos conceptos como idénticos. La disolución puede efectuarse con carácter voluntario a iniciativa de los interesados, o con carácter forzoso si fuera por mandato de una norma legal imperativa o por el ejercicio de la acción de división. La liquidación es el procedimiento para determinar la manera de ajustar las cuotas sobre las porciones resultantes de la división material de la cosa, o para sustituir dinero por cuota en caso de venta; así como para pagar las deudas y cobrar los créditos que puedan existir sobre la indivisión»[27]. Sin embargo en algunas situaciones de cotitularidad no existe necesidad de liquidación.

Por ello los términos de extinción y disolución se reputan como sinónimos, no así los de liquidación y cesión.

«Algunos sistemas admiten la posibilidad de pactar la indivisión fijando términos máximos como en España el de 10 años (Código Civil 1889, artículo 400) y en Holanda y Argentina el de 5 años (NBGB, lib.3, tit.7, sec.1, a.178.5; Código Civil Argentino, a.2004 y sgtes). El Código Civil cubano no prohíbe expresamente el pacto de indivisión por lo tanto podría admitirse como ejercicio de la autonomía de la voluntad. Cosa distinta sería determinar si existe un término para el pacto de indivisión ya que, a diferencia de otros sistemas derivados del movimiento liberador de la propiedad a inicios del siglo XIX, en Cuba no existe norma expresa que prohíba el establecimiento de prohibiciones convencionales perpetuas de disponer a menos que las del siglo XIX se considerasen vigentes»[28].

V. LA COMUNIDAD GERMÁNICA. MODALIDAD NORMATIVA TÍPICA

El artículo comentado número 161 establece que «… *un mismo bien que no está materialmente dividido puede pertenecer a varias personas, por cuotas o en común*».

Por ello entonces hay que detenerse aunque sea someramente en los tipos de comunidad que no están organizados por cuotas; sino en común, a saber la llamada comunidad germánica.

Para ello en Cuba hay que analizar varios supuestos, entre ellos nos encontramos la comunidad de bienes y derechos nacida del matrimonio. Las diferencias entre la comunidad matrimonial de bienes y la copropiedad están referidas a los

actos que les sirven de fuente, al objeto, a la estructura interna de organización y a los hechos en virtud de los cuales ambos regímenes se extinguen.

En lo que se refiere a los actos que les sirven de fuente, la instauración del régimen de comunidad de gananciales, está dada por la unión de personas de diferente sexo formalizada o reconocida judicialmente. En tanto que la constitución de la situación jurídica de copropiedad, tal como lo hemos visto, encuentra como fuente al contrato, a la sucesión y a la ley. Por otra parte, el objeto mediato, en el régimen de comunidad de gananciales, lo constituyen los patrimonios de la comunidad, el cual se encuentra integrado tanto por los bienes y derechos adquiridos a título oneroso (activos), como por las denominadas deudas sociales contraídas por uno o ambos cónyuges durante la vigencia del matrimonio (pasivos); mientras que la copropiedad solo tiene por referencia a determinados bienes concretos (activos) y si bien la normal conservación y destino de los mismos generará para los copropietarios determinadas obligaciones y cargas, estas no pasan a constituir con los activos un conjunto sujeto a un régimen unitario de poder y responsabilidad.

En lo que se refiere a la estructura interna de organización, tanto la comunidad de gananciales como la copropiedad constituyen formas comunitarias desprovistas de personalidad jurídica o, si se quiere, la verificación de uno u otro supuesto no da origen a una personalidad jurídica distinta de la de los cónyuges o condóminos, respectivamente. Siendo ello así, la titularidad de derechos y obligaciones contraídos durante la vigencia de la comunidad de gananciales y de la situación de copropiedad serán de titularidad exclusiva de los cónyuges o de los copropietarios, respectivamente.

En lo que se refiere a la administración y disposición de los bienes, en la comunidad de gananciales, por imperio de la ley, dicha atribución corresponde a ambos. Esta comunidad germánica, según su estructura interna, regulada en nuestro ordenamiento en virtud del régimen económico del matrimonio artículo 169 del Código Civil[29], desarrollada en los artículos correspondientes del Código de Familia, requiere de la liquidación previa ya que las cuotas sobre el bien común no existen, por ello el Código de Familia refiere que la disolución de la comunidad de bienes requiere una previa liquidación. Por ello los términos de una situación de cotitularidad en mano común no pueden traspolarse al régimen de copropiedad por cuotas cónyuges.

Esta liquidación opera *ope legis*, voluntariamente o por vía judicial y lo cierto es que en nuestro derecho existe en este supuesto también una determinación de igualdad de cuotas, pero requiere una liquidación.

Las operaciones de liquidación y división de los bienes adquiridos durante el matrimonio, pueden realizarse conjuntamente en el trámite de extinción del matrimonio o en acto posterior. Ahora si no existe acuerdo en cuanto al destino de la vivienda adquirida en constante matrimonio es imposible acudir a la vía notarial, pues este es el único bien común sobre el cual exige la norma una definición en el trámite de extinción del matrimonio por divorcio.

Los demás bienes pertenecientes a la comunidad matrimonial de bienes disuelta subsistirán durante un año inmediatamente posterior a la firmeza de la sentencia, escritura de divorcio o nulidad (art. 40 Código de Familia). Durante este plazo, se debe lograr la liquidación extrajudicial de la comunidad de bienes, o instar la liquidación judicial de lo contrario, por imperio de la ley, la comunidad quedará automáticamente extinguida[30] y surgirá la propiedad sobre los bienes muebles poseídos por cada uno o la copropiedad por cuotas si hubiese coposesión. En cuanto a los inmuebles nada indica el Código de Familia pero, en virtud de las normas especiales la Ley General de la Vivienda 1988 (arts. 66[31] y 68), la vivienda queda en copropiedad por cuotas. Los tribunales aplican esta regla para todos los inmuebles. Luego es imposible plantear un proceso de liquidación de comunidad matrimonial de bienes con posterioridad al año de transcurrido el divorcio o la nulidad, cuando lo correcto sería ejercitar la acción de reconocimiento o declarativa de dominio, la reivindicatoria o la de disolución o extinción de copropiedad, pues existe una presunción de igualdad de cuotas y no es necesaria la liquidación.

Las diferencias anotadas y otras más que pudiéramos señalar como consecuencia de la comparación entre ambas figuras son manifiestas, existe cierto consenso en cuanto a que se trata de dos instituciones diferentes. En lo que, en cambio, sí existen serias diferencias, es en la determinación de la estructura interna de la titularidad que ostentan los cónyuges respecto de los bienes comunes y la incidencia que puedan tener los acreedores individuales de los cónyuges sobre dichos bienes, por deudas que no puedan ser calificadas de comunes.

La comunidad de gananciales, en lo que al patrimonio común concierne, se encuentra moldeada bajo los cánones que derivan del denominado esquema germánico de comunidad, también conocido como comunidad en mano común, es decir, se acepta que, a diferencia de la copropiedad, la participación de los cónyuges no es una participación fija o determinada, no existen cuotas que la representen, la participación que lógicamente le corresponde a cada uno —porque no hay sujeto distinto a ellos— es una totalmente indeterminada y simplemente conjunta. En cuanto a lo segundo, lo que se discute es si esos acreedores individuales, en el caso de que no puedan agredir bienes privativos de su deudor, podrían al menos trabar embargo sobre esa participación indeterminada de su deudor en los bienes comunes.

VI. MODALIDADES NORMATIVAS ATÍPICAS

1. La comunidad hereditaria

El fallecimiento de una persona genera para sus herederos una comunidad universal sobre los bienes, derechos y obligaciones del causante. Los caracteres

de esta comunidad son precisamente: ser universal, forzosa e incidental. Se les transmiten a los herederos en bloque los activos y pasivos, es más, la ley prevé que los pasivos heredados deben ser pagados con los correspondientes activos, hasta donde estos alcancen.

Los derechos de los herederos sobre la masa hereditaria, por razón del objeto mediato sobre el que recaen son distintos de la copropiedad por cuotas, recae sobre un patrimonio. La ley reconoce esta diferencia aunque de manera sutil y, en una especie de remisión inversa, establece «*Las reglas de la partición y adjudicación de la herencia son aplicables, en lo pertinente, a la división del bien común entre sus copropietarios*» en su artículo 167.

Por supuesto para que exista comunidad hereditaria tiene que existir pluralidad de sujetos con derechos sobre un patrimonio que no esté dividido alícuotamente. Es una comunidad forzosa, incidental y nace con la aceptación de la herencia por los llamados a ella.

La situación de indivisión hereditaria se asemeja mucho a la tipología germánica, pues no existen cuotas, sin embargo llaman la atención los autores que no nos encontramos ante un supuesto típico, pues los herederos también adquieren las deudas de la herencia y esta peculiaridad la diferencia del tipo clásico germano. Y a su vez en sus relaciones internas se asemeja a la romana[32]. Siguiendo esta concepción híbrida, sobre la naturaleza jurídica de esta situación de cotitularidad, estable el artículo 523 del Código Civil cubano que «La comunidad de bienes que resulte entre coherederos se rige, en lo pertinente, por las disposiciones relativas a la copropiedad por cuotas». Norma de remisión interna que a su vez vuelve en sentido contrario cuando se repasan las reglas de partición hereditaria, artículo 167 del propio cuerpo legal.

2. Bienes comunes en supuestos de Propiedad Horizontal

La comunidad nacida de los elementos comunes en situaciones de Propiedad Horizontal, no pueden ser encasillada en ninguno de los moldes clásicos. No es una típica copropiedad al estilo romano, ni una típica comunidad al estilo germano. Es una mezcla de ambas por los caracteres propios de estos elementos y los derechos que tienen los titulares, a saber los elementos comunes son:

1. Indivisibles. Este principio establece la imposibilidad jurídica de que estos elementos puedan ser adjudicados privativamente por un titular o titulares de los pisos o de los apartamentos. No obstante, esto pudiera ser atenuado en dependencia de la clasificación del elemento común, por destino[33] o afectación. Sirven de uso común.
2. Inseparables, es decir no pueden desligarse de los elementos privativos, o sea no son autónomos, no son accesorios.

3. Irrenunciables, ya que no se puede renunciar válidamente a la titularidad de los mismos con independencia de los elementos privativos. Cuestión distinta sería la renuncia a determinado elemento común.
4. Se presumen, es decir que si no son privativos pueden presumirse como comunes.

No existe una lista taxativa de elementos comunes, dependerá de la forma arquitectónica del edificio en cuestión. Así, las legislaciones sobre la materia refieren una lista de estos elementos; pero, a la vez, dejan abierta la posibilidad de incluir como elemento común todo lo que fuere racionalmente de uso común del edificio o necesario para su conservación y seguridad[34]. «El principio de *numerus apertus* es generalmente admitido y trae consigo una consecuencia muy importante: cuál es la presunción de que un elemento utilizado en común, sea elemento común, salvo se pruebe lo contrario. Pero es esta una conclusión que merece un análisis más detenido. Los elementos existentes en el edificio han de ser, o pertenecientes a un solo propietario, o pertenecientes a la conjunción de todos los propietarios. Si un determinado elemento, susceptible de ser utilizado y realmente siendo utilizado por todos, carece de título para su adjudicación a un determinado propietario, habrá que estimar que es un elemento común. Efectivamente, razones de orden lógico y práctico aconsejan que la determinación de un elemento como privativo vaya acompañada de una titularidad específica concreta de esa relación jurídica de propiedad[35]. Por el contrario, cuando no exista la citada titularidad expresa y, por su propia naturaleza, el elemento sea susceptible de ser utilizado por la conjunción de propietarios, habrá que establecer la presunción de que es un elemento común»[36].

La doctrina, las legislaciones y la jurisprudencia han clasificado los elementos comunes desde diferentes aristas, las primeras manifestaciones los distinguieron en elementos comunes por naturaleza y por destino[37]. Los primeros se refieren a aquellos que son generales del edificio y los segundos, a aquellos que se adscriben a algún propietario singular. También se han clasificado estos bienes como comunes por ley o por voluntad de las partes para lo que se tiene en cuenta quien determinó su estatus[38]. Otra de las clasificaciones[39] ha sido la de elementos absolutamente comunes o relativamente comunes, y la de generales o limitados, para lo cual se tiene en cuenta, cuáles están a disposición y en utilización de toda la comunidad de titulares o solo de una parte de ellos[40].

¿Cómo organizar, administrar y disponer esos elementos comunes? Esta comunidad *sui generis*, merece un tratamiento especial que coordine el aprovechamiento óptimo y pacifico del inmueble. Es de significar que la resolución 4/91 del Instituto Nacional de la Vivienda, Reglamento de Edificios Multifamiliares establece que *«El propietario de una vivienda ubicada en un edificio multifamiliar tiene derecho exclusivo a su apartamento y a una participación igual a la de los demás titulares, en los elementos comunes del inmueble»*. Por su parte y de manera diferente se

organizan los derechos sobre esos elementos comunes la Ley-Decreto 407 del 52, que hoy se aplica a los inmuebles nacidos de la inversión extranjera establece en su artículo 8 que: «*El titular tendrá derecho… a una participación con los demás titulares, en los elementos comunes del inmueble, equivalente al porcentaje que representa el valor de su apartamento dentro del conjunto del edificio. Este porcentaje se calculará tomando como base lo que valga el apartamento, en moneda de curso legal, en relación con lo que valga el edificio en total…*».

VII. DERECHO DE PREFERENCIA ENTRE COPROPIETARIOS: TANTEO Y RETRACTO[41]. IMPORTANCIA DE LA CUOTA O VALOR

El derecho de tanteo es el derecho de preferencia que una persona tiene para la adquisición de una cosa determinada (en este caso una cuota), en el caso de que el dueño quiera enajenarla, y consiguientemente, la facultad que le asiste para que, en este último caso, se lo manifieste así al propietario, indicándole el precio y condiciones de la enajenación.

Este derecho se encuentra establecido a favor de los copropietarios de cosa indivisa cuando alguno de ellos desee enajenar por venta a favor de un tercero la parte alícuota que le corresponde; y justamente el artículo les atribuye también a esos titulares además del derecho al tanteo, el de retracto, que para nada resulta una acumulación extraordinaria y excesiva en la misma persona. Más bien es una protección para que no sea burlado el primer derecho de preferencia comentado. Es transcendental significar que este supuesto se manifiesta solo en en la venta de la cuota de copropiedad.

Para que esta acumulación no se presente como irracional, generando falla en seguridad jurídica de los derechos adquiridos, es necesario que exista una notificación fehacientemente al que goza del derecho de preferencia, con referencia a lo que se ofrezca por la cuota, a fin de que lo ejerza dentro del término establecido en ley. En caso de nuestro derecho no se establece diferencia de términos en cuanto a si el bien es mueble o inmueble, en la norma común se establece un único término «… treinta días contados desde que su titular haya tenido conocimiento de la venta». Artículo 230 del Código Civil cubano.

El apartado tercero del artículo 163 establece «…*Si la venta tiene por objeto la parte del vendedor en un bien poseído en copropiedad y dos o más copartícipes están interesados en la compra, los derechos de tanteo y retracto se ejercen a prorrata según las cuotas de cada uno*». Interesante aquí es determinar el momento en que se entregaron las notificaciones de la venta a los demás cotitulares y si para efectuar la venta es necesario esperar que se cumpla hasta el último plazo. También es importante considerar que la autonomía de la voluntad pudiera cambiar la regla de la prorrata, que sin duda es justa, pero para nada debe considerarse irrenunciable.

Recalca esta última regla comentada el valor de la cuota y como esa medida genera derechos y obligaciones para los condóminos de amplio diapasón.

La justificación de esta preferencia está precisamente en la búsqueda de la concentración en una sola persona del derecho de propiedad sobre el bien, antes de que entre un tercero a la situación de cotitularidad, que se mantenga entre los que conforman la comunidad o se extinga si con ello desaparece la pluralidad de sujetos. Algunos han planteado que ella (la comunidad) es un estadio intermedio para llegar a la propiedad absoluta y esta regla lo ratifica.

Algunos[42] han planteado que esta preferencia es una limitante al derecho de los copropietarios de conocer si en pública subasta pueda existir alguien interesado y ofrecer un mejor precio por la compra de la cuota.

En materia inmobiliaria puede citarse un supuesto o regla de tanteo y retracto entre comuneros previsto en la Ley Decreto 407/52, Ley de Propiedad Horizontal[43], como supuesto atípico de situaciones de cotitularidad, que se aplica a la inversión extranjera en Cuba, donde en su artículo 19, establece un plazo de caducidad inferior del de la norma común para ejercer el derecho de tanteo por parte de los demás titulares de los apartamentos. Estableciendo regla diferente también ante concurso de intereses de compra, prefiriendo a los propietarios de apartamentos más cercanos o al que represente el menor interés económico o en su defecto el preferido mediante insaculación o sorteo, por el Consejo de Titulares. Se aparta esta regulación a la regla de prorrata comentada.

VIII. ORGANIZACIÓN DE LA COMUNIDAD. REGLAS GENERALES

Para la normal organización de los derechos y obligaciones de los cotitulares se requieren reglas, de ahí la importancia estos preceptos con carácter supletorio. El régimen de unilateralidad, mayoría (cualificada o no) o de unanimidad, estará en dependencia del rango del acto realizado por uno o todos los condóminos.

Pueden decirse que estos actos se dividen en varias categorías:

a) Los que solo requieren de la voluntad de uno de los integrantes de la comunidad.
b) Los que necesitan de la mayoría de los cotitulares.
c) Los que necesiten de la unanimidad de todos los titulares.

La primera categoría se refiere específicamente a la facultad de disponer libremente de la cuota en la copropiedad por cuotas, mediante la cual el cotitular pueda pedir salir del régimen o fraccionar su cuota. Y se refiere también a la facultad de uso, conforme al destino del bien, que tiene el cotitular.

Las últimas dos categorías son las que trataremos en este comentario. Cuando de esta materia se trata, los conflictos emergen, el cumplimiento o incumpli-

miento de lo regulado, sobre la base de la voluntad o de la ley, pone en crisis a la comunidad y es ciertamente el fundamento de lo anormal y antieconómico que para algunos resulta el régimen de cotitularidad.

La organización del ejercicio del derecho sobre el bien o sobre las actividades prestacionales que de él se deriven es muy compleja. Para LACRUZ[44] «mientras la comunidad romana se halla organizada de un modo marcadamente individualista, en la comunidad germánica es precisa, en principio, para todas las actuaciones, la formación de una voluntad común, que puede ser la de todos los miembros, la de la mayoría o la de uno (o unos) de ellos al que la ley ha asignado el papel de órgano de expresión de esa voluntad común»

En las actuaciones que son atribuidas al colectivo hay una mezcla que hay que saber diferenciar, unas están referidas, a la disposición y otras a la gestión del bien común. Tales actuaciones requerirán de la manifestación de una voluntad conjunta para alcanzar eficacia, pudiendo organizarse aquella sobre la base de la concurrencia unánime de la voluntad (actos de disposición art. 165) o mayoritaria (actos de administración art. 164.1.2) de las cuotas. Por ello es esencial identificar ante qué acto nos encontramos.

También deben considerarse como parte de las actuaciones colectivas aquellas en las que, eventualmente, pudiera no preexistir una decisión del colectivo y que, externamente, se nos presentan como actuaciones individuales, pero que por sus resultados son atribuidas al colectivo, sin perjuicio de las liquidaciones y reembolsos a que hubiere lugar, tal es el caso, por ejemplo, del ejercicio de la facultad de disfrute, la cual pudiera ser ejercida individualmente, pero sus resultados pertenecen a todos, siendo esa la razón que se dispone el reembolso proporcional de los provechos obtenidos y, también, el caso de las mejoras, las cuales como veremos en su oportunidad pudieran ser realizadas por uno solo de los copropietarios, pero «pertenecen a todos» con obligación de reembolsar su valor. Lo cual responde a los principios de justicia, equidad, proporcionalidad y respeto que tienen que estar presentes para el óptimo desarrollo de la comunidad.

Valdría la pena definir que entender por administración y por disposición del bien común, aplicado a cada uno de los tipos de situaciones de cotitularidad.

Las legislaciones tanto el Código Civil cubano como las normas especiales se debaten solo en determinar el por ciento de aquiescencia que debe existir entre los cotitulares para aceptar o no el acto en cuestión, pero no definen los actos.

Examinaremos los criterios tradicionales que sustentan la división entre actos de administración y disposición, las críticas que se han formulado al respecto y la propuesta del Código de dividir a los actos de administración a los de disposición sin diferenciarlos ni establecer gradaciones en la administración para determinar cuál es ordinaria o extraordinaria. Equiparando en última instancia los de administración extraordinaria a los de disposición.

Interesa, también, antes de entrar en detalle, resaltar que en el tema de la gestión de los bienes comunes nos encontramos frente a uno de los supuestos que

conforman la esfera de actuación colectiva de los copropietarios, más compleja. En tal sentido, para la eficacia de los actos de gestión que se llevarán a cabo es preciso entender que existe una suerte de actuación orgánica o corporativa de la que resulta una vinculación colectiva, actuación que en unos casos es el resultado de la conducta voluntaria de los interesados (gestión directa y gestión indirecta convencional); en otros es el resultado de la constatación de un hecho fáctico que la hace suponer (gestión indirecta de hecho) y, finalmente, los supuestos en que a falta de acuerdo, es impuesta por la autoridad jurisdiccional (gestión indirecta judicial).

IX. LA GESTIÓN DE LOS BIENES COMUNES. CONCEPTO, CLASIFICACIÓN, FINES, IMPORTANCIA Y REGLAS

La existencia de una situación de cotitularidad sobre determinado viene o bienes no debe determinar ninguna paralización o suspensión de las actividades que corresponden al destino económico de los mismos. Cada comunero debe estar en la posibilidad de servirse del bien, de obtener con cargo al mismo los aprovechamientos que pueda reportarle para la satisfacción de sus necesidades o, incluso, para su desarrollo personal. Pero como en la consecución de dicha satisfacción muchas pudieran ser las alternativas que se consideren eficientes, a diferencia del caso en que la elección de una de ellas solo corresponde a un titular, en el caso de la copropiedad la ley se ve precisada a establecer reglas para que la actividad destinada a explotar dichos bienes pueda ser encauzada adecuadamente, sea mediante el recurso a la libre negociación entre los interesados de aquello que consideren más conveniente para sus intereses o mediante el reconocimiento o imposición de ciertas soluciones.

El conjunto de actividades encaminadas al aprovechamiento de los bienes comunes, así como los medios establecidos por el propio Código para lograr encauzar el interés de los copropietarios y de los terceros para que los bienes cumplan con su destino económico y esto redunde en beneficio de los copropietarios, es complicado. Ello no ha sido tratado con claridad por la normativa cubana y resulta a veces complicado determinar cuándo nos encontramos ante estos supuestos.

Los actos de administración son aquellos que procuran mantener intangible el bien o bienes sobre los que recae la cotitularidad y el aumento de su valor.

Administración supone el arte de administrar, que es sinónimo de gobernar, mandar, disponer, guiar, gestionar, conducir, gobernar y regir. Sin embargo la noción jurídica de actos de administración está diseñada para «los actos tendentes a la utilización y explotación de la cosa común. Quedan excluidos los actos de disposición, tales como la enajenación de frutos. Incluye actos jurídicos (contratar trabajadores), como materiales (arar la tierra)»[45]. Los actos de admi-

nistración entonces presuponen una determinación en el mejor disfrute de la cosa común según el artículo 398 del Código Civil español. En interpretación de este particular del artículo 398, DÍEZ-PICAZO plantea «…que en esta idea deben entenderse incluidas las actividades encaminadas a la obtención de los frutos (*vgr*. Explotación directa, cesión de renta, cultivo de uno u otro tipo, etc.). Mayores dificultades, en cambio presenta el problema de decidir si en este concepto de «mejor disfrute» se encuentran o no incluidas las mejoras que deben introducirse en la cosa»[46].

¿Qué son para el legislador cubano los actos de administración? ¿Son las reglas establecidas en estatutos? ¿Son actos de mejor disfrute? ¿Brinda servicio de supletoriedad la norma común? El artículo 164 del Código Civil se dedica solamente a establecer la regla de carácter general y supletoria referida al principio de las mayorías en la toma de decisiones para la administración, entendiendo por mayoría la mayoría en la cuota (numeral 2 del artículo comentado). Sin determinar el contenido ni dar una definición de los actos de administración. Por su parte el Tribunal Supremo ha definido que entiende como «actos de administración del bien común aquel acto que recayendo sobre bienes o derechos tiene por objeto conservar y obtener un normal rendimiento de aquellos en contraposición a los actos de disposición, ya que no implican transmisión, ni extinción, ni aun siquiera modificación de la relación jurídica; en resumen que son actos que su fin es servir a la cosa o al derecho impidiendo su extinción e improductividad y que como sus características principales, pueden situarse la no modificación de la relación jurídica y el obtener el aprovechamiento normal, por lo que evidentemente son actos que se contraponen a los de disposición»[47].

El alto foro restringe la facultad de administración a la conservación y la llamada percepción de frutos, pero estos actos son algo más. Se refieren a las reglas que establecen y organizan la vida en situaciones de cotitularidad y que determinan por tanto también el uso y posesión de los bienes indivisos que incluye las destinadas al mantenimiento, conservación y aprovechamiento de la cosa común, contratar reparaciones menores, realizar labores de jardinería, limpieza o reparación de redes de electricidad u otras comodidades, en dependencia de la naturaleza del bien.

Esta gestión puede clasificarse en:

i) Gestión directa: Es la que se encuentra a cargo de los propios copropietarios, quienes por regla general participan en la medida de su cuota en la toma de las decisiones que conciernen a la gestión de los bienes comunes. Se ha dicho que «en principio, y dada la naturaleza jurídica de la copropiedad, las facultades de administración y mejor disfrute de la cosa común corresponden a todos y cada uno de los copropietarios[48].

ii) Gestión indirecta: Es la que se encuentra a cargo de un tercero, puede ser incluso uno de los copropietarios en cuyo caso ya no estará actuando en interés

propio como lo haría en la gestión directa, sino en interés común. Muy parecido a la teoría orgánica que fundamenta la naturaleza jurídica de la representación en la persona jurídica colectiva, sin que se pueda entender las situaciones de cotitularidad como personas jurídicas.

Esta gestión indirecta a la vez puede ser voluntaria (decisión convencional que debiera ser por votación unánime de los titulares); judicial (a falta de acuerdo el artículo 164.1 establece» *…la autoridad competente, a instancia de parte, resuelve lo que corresponda, incluso nombrar un administrador»*. Aquí debe extender su ámbito la decisión judicial a tomar decisiones de gestión del acto en concreto no en general y a nombrar administrador para este particular); o de hecho.

El artículo 164 que comentamos, centra su mirada en la decisión a tomar, no en quien la ejecutara, dejando abierta la posibilidad que en esa misma decisión se incluya a quien le compete la gestión y control de los bienes y puede perfectamente atribuírsele dicho control a todos los copropietarios en conjunto o a un integrante de la cotitularidad o a un tercero.

El Código lo que nos establece es la regla de gestión, afiliándose para este tipo de actos en la regla de la mayoría sin clasificar si es para los supuestos de administración ordinaria o extraordinaria, solo establece se requiere de una mayoría, aunque por la redacción por decantación de los actos de disposición parecería que es estamos hablando de la administración ordinaria. Sin embargo tampoco hay diferencias entre la administración ordinaria y la extraordinaria de la cotitularidad.

Cuando de mayorías hablamos no es de personas, la mayoría en es en relación a la cuota. Al respecto, el artículo 164.2 señala expresamente que los *«La mayoría de los copropietarios se calcula en proporción al valor de sus respectivas cuotas»*. Y el Código no hace distinción entre mayoría absoluta, relativa o simple.

La mayoría simple es la que se integra por el mayor número de votos emitidos a favor de una determinada propuesta, aunque quienes hayan votado en ese sentido no representen ni siquiera a la mayoría de los votos presentes en la sesión; a su vez, la mayoría relativa, es la que exige que los votos obtenidos en favor de determinada propuesta por lo menos representen más del 50% de los votos presentes en la sesión; y, finalmente, la mayoría absoluta exige más del 50% del total de votos que corresponden a quienes integran la organización de la que se trate. La aprobación por mayoría absoluta de los copropietarios determina que la minoría se encuentre obligada a acatar la decisión adoptada y, por consiguiente, se verá beneficiada o perjudicada proporcionalmente por los resultados económicos que pudiera tener la decisión adoptada.

La letra de la norma en una primera mirada rápida y fugaz nos lleva a pensar que estamos ante una mayoría simple. La situación se complica a la hora de

determinar que pasaría cuando nunca hay mayoría, a saber en el supuesto de la cotitularidad integrada por solo dos con el mismo valor en sus cuotas. Siendo esta una de las más típicas que se verifican en la práctica jurídica patria. Sin dudas la solución tendrá que ser judicial; aunque el artículo que comentamos, nos establece «*… en su defecto, la autoridad competente, a instancia de parte, resuelve lo que corresponda…*» pudiera pensarse también en una autoridad administrativa.

Tan es así que esta conclusión se deriva de la administrativizacion del derecho civil que ha operado en los últimos lustros en Cuba. Los supuestos más típicos en los que ha tenido que, en defecto de la voluntad, intervenir la autoridad competente han sido los vinculados al régimen de determinación de convivencia en la vivienda familiar, los que pudieran también hoy extenderse a los vinculados con el arrendamiento de espacios o de la totalidad de inmuebles o muebles objetos de situaciones de cotitularidad.

En la comunidad en mano común o comunidad de bienes nacida del matrimonio los actos de administración pueden ser realizarlos por uno en beneficio del común sin necesidad del consentimiento del otro, artículo 35 del Código de Familia. Esta normativa no define tampoco que entender por administración.

Sería interesante valorar que entender por: «*…en beneficio de común…*». Este término tiene que interpretarse en el sentido que esos actos realizados no perjudiquen el interés de la comunidad; no impliquen un menoscabo al bien; no generen un perjuicio económico y no involucre, con sus actos, destinar el bien a un fin no querido por la comunidad.

X. ACTOS DE DISPOSICIÓN. REGLAS Y EFECTOS

La distinción entre actos de administración y disposición sobre los bienes comunes, es importante y trascendental. Para la doctrina tradicional o clásica el acto de administración es el que se refiere a la conservación, uso y goce de un bien, mientras que acto de disposición es el que supone la facultad de disposición en todas sus variantes. Son aquellos que ponen en riesgo la existencia o valor del bien o patrimonio a que se refiere, en este caso, los bienes de capital.

ALBALADEJO[49] señala que «para establecer la distinción entre negocios de administración y negocios que exceden de esta hay que recurrir a un criterio económico y no jurídico». En efecto, lo jurídico en ellos es el revestimiento formal que se les da para los efectos del tráfico de los bienes, lo que a su vez determinará otras categorías, también jurídicas, como son las nociones de situación jurídica, derecho subjetivo, titularidad, uso, goce, disposición, gravamen, contrato, etc., pero no podemos olvidar que bajo esos revestimientos existen nociones como las de bienes de capital, activos fijos, activos corrientes, intercambios económicos, etc.

Esta tendencia vinculada con una mirada económica del derecho nos resulta compleja; pues aquí entonces hay una frontera difusa entre disposición y disfrute, pues ambos implican también beneficios económicos.

El Código mantiene indemne el sustento clásico de la división de los actos en actos de disposición y actos de administración, el esquema de distinción es únicamente jurídico y consiste en la determinación de si el bien sale o puede salir, por efecto del acto de disposición o gravamen practicado, de la esfera patrimonial de los copropietarios, lo cual no tiene en cuenta que si aquello que se enajena o grava es el capital fijo o es el capital variable.

El Código Civil cubano en una suerte de definición por decantación considera en su artículo 165 «*…son actos de disposición todos aquellos que exceden los de administración…*» que nadie los ha definido.

Cabría preguntarse entonces si es un acto de administración o de disposición: la determinación de un conviviente (el llamado en la práctica forense avecindamiento) o por ejemplo la determinación y fijación de medidas y linderos, o la subsanación por omisión o error de un título formal. Teniendo en cuenta la clasificación se podría admitir entonces que para estos actos compareciera ante notario público un único cotitular o todos en pleno, para consentir el acto o subsanar un título.

En principio se ha planteado que las facultades de administración y disposición pueden ser determinadas por los cotitulares. El Código Civil no se refiere expresamente a ello pero lo admite el principio de la autonomía de la voluntad (art. 312) o en su defecto las puede fijar la autoridad competente a instancia de parte (arts. 164.1 y 165). Ciertamente en nuestra realidad jurídica, y sobre todo en materia inmobiliaria, hay una marcada intervención estatal, lo cual influye en que el principio de autonomía de la voluntad sea cada vez más relativo. De ahí que la Ley en muchos casos impone los derechos y deberes de los titulares en las relaciones internas de cotitularidad. Tan es así que a mi juicio la determinación de convivientes no es un acto de disposición, sino un mero acto de administración del bien común, sin embargo en la práctica se reputa como un acto de disposición pues como genera tanto conflictos, la administración exige que estén presentes para ese consentimiento todos los titulares, por lo que esta unanimidad lo convierte en un acto de administración cualificado[50].

El criterio[51] reiterado de Sala, en el Tribunal Supremo Popular, en materia de tramitación de expediente de utilidad y necesidad en el supuesto de que sea un menor el propietario y se pretenda avecindar a alguien en su propiedad, es precisamente lo que nos reafirma que no es un acto de disposición pues no se exige autorización judicial.[52] Si seguimos este criterio de considerar que estamos en presencia de un acto de administración, ¿se pudiera autorizar una escritura pública de autorización para residir de un inmueble en situación de cotitularidad donde solo compareciera uno de los titulares? Sin embargo esto no ocurre, pudiendo legalmente autorizarse, lo cual nos indica que se considera que nos

encontramos ante un supuesto de acto de administración cualificado o extraordinario, pues me rehúso totalmente a pensar que es un acto de disposición, por todo lo analizado con anterioridad.

Sin embargo; se soslayaba comúnmente la presencia de todos los titulares[53] para las actas de subsanación de título por omisión o error; o de notoriedad; y en los actos de determinación de las medidas y linderos del inmueble, siendo verdaderos actos de disposición.

La determinación de medidas y linderos es un acto de transformación del contenido del derecho instrumentado, se modifica el objeto de la relación jurídica real, constriñéndose o ampliándose, es una variante de la facultad de disposición. La transformación puede ser para mejorar o menoscabar el bien. La determinación de medidas y linderos incide directamente en el contenido del dominio y fija hasta donde soy propietario de un bien inmueble, eso es un acto de vital importancia por ello excede totalmente de los de administración de bien común. Igual ocurre cuando se pretende subsanar un título por error u omisión[54]. A mi juicio es una mala praxis no exigir que estén presentes todos los titulares cuando la ley así lo exige con carácter imperativo, a menos que la autoridad competente disponga lo contrario.

En la copropiedad en mano común o comunidad de bienes los actos de disposición requieren del consentimiento de ambos cónyuges pues si no es nulo el acto realizado, artículo 36 del Código de Familia.

Igualmente impone una regla de totalidad de acuerdo o de mayoría fundado en el interés de la comunidad y en la decisión de la llamada autoridad competente. Determinando esta última frase que el artículo se convierta en una norma de remisión, pues otro acto normativo tendrá que determinar en su caso quien sería dicha autoridad competente según el conflicto en la situación de cotitularidad y en el bien indiviso sobre la cual recae.

Para evaluar la regla de unanimidad y mayoría absoluta, para lo cual es indispensable revisar la racionalidad de la clasificación propuesta por los artículos 165 y evaluar sus bondades o defectos será necesario revisar primero la clasificación tradicional entre actos de disposición y actos de administración, así como los cuestionamientos que se han formulado respecto a la misma.

XI. DIVISIBILIDAD O INDIVISIBILIDAD DE LA SITUACIÓN DE COMUNIDAD. CONCEPTO. DERECHO A PERMANECER EN LA COMUNIDAD. REGLAS DE DIVISIÓN SEGÚN EL OBJETO

En este aspecto se puede señalar de inicio algunos elementos que se convierten en decálogo de las situaciones de cotitularidad, a saber:

a) Permanezco en la comunidad solo por mi voluntad.

b) La voluntad concordada puede decidir el destino de la situación de indivisibilidad.
c) Las reglas generales de la racionalidad y la justicia determinan como convierto mi cuota ideal en material.

Hoy en la práctica jurídica se verifican supuestos muy interesantes donde hay permuta de cuotas; venta de cuotas, supuestos en que se escinde parte de la cuota y esta se vende; supuestos donde el titular único fracciona su dominio y crea cuotas reservándose una para el del valor que determine; supuestos de consolidación del dominio cuando opera una extinción de la cotitularidad. A veces en paz otras en contienda pero siempre propendiendo a que el estatuto de la comunidad discurra por un camino reglado.

Como ya se ha apuntado el estado de indivisión se presenta cuando sobre una misma cosa existe un derecho ejercido por varias personas, sin subordinación. Esta indivisión puede ser a titulo singular y a título universal, así cuando recae sobre una cosa singular corresponde a una copropiedad, y si recae sobre una universalidad corresponde a una comunidad. Como ya ha quedado claro.

Ahora el tema de debate no es este, el artículo se centra en determinar el derecho que ostenta o no el cotitular de mantenerse en el estado de indivisión; o si tiene libertad para establecer reglas, o para determinar la extinción de la situación de cotitularidad. ¿Existe un derecho a la partición?, ¿O la partición es una acción? ¿Salir de la cotitularidad depende del objeto sobre el cual recaen los derechos de los cotitulares? ¿Siempre implica una extinción del régimen? ¿Se verifica con ello la concreción de la cuota ideal en material? Vayamos por partes.

La división puede ser entendida como: a) División o divisibilidad en cuanto fraccionamiento material de las cosas; b) División con significado similar a partición; c) Divisibilidad o división en cuanto cualidad o calidad jurídica de los objetos de las obligaciones, como sería el cociente aritmético de una cantidad entre determinado número de sujetos[55].

El artículo 166 que comentamos nos convoca a pensar en dos direcciones: una, que uno de los cotitulares determine libremente no seguir perteneciendo a la situación de cotitularidad, sin que implique que se extinga la cotitularidad; y otra, que esta se divida o se parta y con ello cese el estado de comunidad sobre cosa o cosas.

La determinación de mantenerse o no en la situación de cotitularidad es un derecho, nace de la voluntad del sujeto y puede generar una división. Esto es irrebatible, puede que el mismo se encuentre en esa situación, por variadas causas; pero lo que sí está claro que solo se mantendrá en ella por su libre y espontánea voluntad.

Es importante recordar que el artículo 162.2 del Código Civil establece que el copropietario «*…puede disponer de su parte sin el consentimiento de los demás, con las limitaciones que la ley establece*». Esto que parecería una

verdad de Perogrullo si al decálogo de cotitularidad nos referimos, ha costado tiempo entenderlo en la práctica cubana y se insistía constantemente en traer al otro comunero para actos en los cuales la ley no establecía limitación, por suerte ello hoy ya ha sido superado.

Claro este derecho se concreta en una acción, pues el titular ejercita actos conducentes y vinculados con su voluntad. Estos actos pueden ser en la vía judicial como en la extrajudicial. La finalidad de estos actos no es solo declarar una situación jurídica preexistente, sino que se produce una verdadera transformación en la situación jurídica, ya sea porque se extinga la situación de cotitularidad, o porque se transforme la cuota, o porque cambie uno de los elementos subjetivos.

Concordamos con DÍEZ-PICAZO[56] cuando sentencia con claridad extrema «El acto divisorio es un acto con un efecto extintivo respecto a una situación jurídica anterior, la de comunidad y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes. Puede por ello —y así quedan resueltas las cuestiones prácticas…— ser calificado como un acto dispositivo y de verdadera atribución patrimonial.

La acción de partición o división supone la existencia de un derecho adquirido sobre las cosas comunes Es importante señalar que esta acción es imprescriptible, y así muy bien está establecida en el artículo 124 b) del Código Civil cubano, pues responde a lo que ya se ha comentado.

La divisibilidad o no está vinculada también con la naturaleza del bien objeto de la situación de cotitularidad. Por ello acertadamente el artículo 166.2 que comentamos establece «*…los copropietarios no pueden exigir la división del bien común cuando, de efectuarse esta, lo haga inservible para el uso a que se destina, se afecte su estructura esencial, su destino socioeconómico o resulte una disminución considerable de su valor. En este caso, si los copropietarios no convienen en permutarlo por otro o en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se vende y se reparte el importe de la venta*». Pero como la propia regla nos indica, nunca se convierte en un impedimento para obligarse a estar en la situación de comunidad, existen las vías para lograr con racionalidad materializar la voluntad del comunero.

Las reglas establecidas en el artículo resultan del todo lógicas y racionales. Solo la irracionalidad se convierte en fundamento para destruir un bien que tiene un fin para los sujetos y un destino para la sociedad. Si la cosa no es divisible, solo la propia materialidad es lo que impide la división, y ello no tiene ni discusión, ni solución.

Se entrelazan en estos supuestos de partición de la cotitularidad actos jurídicos de naturaleza obligacional que son los que generan un equilibrio, una proporcionalidad y una justicia en el respeto de la cuota. Así los cotitulares pueden convenir y (o) forzar una división, una permuta o una venta del bien o de la cuota si así es lo más provechoso para su objetivo.

1. Pacto de indivisión. Viabilidad, importancia y beneficios del pacto

Solo esta voluntad estuviera frenada en los supuestos en los que estuviera establecido un pacto de indivisión. ¿Cómo se entiende que pueda operar en situaciones de cotitularidad la llamada indivisión. Estos supuestos responden a la voluntad concordada y aceptada por ley de permitir que se inmovilice la situación de cotitularidad en cuanto a conjunto de personas para la consecución de un fin. Es muy típico pensar que si voluntariamente destinamos patrimonio y esfuerzo en común para beneficiarnos ese beneficio se obtendrá o se podrán ver los verdaderos frutos en un lapso de tiempo y no instantáneamente. Sin embargo las propias legislaciones de varios países establecen plazos máximos cortos para admitir estos pactos de indivisión y siempre establecen que sea expreso y con posibilidad de prórroga siempre que exista nuevo convenio entre los comuneros[57].

¿Por qué por periodos cortos, por lo general? ¿Responde a una lógica sociológica o jurídica? ¿Tiene que ver con las tesis económicas del derecho? ¿Tiene que ver con la seguridad jurídica? ¿Se puede renunciar de manera indefinida a pedir la partición? ¿Debe ser excepcional? ¿Debe someterse a publicidad jurídica el pacto de indivisión en los supuestos de que los bienes objetos de la indivisión sean registrables? ¿Sería conveniente que este pacto de indivisión sea establecido por el testador?

El pacto de indivisión es una restricción del dominio, en la medida en que los titulares del derecho no podrán hacer partición. Si bien la partición puede ser deseable para consolidar la propiedad y, por lo tanto, debe posibilitarse que en cualquier momento el copropietario o el acreedor la solicite, en determinadas situaciones la indivisión es necesaria para evitar perjuicios a los copropietarios. Puede darse casos, como los generados por la crisis económica, que un negocio próspero se perjudicara con la partición. El pacto de indivisión no genera inseguridad jurídica; no tiene que ser excepcional; pude ser renovado por otros periodos siempre y cuando la voluntad concordante de los sujetos así lo determine y puede revocarse[58].

El establecimiento de este pacto por el testador más que beneficios podría traer a mi juicio perjuicios. Ciertamente, y en la praxis notarial lo verificamos, las personas al testar quieren dejar excesivamente organizada la vida y el destino de sus bienes con una expectativa idealista de lo que debe pasar después de la muerte[59]. Sin embargo concuerdo con SOMARRIVA[60] que al testador no debiera permitírsele esta posibilidad porque no puede prever la armonía que tendrán los copropietarios, resultantes del fenómeno sucesorio, y ello es cardinal para el establecimiento y el normal desarrollo de las ventajas que supone este tipo de pactos, económicamente hablando.

El pacto por su importancia cardinal en el desarrollo de la situación de cotitularidad y de la seguridad de los derechos adquiridos debe inscribirse en los

registros públicos correspondientes, especialmente en el Registro de la propiedad inmobiliaria y vehicular[61], respondiendo así al juego, que debe prevalecer, de los principios registrales de prioridad, legitimación, fe pública y publicidad.

Aparejado a toda esta problemática existen condominios con indivisión forzosa perdurable, en ciertos casos, tomando en cuenta la naturaleza especial de ciertos supuestos se prohíbe su división, tal son los casos de: la medianería (art. 176.1 del Código Civil cubano), edificios divididos por pisos y departamentos (resolución del 4 de 1991 INV y Ley Decreto 407-52, Ley de Propiedad Horizontal).

Algunos plantean que pacto de indivisión se inscribe para que produzca efecto contra terceros, porque entre las partes el pacto tiene efectos aunque no estuviera registrado. En virtud de los efectos positivos de la publicidad registral, el contenido de lo inscrito perjudica al tercero, en cambio por los efectos negativos, el pacto de indivisión no inscrito no perjudica al tercero, salvo que este lo invoque en su beneficio y no se pruebe que conocía de dicho pacto no inscrito. En razón de que el pacto de indivisión es una restricción en la facultad del titular del derecho inscrito o una restricción en el ejercicio del derecho de propiedad, debe ser un acto inscribible.

Es importante esta publicidad para los acreedores, el comprador o cesionario de alguno de los copropietarios; o el sucesor de uno de los copropietarios. Esto significa que los acreedores u otros terceros no podrán pedir la partición si este pacto se encuentra inscrito. El pacto de indivisión se inscribirá en mérito a la escritura pública en la que conste el acuerdo celebrado entre los copropietarios.

Nuestro Código Civil no regula expresamente la posibilidad de establecer el pacto de indivisión. En el anteproyecto del año 1979 los redactores admitían el pacto de indivisión por 5 años y el mismo desapareció en su versión del año 1985. La pregunta sería ¿si no está prohibido podría pactarse? Nada impide que se establezca el pacto, ello no va contra las buenas costumbres, contra los fines de los derechos reales, nace de la voluntad concordada y esa misma voluntad lo puede deshacer o transformar. En una visión de asesoramiento los notarios al autorizar escrituras de este tipo deberían guiar la mirada de los cotitulares hacia los plazos cortos, teniendo en cuenta la racionalidad y la experiencia comparada del tema. Creo hoy las modificaciones legislativas que se han suscitado en el país con una mirada más apegada en el principio de la autonomía de la voluntad, se debiera repensar la posibilidad de implementar este pacto.

XII. ¿QUIÉNES PUEDEN ENTABLAR LA ACCIÓN DE DIVISIÓN?

Sin discusión los comuneros son los que pueden pedir la división del bien o de la situación de cotitularidad, pues tengo derecho a convertir mi cuota ideal

en material. La *actio communi dividundo* es la facultad individual de cada cotitular de pedir la división de la cosa común y se fundamenta en el principio de disponibilidad de los derechos patrimoniales y en la libre circulación, teniendo en cuenta el ámbito de las prohibiciones de disponer[62].

1. ¿Cómo llevar a cabo la división?[63]

Para realizar la partición o división de los bienes es necesario que previamente este determinado:

1. Cuáles son los bienes comunes; y
2. Cuál es el valor de las respectivas cuotas.

La división puede ser una causa de extinción de la situación de cotitularidad y puede manifestarse de las siguientes formas:

a) División hecha por los comuneros de común acuerdo.

Los comuneros de común acuerdo pueden decidir extinguir la situación de cotitularidad y cada cual según las reglas convenidas convertir su cuota ideal en material. Ello perfectamente se podría instrumentar ante Notario Público.

b) División realizada por tercero o judicial.

La división puede ser realizada por un tercero o por el tribunal. En el primer supuesto se admite la posibilidad de un árbitro o mediador que permita llegar a una solución pacífica. El acuerdo final pudiera implementarse en instrumento público y ello lograría mayor seguridad jurídica. Claro ello dependería de la naturaleza del bien y de la forma requerida o no para la valides y eficacia del acto en cuestión.

Cuando hay contienda necesariamente el juez será quien resolverá, en aplicación de las normas procesales que tendrán en cuanta la cuantía del bien, en materia de jurisdicción y competencia y el tipo de proceso y sus reglas en correspondencia también con el tipo de situación de cotitularidad. Tener en cuenta Artículos: 11 4) y 5), 392 y 553 y siguientes de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

2. Efectos de la división

A mi juicio tiene efectos declarativos y constitutivos, pues consiste en la atribución del dominio exclusivo a una persona que era codueño proindiviso de todo el bien o de su parte ideal o abstracta que se convierte en material[64].

3. Reglas de la partición hereditaria aplicada a la copropiedad[65]. Necesidad de la remisión inversa

Las reglas de la partición de la herencia: igualdad, necesidad e utilidad «*…son aplicables, en lo pertinente, a la división del bien común entre sus copropietarios*» artículo 167 del Código Civil cubano, precepto que trae causa del artículo 406 del Código Civil español.

Cuando el legislador establece *en lo pertinente* está excluyendo de este mandato las normas relativas a la colación, a las deudas hereditarias y a la partición realizada por el testador.

Resulta peculiar que la remisión sea inversa, debieran ser las normas de la división de la cotitularidad las que sirvieran de base o regla para la partición hereditaria, teniendo en cuenta que sé debe ir de lo general a lo particular.

Si tenemos en cuenta además lo regulado en el artículo 166, con detenimiento y hacemos un parangón con las normas de la partición hereditaria veremos que resulta innecesaria la formulación del 167, a saber:

a) La división es imprescriptible, en cualquier momento se puede instar la división. Artículo 124 b) del Código Civil cubano.
b) La copropiedad se divide y reparte en correspondencia a la cuota, le corresponde su parte material en correspondencia del valor del bien. Aquí se aprecia un principio de equidad y justicia que se asemeja al principio de igualdad refrendado en el artículo 537 del Código Civil cubano, pues no se puede dar más de lo que toca a cada comunero y debe ser con la mayor igualdad posible.
c) La regla de necesidad y utilidad[66] refrendadas en los artículos 538 y 539 del Código Civil cubano en correspondencia con la naturaleza de los bienes objeto de la división, guarda estrecha sinonimia con lo regulado en el artículo 166 comentado, cuando se establece «*…los copropietarios no pueden exigir la división del bien común cuando, de efectuarse esta, lo haga inservible para el uso a que se destina, se afecte su estructura esencial, su destino socioeconómico o resulte una disminución considerable de su valor. En este caso, si los copropietarios no convienen en permutarlo por otro o en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se vende y se reparte el importe de la venta».*

Concluyendo, la remisión inversa es innecesaria, pues la propia normativa general de la copropiedad establece reglas justas e idénticas a las convocadas para lograr una división sobre la base de la proporcionalidad, la voluntariedad y la equidad, principios que deben presidir las situaciones de cotitularidad.

XIII. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD DE BIENES

Según la sistemática del Código el artículo 168 responde a causas de extinción de la copropiedad, debió ser regulado antes del artículo 166, por lo que su ubicación no es la más atinada, sin contar que su contenido debió ser más general y no limitarlo solo al supuesto de una situación de cotitularidad donde esté presente como sujeto el Estado.

Si bien es cierto que hay en toda la ordenación legislativa de este cuerpo legal una preponderancia al papel del Estado como sujeto de las relaciones económicas, también es cierto que en materia de derecho civil rige el principio dispositivo y no imperativo.

Este artículo debió regular, en lugar diferente en cuanto a la sistemática, las causas generales de extinción de la copropiedad.

En la disciplina normativa de la comunidad, deben entenderse como causas generales de extinción las siguientes:

1. Consolidación

Se produce cuando se reúnen en una sola persona todos los poderes sobre el bien, los que estaban concentrados antes en manos de varias personas que integraban la comunidad. Puede que uno de los integrantes de la comunidad adquiera todas las cuotas o que todos los integrantes le trasmitan el bien a un tercero. Al extinguirse la pluralidad de sujetos desaparece uno de los presupuestos de existencia de las situaciones de cotitularidad.

2. Extinción del objeto

Ciertamente, aunque mantenemos el criterio de que las situaciones de cotitularidad no son un tipo de derecho real. Ellas recaen sobre un bien o un patrimonio y si este desaparece, o se destruye, se extingue el derecho.

3. Renuncia hecha por todos los comuneros

Si la pluralidad es un presupuesto de existencia y la voluntad de permanencia es un decálogo en situaciones de cotitularidad, la renuncia de todos los comuneros implica directamente la extinción de la comunidad.

4. Prescripción adquisitiva a favor de un tercero

Si la usucapión es un modo de adquirir, en virtud de los artículos 178 y 184 y siguientes del Código Civil cubano, si se verifican en el poseedor del bien todos los requisitos de adquisición, los comuneros perdieron el derecho.

5. División del objeto común

Este es el modo de extinción más característico en situaciones de cotitularidad por ello a él se le dedico el comentario anterior en orden y número, a él los remito para profundizar en el tema.

XIV. UTILIDAD, NECESIDAD Y DESACTUALIZACIÓN DEL PRECEPTO 168 DEL CÓDIGO CIVIL CUBANO

El artículo dedica una especial referencia cuando «*…el Estado, las organizaciones políticas, de masas y sociales o las cooperativas…*» concurren como cotitular con la persona natural, para lo cual considera el legislador que tiene que existir un tratamiento diferenciado en cuanto a la extinción de cuando la cotitularidad se verifica entre personas naturales solamente.

Ello es una expresión palpable del sistema económico imperante en donde existe una preponderancia de acumulación de poderes de goce y disposición de bienes en manos de la colectividad organizada y no en manos individuales.

Sin embargo si detallamos los incisos del artículo que comentamos dichas reglas se reputan innecesarias que no difieren de las generales de extinción de la copropiedad, ni de las reguladas en el artículo 166. Ni siquiera se establece una preferencia del Estado sobre las personas naturales.

El apartado segundo *«Las operaciones de compra y venta se realizan al precio oficial correspondiente si estuviera fijado o, en su defecto, a la tasación que realice el órgano facultado para ello»* ha quedado hoy en deshuso con la flexibilización que ha operado en materia de trasmisión onerosa de bienes con especiales referencias, pues la autonomía de la voluntad puede variar el precio de venta y no ceñirse solo al legal establecido.

XV, CONCLUSIONES

El eje cardinal del estudio de estas modalidades de comunidad está sin dudas en la cuota, o porción aritmética de valor; su identificación nos conducirá a tipificar ante cual situación de cotitularidad nos encontramos; que acto vamos a calificar, si una liquidación o una cesión de participación; la medida de valor nos indicara los derechos que ostento y como los materializo o no. En resumen comprender la importancia de la determinación exacta de la cuota en los títulos formales redunda en contribuir a evitar conflictos y a la seguridad jurídica de los derechos adquiridos

Denominar copropiedad cercena el concepto de las situaciones de cotitularidad. No por obvio deseo dejar de reiterar dos aspectos: las situaciones de

cotitularidad no son un tipo de derecho real; ni tampoco son personas jurídicas colectivas.

La clara definición de los actos de administración o disposición sobre el bien objeto de una situación de cotitularidad incidirá en una organización que tienda a la armonía, siempre difícil cuando se trata de una unión de personas que por la naturaleza humana cambian y cambian así sus intereses. Por ello, como en la vida común, una debida organización redundará en beneficios para el presente y el futuro de la comunidad.

La división como causa de extinción de las situaciones de cotitularidad discurre también por un procedimiento que tiene, ante todo, que propender al equilibrio y al respeto de los derechos de los comuneros sobre la medida de valor de su cuota. La división no puede ser vista como injusta, egoísta o indigna, cada cual tiene un derecho precedente que tiene que ser respetado sobre bases legales.

XVI. BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes doctrinales

ALBALADEJO, M. (1954). *Derecho Civil*, vol. Primero. Octava edición, J. M. Bosch, Barcelona, 1994.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. La Comunidad de Bienes en el Derecho Español. En *Revista de Derecho Privado*, Madrid.

DELLI SANTI, Á. (1978). Partición y División, *Revista de la A.E.U*, T-64 7-8-9, Uruguay.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, L. (1986). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Volumen segundo. Madrid.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.; en Bercovitz Rodriguez-Cano, Rodrigo (coord.); *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal,* editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M., Aspectos teóricos y prácticos de las situaciones de cotitularidad en los instrumentos públicos notariales, artículo publicado el 29 de octubre de 2008 en http://vlex.com/vid/43745530.

LACRUZ BERDEJO, J. *Elementos de Derecho, Civil*, 111, vol. segundo. Segunda edición. J. M. Bosch editor, Barcelona, 1991.

MARRERO XENES, M. (2005). De la Colación y Partición en *Derecho de Sucesiones*, coordinado por Pérez Gallardo, Leonardo B.; Tomo II Editorial Félix Varela, La Habana.

MESSINEO, F. (1971). *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

MIGUEL GONZÁLEZ, J. M., en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigido por Albaladejo. Tomo V, volumen segundo, Madrid, España.

— en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigido por Albaladejo. Tomo V, volumen segundo, Madrid, España.

PÉREZ GALLARDO, L. B. (2005). *Derecho de Sucesiones*, Tomo II Editorial Félix Varela, La Habana.

PÉREZ PASCUAL, E. (1974). *El Derecho de Propiedad Horizontal,* Editorial Marcial Pons, Madrid, España.
RAPA ÁLVAREZ, V., *Propiedad y otros Derechos Reales*. Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.
RIVERO VALDÉS, O. (coord.). *Temas de Derechos Reales*. Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
SÁNCHEZ ROCA, M. (1951). *Leyes civiles de Cuba y su jurisprudencia*. Volumen I, Editorial Lex, La Habana.
TRIAY LEÓN, A. (1942). *Curso de Propiedad y Derechos Reales*. Segunda parte. La Habana.
VÁZQUEZ, E., Comentario al artículo 993 del Código Civil peruano, en *Código Civil comentado*. Tomo V, Gaceta Jurídica, Perú, www.freelibros.com

2. Fuentes Legales

Constitución de la República de Cuba, promulgada el 5 de julio de 1940, por Gustavo Gutiérrez Sánchez, Lex, La Habana, 1941.

Constitución de la República de Cuba con las reformas de 1992, en *Gaceta Oficial Extraordinaria,* núm. 7, del 1.º de agosto de 1992.

Código Civil de la República de Cuba, Ley núm. 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988 anotado y concordado por PÉREZ GALLARDO, Leonardo B, editorial Félix Varela, La Habana, 2014.

Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 24.ª edición, Tecnos, Madrid, 2005.

Código de Familia de la República de Cuba, Ley 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999.

Ley De las Notarías Estatales, Ley núm. 50/1984 de 28 de diciembre, editada por el Ministerio de Justicia, mayo de 1986 y su Reglamento, contenido en la resolución núm. 70/1992 de 9 de junio, del Ministro de Justicia.

Decreto Ley núm. 154/1994 de 6 de septiembre, Del divorcio notarial, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba,* Ordinaria, núm. 13, de 19 de septiembre de 1994 y su Reglamento, contenido en la resolución núm. 182/1994 de 10 de noviembre, del Ministro de Justicia.

PÉREZ GALLARDO, L., B., ALMAGUER MONTERO, J. y OJEDA RODRÍGUEZ, N. C., *Compilación de Derecho Notarial*. Separata de Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial, núm. 4, año 2005. Madrid. España.

Ley Hipotecaría de 1893 y su reglamento. Resolución 114 de agosto de 2007 del Ministerio de Justicia sobre el Procedimiento para la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

NOTAS

[1] MIGUEL GONZÁLEZ, José María, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigido por Albaladejo. Tomo V, volumen segundo, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España 1982, p. 222.

[2] En las versiones anteriores, especialmente en las de los años 197, 1985 y 1986, no se concibió en el articulado nada relativo a las generalidades de esta situación y se optaba por iniciar directamente el articulado de esta materia por los elementos relativos a la cuota, típico de una forma de cotitularidad.

[3] *Cit.,* por LACRUZ BERDEJO, José. *Elementos de Derecho, Civil*, 111, vol. Segundo. Segunda edición. J. M. Bosch editor, Barcelona, 1991, p. 461.

[4] MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 530.

[5] Tomadas de DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Volumen segundo. Madrid. 1986. p. 765.

[6] DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *op. cit,* pp. 763 y 764.

[7] DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *op. cit,* p. 764.

[8] LACRUZ, *op. cit.,* p. 467.

[9] DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *op. cit,* pp. 764 y 765.

[10] LACRUZ, *op. cit.,* p. 467.

[11] ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*, 1/1, vol. primero. Octava Edición, J.M. Bosch, Barcelona, 1994, p. 395.

[12] LACRUZ, *op. cit.,* p. 467.

[13] LACRUZ, *op. cit.,* p. 468.

[14] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. La Comunidad de Bienes en el Derecho Español. En *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1954, p. 173.

[15] *ibídem.*

[16] TRIAY LEÓN, Andrés. *Curso de Propiedad y Derechos Reales*. Segunda parte. La Habana. 1942. pp. 367 y sigs.

[17] SÁNCHEZ ROCA, Mariano. *Leyes civiles de Cuba y su jurisprudencia*. Volumen I, Editorial Lex, La Habana, 1951. p. 357.

[18] RAPA ÁLVAREZ, Vicente. *Propiedad y otros Derechos Reales*. Editorial Félix Varela, La Habana, 1999, p. 104.

[19] RIVERO VALDÉS, Orlando (coord.). *Temas de Derechos Reales*. Editorial Félix Varela, La Habana, 2001. p. 56.

[20] Circular 4/2010 de 1.º de marzo de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia, sobre la necesidad de que en toda escritura pública contentiva de una constitución de una copropiedad por cuotas, o en las que se cedan cuotas por uno de los condómines, se delimite en dicho título formal, su valor dentro del valor total de la cosa común.

[21] A mi juicio es más justo y fácil en forma de quebrados o porcientos pues los valores del bien pueden variar y ello, sin duda, podría atentar contra la definición exacta de la cuota o participación.

[22] SÁNCHEZ ROCA, Mariano. *Leyes civiles de Cuba y su jurisprudencia*. Volumen I, Editorial Lex, La Habana, 1951. p. 119.

[23] En esta sentencia citada por PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Código Civil de la República de Cuba*, Ley núm. 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado, Félix Varela, La Habana, 2014; el alto foro fundamenta la necesaria determinación de la cuota como presupuesto de existencia de la copropiedad y aboga por la aplicación del principio más justo para su determinación, a saber, el valor de la cuota en correspondencia con la aportación «… la copropiedad significa el derecho de dominio en común que tienen dos o más personas sobre un bien determinado, o sea, la comunidad aplicada al derecho de dominio; entonces si partimos de esa denominación que se corresponde precisamente con lo refrendado en el artículo ciento sesenta y uno del Código Civil, nos resulta obligado reiterar que en asunto de esta naturaleza no basta con consignar en la demanda

la relación de los bienes con relación a los cuales se interesa reconocimiento de copropiedad por cuotas, sino que se requiere señalar concretamente el aporte específico en cada uno de ellos; lo que determinaría la participación individual de cada uno en la cotitularidad; cuestión que en nada se contrapone con lo establecido en el inciso uno del artículo ciento sesenta y dos del Código Civil, pues ese precepto resulta de aplicación cuando ya existe una cotitularidad legalmente constituida; sin embargo, en el caso la pretensa está pendiente de reconocerse y es por ello que se requiere como exigencia insoslayable la demostración del aporte individual de cada uno en la adquisición del bien (…)». Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, sentencia núm. 28 de 31 de enero del 2013. Segundo Considerando. Ponente Acosta Ricart.

[24] CAPILLA RONCERO, F. en *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coordinado por López y López y Montés Penadés. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1994. p. 383.

[25] Comunicación de la Dirección de Registros Civiles y Notarias de 11 de marzo de 2003.

[26] Dictamen 2/2009 de 25 de marzo de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia sobre el régimen de copropiedad por cuotas, la distinción de los conceptos división, extinción, disolución y liquidación de la misma, y su trascendencia al *nomen iuris* así como sobre los actos que se narran en el documento notarial.

[27] RIVERO VALDÉS, Orlando, (coord.). *Temas de Derechos Reales*. Editorial Félix Varela, La Habana, 2001. p. 62.

[28] *Idem*. p. 61.

[29] Lo cual no excluye la posibilidad de otras comunidades de bienes reguladas en otras normas legales o incluso surgidas de la autonomía de la voluntad; si bien muchos expertos consideran que este enunciado es exclusivo y excluyente. Señala RIVERO. *Op. cit.,* p. 65.

[30] *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. El divorcio por mutuo acuerdo ante notario: mitos y tabúes, en *Libro de Derecho Notarial,* coordinado por el autor, en Editorial Félix Varela La Habana 2012, cuando plantea: Ante la posibilidad de los cónyuges, de declinar al derecho a liquidar la comunidad matrimonial de bienes extinta, tras la disolución del matrimonio, compete al notario dejar consignado explícitamente como advertencia legal, el término de caducidad de un año, contado este a partir del día siguiente de la autorización de la escritura de divorcio, para liquidar la comunidad matrimonial de bienes, ya por vía judicial o extrajudicial, con las consecuencias previstas en el artículo 40 del Código de Familia, o sea, de que *«cada cónyuge quedará como propietario único de los bienes muebles de propiedad común cuya posesión haya mantenido a partir de dicha extinción»*. En este sentido el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo ha dispuesto por Dictamen núm. 375 de 29 de agosto de 1996 *«… declinado por los cónyuges su derecho a realizar ante el Notario en la propia acta (sic) en que acuerdan la disolución del vínculo que los une, es inequívoco que para su logro necesariamente tendrán que acudir al correspondiente Tribunal Municipal, cuyo órgano al carecer de actuaciones precedentes, vendrá obligado a registrar la promoción en el libro general de radicación de asuntos contenciosos, y ventilarla conforme a las reglas de partición y adjudicación de la herencia intestada contenidas en los artículos 559 y siguientes de la citada Ley de Trámites»*. A tenor del Apartado Tercero del Dictamen 5/1995 de 6 de junio, la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia ha dejado claro «*Que el artículo 9 del referido Decreto Ley núm. 154 establece los aspectos que debe contener la escritura notarial que declare el divorcio, y en su inciso g) establece como uno de estos aspectos, las advertencias legales correspondientes en cuanto a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, en caso de que expresamente declinaran su derecho a realizarla en el propio acto. Este artículo aclara que proceden las advertencias si los cónyuges no han determinado en el propio acto liquidar la comunidad de bienes; lo que le permite al notario, conforme siempre a la voluntad de las partes, autorizar solo la escritura de divorcio y luego otra escritura de liquidación de la comunidad de bienes o ambas en un mismo documento, si así lo acuerdan»,* en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., ALMAGUER MONTERO, Julliett y OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy C., *Compilación de Derecho Notarial*. Separata de Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial, número 4, año 2005. Madrid. España. Consúltese también el Dictamen Núm. 6/2003 de 2 de octubre de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio

de Justicia en el que se expresa el criterio de la Dirección de «*que el título de adquisición de los bienes muebles comunes es una atribución ex lege, y dado que en la Ley no está previsto que sea el notario el funcionario que posea esa facultad, no puede él crear titularidad; por lo que el Acta de Notoriedad solo acreditará la concurrencia de los requisitos o condiciones para dicha adquisición, particular que deberá ser advertido por el fedatario público en el cuerpo del documento notarial; el supramencionado instrumento público resultará suficiente para acreditar, en el tráfico, la adquisición del derecho en cuestión»,* en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., ALMAGUER MONTERO, Julliett, y OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy C., *Compilación de Derecho Notarial*, Separata de Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial, núm. 4, año 2005. Madrid. España.

[31] Modificado por el Decreto Ley 288 del 2011 que regula «… *Cuando la vivienda que ocupan los cónyuges pertenezca a ambos y se promueve el divorcio, el Tribunal puede determinar o el Notario consignar, según el caso, a quién se adjudicará su propiedad definitiva, conforme a las reglas siguientes: a) Se adjudica a uno de los cónyuges o a los hijos, según acuerden las partes. b) A falta de acuerdo o de pronunciamiento de las partes sobre el destino de la vivienda, esta continúa en copropiedad. En estos supuestos, si existieren adeudos, el Banco vendrá obligado a ajustarlos, de acuerdo…».* Precepto que hierra al referir que continuará en copropiedad, cuando realmente lo que existía antes de extinguirse el matrimonio, sobre ese bien era una comunidad en mano común.

[32] PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. en *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 340.

[33] Así plantea PÉREZ PASCUAL, Eduardo; *El Derecho de Propiedad Horizontal,* Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1974, p. 80 que es posible la enajenación de una estatua que estaba colocada en el portal de la entrada de la finca.

[34] *Vid.,* artículo 11 de la Ley-Decreto 407/52 y el artículo 10 de la Resolución 4/91 INV, de Cuba; artículo 3 de la Ley No. 130 de 30 de diciembre de 1948 de Bolivia; Artículo 2 de la Ley núm. 13.512/49 de Argentina; Artículo 4 de la Ley núm. 10751, de 25 de junio de 1946 de Uruguay, artículo 4 de la Ley núm. 182 de 6 de julio de 1948 de Colombia; artículo 11 de la Ley núm. 43 de 21 de mayo de 1996 de Puerto Rico; artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal de 17 de agosto de 1983 de Venezuela y artículo 1 de la Ley núm. 9 de 6 de abril de 1999 de España.

[35] Esta regla está establecida en el artículo 15 de la resolución 4/91 INV y no así en la Ley-Decreto 407/52.

[36] *Idem*. p. 81.

[37] Clasificación nacida de la Jurisprudencia española al decir de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *op. cit.,* pp. 156-157. Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1965, de 6 de abril de 1978, de 14 de noviembre de 1979, de 31 de marzo de 1980 y de 2 de enero de 1980. Esta clasificación, al decir del autor, tuvo como inconveniente que se puede incurrir en errores teniendo en cuenta el matiz civil conceptual de la misma.

[38] Según FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., en Bercovitz Rodriguez-Cano, Rodrigo (coord.); *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal,* Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999. p. 158, «esta clasificación tiene a su favor que se acomoda al sistema que inspira el régimen de propiedad horizontal, esto es, el de la imperatividad atenuada. Pero es que además, ni lleva implícito que los elementos descritos en el referido precepto hayan de ser comunes, ni que los *ex voluntaris* hayan de mantener la cualidad de tal para siempre, dado que unos y otros pueden perfectamente perder su condición comunitaria por acuerdo unánime».

[39] Existen otras clasificaciones no tan generalizadas, a saber: la Ley núm. 182 de 6 de julio de 1948 de Colombia establece que pueden clasificarse los elementos comunes en principales, accidentales y circunstanciales. PÉREZ PASCUAL, Eduardo, *op. cit.,* pp. 84-85, aporta otra clasificación considerando los elementos como comunes esenciales, naturales y accidentales. A nuestro juicio, toma como parangón la clasificación de los elementos de la teoría del negocio jurídico. Se refiere también este autor a los anejos y al llamado elemento procomunal y concluye que no es necesaria la construcción jurídica de este último que no es más que un anejo (elemento común limitado).

[40] Esta última clasificación es la que recoge la Ley-Decreto 407/52, en su artículo 11 y la resolución 4/91 INV, en sus artículos 8 y 9.

[41] Para profundizar sobre el tema ver comentario de los artículos 226 al 231 del Código Civil cubano.

[42] ARATA SOLÍS, Moisés, Comentario al artículo 989 del Código Civil peruano *en Código Civil comentado*. Tomo V, Gaceta Jurídica, Perú, www.freelibros.com, p. 577.

[43] No me detendré a analizar su vigencia.

[44] LACRUZ BERDEJO, José. *Elementos de Derecho, Civil*, 111, vol. segundo. Segunda Edición. J. M. Bosch editor, Barcelona, 1991, p. 496.

[45] CAPILLA RONCERO, F. en *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coordinado por López y López y Montés Penadés. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1994, p. 397.

[46] DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Volumen segundo. Madrid. 1986. p. 769.

[47] Tribunal Supremo Popular, Sala de lo civil y lo administrativo, sentencia núm. 183 de 28 de febrero de 2001. Único Considerando. Ponente Díaz Tenrreiro. Tomado de Código Civil de la República de Cuba, Ley Núm. 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, anotado y concordado con los ordenamientos jurídicos cubano y español por Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo, Dykinson, Madrid, 2005. p. 116.

[48] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. La Comunidad de Bienes en el Derecho Español. En *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1954, p. 297.

[49] ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*, vol. primero. Octava Edición, J. M. Bosch, Barcelona, 1994, p. 72.

[50] Ver FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta, Aspectos teóricos y prácticos de las situaciones de cotitularidad en los instrumentos públicos notariales artículo publicado el 29 de octubre de 2008 en http://vlex.com/vid/43745530.

[51] Otro criterio también sobre la clasificación de los actos se establece en este cuando el tribunal razonó «el carácter indistinto de las cuentas bancarias objeto del debate, exclusivamente tiene como objetivo el de facilitar su utilización por cualquiera de sus titulares, pero la disposición de su ascendencia como acto de dominio va más allá del de administración reseñado, por lo que ha de contar con la anuencia de todos ellos, habida cuenta que en todo caso constituyen bienes de naturaleza común, y cada uno de los condómines inequívocamente tiene derechos y obligaciones en proporción a su respectiva cuota, conforme prevé el artículo ciento sesenta y cinco del Código Civil». Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, sentencia núm. 403 de 30 de diciembre del 2009. Primer Considerando. Primera Sentencia. Ponente Bolaños Gassó. Tomado de Código Civil de la República de Cuba, Ley Núm. 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988 anotado y concordado por Pérez Gallardo, Leonardo B, Ediciones ONBC, La Habana, 2014. p. 191.

[52] Ver en anexo Circular numero 8 de 22 de julio del 2003, de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia donde se dispone que los Notarios pueden autorizar, como en su día lo hacían, Escrituras de consentimiento para residir en virtud del Decreto 217 compareciendo solo los representantes del menor si necesidad utilidad y necesidad. Esto sería hoy aplicable para otros actos de avecinamiento ante Notario (como se sucede en la práctica cuando se pretende que un extranjero venga a residir a un inmueble) o para que realicen los padres los tramites en las oficinas de las Direcciones Municipales de la Vivienda, Carné de Identidad o Registro de Direcciones.

[53] A menos que, aunque lo dudo, se amparen en un criterio de economía procesal el análisis teórico expresado por RIVERO VALDÉS, *op. cit.* p. 60 cuando planteó que «… en la copropiedad por cuotas cada dueño de cuota es dueño del todo material…». Es útil llamar la atención por cuanto, un acto dispositivo sobre la cosa común indivisa en su totalidad realizado sin el consentimiento unánime de los condómines o sin el de la autoridad competente podría ser considerado un acto inválido partiendo de la regla de que nadie puede disponer de la cosa ajena; incluso, realizando una interpretación extensiva del concepto «prohibición legal» (CC1987, a.67 inciso ch), podría ser considerado un acto nulo. Luego, legítimamente

nadie podría adquirir la propiedad o un derecho real derivado o un derecho de crédito sobre la cosa común, cuando el objeto del acto ha sido la cosa en su totalidad y no se ha obtenido el consentimiento de los interesados de acuerdo al Código Civil 1987 (a. 165)».

[54] Ver Dictamen 1/2002 de la Dirección de Registros Civiles y Notaria del Ministerio de Justicia sobre los efectos del acta de subsanación de error u omisión, donde no se refiere nada a la comparecencia de varios cotitulares.

[55] DELLI SANTI, Ángel, Partición y División, *Revista de la A.E.U*, T-64 7-8-9, Uruguay, 1978, p. 643.

[56] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Volumen segundo. Madrid. 1986, p. 778.

[57] España el de 10 años, Código Civil artículo 400; en Holanda y Argentina el de 5 años, NBGB, lib.3, tit. 7, sec. 1, artículo 178.5; Código Civil Argentino, artículo. 2004 y sigs; en Perú establece 4 años, artículo 993 Código Civil.

[58] En este orden más discutible sería establecer un pacto de este tipo sin establecer plazo y lo más aconsejable es que de no pactarse se aplique con supletoriedad los términos máximos establecidos en los códigos civiles y nunca permitir un plazo por tiempo indeterminado.

[59] Recuerdo un caso que tuve en el ejercicio y asesoramiento notarial para la autorización de un Testamento Notarial que el sujeto quería hasta dejar ordenado entre sus hijos quien debía usar cada habitación del inmueble familiar y como debían organizar el uso del vehículo motor y como debían correr con los gastos de mantenimiento, reparación, hasta el uso del combustible.

[60] Citado por VÁZQUEZ, Elena, Comentario al artículo 993 del Código Civil peruano, en *Código Civil comentado*. Tomo V, Gaceta Jurídica, Perú, www.freelibros.com, p. 596

[61] Bienes de mayor importancia en la dinámica jurídica patrimonial de las personas naturales en Cuba.

[62] Ver CAPILLA RONCERO, F. en *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coordinado por López y López y Montés Penadés. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1994, pp. 403, 404.

[63] Para mayor profundidad ver a MARRERO XENES, Minerva, De la colación y Partición en *Derecho de Sucesiones*, coordinado por Pérez Gallardo, Leonardo B.; Tomo II Editorial Felix Varela, La Habana, 2005.

[64] Coincidiendo así con Rivero Valdés, Orlando (coordinador). *Temas de Derechos Reales*. Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, p. 46.

[65] *«… sobre la base de la clara lectura de los artículos quinientos treinta y siete y siguientes del Código Civil cubano contentivo de las reglas necesarias a tener en cuenta para la partición de la herencia, donde se deja bien sentado que lo procedente resulta ser primeramente cuidar por la equidad en la adjudicación de los bienes a los efectos de entregarles a todos los herederos la misma cuantía a la que tienen derecho cualquiera que sea la vía por la que concurran a la herencia; contando además con que, en aquellos casos en los que no resulta posible cumplir con lo anterior dada la naturaleza, la calidad o la especie de los bienes a liquidar, se atendrá el partidor judicial a las necesidades que tienen los adjudicatarios con derecho al haber sido llamados a heredar; unida a la necesaria verificación de la mayor utilidad para quien se le adjudique determinado bien que resulte en su esencia indivisible o que dicha división conlleve a una disminución considerable en su valor (…)».* Tribunal Provincial de La Habana, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo, sentencia núm. 9 de 26 de enero del 2011 (Recurso de Apelación). Único Considerando. Ponente Blanco Pérez. Tomado de PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Código Civil de la República de Cuba, Ley núm. 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado, Félix Varela, La Habana, 2014, p. 442.

[66] *«… la Sala de instancia incurre en interpretación errónea del artículo quinientos treinta y nueve del Código Civil (…) habida cuenta que de acuerdo a* [sic] *las reglas establecidas para la partición a que se refiere dicha norma jurídica, si el bien es indivisible, como acontece en el presente caso en que el único objeto de la partición hereditaria lo constituye un vehículo, el Tribunal puede adjudicarlo al heredero para el cual sea de más utilidad, desde el punto de vista de interés social, y para arribar al fallo sostenido en la sentencia interpelada estimó*

que el heredero a quien se dispone adjudicar el vehículo objeto de las operaciones divisorias promovidas, le es de mayor utilidad por razones de trabajo, cuestión esta que no quedó debidamente demostrada de forma indubitada con las pruebas practicadas a su instancia, así como en cuanto a que ello no impide que sea utilizado por la viuda, evidentemente constituye un desacierto jurídico, al quedar acreditado que desde el año mil novecientos noventa y nueve reside permanentemente en otra provincia distante de la que reside la recurrente, persona esta que como bien se reconoce en la sentencia, es una anciana con problemas de salud y determinados padecimientos que la obligan a trasladarse con frecuencia a centros de atención a la salud, que la contraparte en modo alguno podrá satisfacer sus necesidades, teniendo esta otros familiares que con ella residen, también herederos, que pueden llevar a efecto esa función, máxime cuando en vida del causante siempre fue utilizado por la viuda, así como su mantenimiento y reparación, estando al servicio de la familia (…) estando dos de los herederos conformes con la adjudicación a su favor (…)». Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, sentencia núm. 548 de 29 de agosto del 2003. Primer Considerando de la primera sentencia. Ponente L. Hernández Pérez.

«… las alegadas circunstancias de ser el coheredero menor de edad y de hallarse quien recurre en la posesión del automóvil que se contiende, no implican por sí obligación alguna para el juzgador de adjudicarlos a la inconforme, y con ello no queda vulnerada en modo alguno la regla del interés social a partir de su mayor utilidad a que se refiere el precepto de la ley sustantiva civil que se cita infringido (art. 539.1), pues es obvio que dicho bien puede resultar beneficioso tanto para un heredero como para su contrario, para lo que no es óbice que el adjudicatario no hubiere arribado aún a la mayoría de edad (…)». Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, sentencia núm. 30 de 31 de enero del 2005. Único Considerando. Ponente González García.

«… la regla que establece el precepto que se cita infringido (art. 539 del Código Civil), en cuanto a que, de ser indivisible el bien, se adjudique al heredero al que resulte de mayor utilidad desde el punto de vista del interés social, no implica en modo alguno que indefectiblemente deba destinarse a uno solo de los coherederos, cuando probado se encuentra que resulta de similar utilidad a ambos, en cuyo caso puede constituirse un condominio conforme dispuso la sindicada sentencia; ya que lo que persigue el legislador con el aludido precepto es evitar que lo reciba aquel de los coherederos a quien no resulte de utilidad o al que le resulte de menor utilidad que a otro (…)». Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, sentencia núm. 248 de 18 de abril del 2005. Cuarto Considerando. Ponente González García.

«… el apartado primero del artículo quinientos treinta y nueve del Código Civil, es claro y preciso en el sentido de que cuando el bien es indivisible o la división implica una disminución considerable de su valor, se puede adjudicar al heredero para el cual sea de más utilidad desde el punto de vista de interés social, de ahí que dicho precepto contiene extremo distinto al sostenido por la recurrente, al sustentar su vulneración a partir de la supuesta afectación que en el orden económico le acarrearía a ella y a sus hijos la no asignación del vehículo objeto de diferendo, cuando para nadie es un secreto que el fallecimiento del integrante de un núcleo familiar que posee una determinada solvencia económica siempre trae consecuencia en ese orden para los que dependían de él (…)». Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, sentencia núm. 270 de 25 de abril del 2005. Segundo Considerando. Ponente Carrasco Casi.

«… la utilidad desde el punto de vista social debería estimarse respecto al cumplimiento de cada heredero, por la función que a cada cual y según su condición en el momento le corresponde (…)». Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, sentencia núm. 196 de 30 de marzo del 2006. Único Considerando.

Tomadas todas de Código Civil de la República de Cuba, Ley Núm. 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988 anotado y concordado por Pérez Gallardo, Leonardo B, editorial Félix Varela, La Habana, 2014, pp. 443 a 444.

(Trabajo recibido el 4-7-2016 y aceptado para su publicación el 22-7-2016)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 18-7-2016
(*BOE* 19-9-2016)
Registro de la propiedad de Arévalo

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: REQUISITO PARA LA INSCRIPCIÓN. HERENCIA: PAGO EN METÁLICO DE LA LEGÍTIMA CONFORME AL 841 CÓDIGO CIVIL

El principio de rogación en la actuación del registrador, es requisito necesario para la práctica de la inscripción parcial, pues como ha dicho este Centro Directivo (por todas, resoluciones de 28 de febrero y 10 de abril de 2014), el registrador no puede actuar oficiosamente ignorando el principio de rogación vigente en nuestro sistema registral. En consecuencia, siendo necesaria la solicitud de la inscripción parcial del documento para practicar la misma.

Ciertamente, como se afirma por el registrador en la nota, para que la partición del contador se sujete a lo establecido en los artículos 841 y siguientes es preciso que la autorización del testador se refiera al artículo 841, ya sea invocándolo numeralmente o bien refiriéndola al supuesto en él previsto, con sus propias palabras o con otras cualesquiera con sentido equivalente, aunque técnicamente sean impropias o incorrectas, o simplemente de significado distinto si por su sentido resulta indudable la intención del testador de conferir una autorización que encaje con el supuesto del artículo 841. Así lo será en los casos en que el testador designe heredero universal a uno de los descendientes legitimarios o a varios, y legue a los demás legitimarios y mejorados la compensación que, para satisfacer sus respectivas legítimas, el instituido o los instituidos deban abonarles en metálico. La doctrina y la STS de 22 de octubre de 2012 han admitido que

el pago de la legítima lo sea con metálico extrahereditario. Sentado que esta partición está sujeta a las reglas establecidas en los artículos 841 y siguientes del Código Civil, resulta necesario que, conforme lo previsto por el artículo 843 del Código Civil, salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición así hecha requerirá aprobación por el letrado de Administración de Justicia o notario —tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio—. Así pues, tras la práctica de las notificaciones a que se refiere el artículo 844 y en el plazo que el mismo establece, se acreditará, bien la confirmación expresa de las nietas del causante, o bien la aprobación de la partición por el notario o por el letrado de Administración de Justicia. Esto mismo resulta del artículo 80.2 del RH.

Resolución de 18-7-2016
(*BOE* 19-9-2016)
Registro de la propiedad de Hoyos

PRINCIPIO DE PRIORIDAD: TÍTULO INCOMPATIBLE CON OTRO ANTERIOR INSCRITO

Inscrito un título traslativo del dominio no puede inscribirse otro que se le oponga o sea incompatible respecto de la misma finca (*cfr.* arts. 17 y 20 de la LH). De otro lado hay que recordar que constituye un principio básico en nuestro derecho hipotecario 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).

Resolución de 19-7-2016
(*BOE* 19-9-2016)
Registro de la propiedad de Madrid, número 34

PROPIEDAD HORIZONTAL: CAMBIO DE USO DE UN LOCAL A VIVIENDA

Como ya señalara esta Dirección General en su resolución de 12 de diciembre de 1986, no es función de los estatutos la definición casuística del contenido dominical sobre los elementos privativos, sino, a lo sumo, la articulación normativa de la zona de fricción derivada de la interdependencia objetiva entre derechos de análoga naturaleza, de modo que en las hipótesis no contempladas, será regla la posibilidad de cualquier uso, siempre que este sea adecuado a la naturaleza del objeto, y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad o los específicos de la propiedad horizontal (moralidad, salubridad, comodidad y no peligrosidad; artículo 7 de la Ley sobre propiedad horizontal). Como ha recordado el TS (*vid.* sentencias de citadas en «Vistos» de la presente resolución) el principio de libertad de uso de los elementos privativos solo encuentra restricción en aquellos supuestos en que así resulte de una norma estatutaria, restricciones que cuando consten en la correspondiente inscripción en el RP serán eficaces también frente a terceros. Se trata, pues de una cuestión de interpretación de la norma estatutaria que en cuanto limita un derecho constitucionalmente reconocido, el derecho a la propiedad privada, debe valorarse de un modo restrictivo. Así lo ha hecho nuestra jurisprudencia admitiendo el derecho del propietario al

cambio de destino del piso (de comercial a residencial), cuando dicho cambio no aparece expresamente limitado por el régimen de propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria.

Resolución de 19-7-2016
(*BOE* 19-9-2016)
Registro de la propiedad de La Vecilla

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTOS TRAS LA LEY 13/2015

A partir de la entrada en vigor de la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015, cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: —Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a, y letra b de la LH; —El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la LH, y tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros; — Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices (así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1).

En el presente caso se pretende hacer constar en el RP 966 metros cuadrados, es decir, un exceso de cabida inferior al 10% de la superficie inscrita. A pesar de ello, la registradora procedió a iniciar el procedimiento del artículo 199 de la Ley, con buen criterio, ya que, como manifiesta en su informe, existen dudas fundadas respecto a la verdadera superficie. A tal efecto, y para respetar el principio de rogación, el interesado fue notificado del inicio de dicho procedimiento, según consta en el expediente, por lo que tuvo oportunidad de oponerse a su tramitación. De acuerdo con lo establecido en el 199, se permite que el registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decida motivadamente según su prudente criterio. Si bien, siguiendo el precepto, la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes no determina necesariamente la denegación de la inscripción, no es menos cierto que tal oposición aporta al registrador elementos de juicio para su calificación. La oposición de la Administración colindante titular del dominio público es justificativa de dudas de identidad por una posible invasión del mismo, tal y como alega la registradora en su nota de calificación. Los registradores deben evitar practicar inscripciones de bienes de propiedad privada que invadan en todo o en parte bienes de dominio público, inmatriculado o no, pues el dominio público, por la inalienabilidad que le define, supone, precisamente, la exclusión de la posibilidad de existencia de derechos privados sobre esa concreta porción del territorio catalogada como demanial. En cuanto a la alegación del recurrente relativa a la falta de inscripción del título de propiedad de quien se opone, la

legitimación del mismo para intervenir en el procedimiento está justificada al quedar acreditado que se trata de un miembro de la comunidad hereditaria del titular registral fallecido. El objeto de la intervención de los titulares colindantes en los procedimientos de concordancia del Registro con la realidad física es evitar que puedan lesionarse sus derechos y en todo caso que se produzcan situaciones de indefensión, asegurando, además que puedan tener acceso al registro situaciones litigiosas o que puedan generar una doble inmatriculación, siquiera parcial.

Resolución de 19-7-2016
(*BOE* 19-9-2016)
Registro de la propiedad de Torrelodones

TRANSACCIÓN JUDICIAL: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN

No estamos ante un documento judicial resultante de un procedimiento ordinario que por seguir sus trámites procesales haya finalizado en una decisión del juez sobre el fondo del asunto; por el contrario el documento presentado, el mandamiento, es consecuencia del auto de homologación del convenio transaccional que pone fin al procedimiento iniciado. De conformidad con las previsiones del Código Civil (art. 1809), y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes pueden poner fin al procedimiento iniciado (como ocurre en el supuesto de hecho) o evitar su iniciación mediante un acuerdo transaccional. Dicho acuerdo, de producirse una vez iniciado el procedimiento judicial le pone fin (art. 19.2 de la Ley procedimental), de modo que el juez lo declara terminado sin llevar a cabo un pronunciamiento sobre la valoración de las pruebas y las pretensiones de las partes. El acuerdo homologado no es por tanto una sentencia sino un convenio contractual que vincula a las partes, como cualquier otro contrato, sin perjuicio de la posibilidad de modificación o novación si concurre el consentimiento de los interesados de conformidad con las reglas generales del ordenamiento. De aquí que el Código Civil afirme su naturaleza de cosa juzgada entre las partes (art. 1816 del Código Civil), en el sentido de que las partes no pueden desconocer la fuerza vinculante del contrato. El acuerdo homologado surte además los efectos previstos en el ordenamiento, señaladamente la posibilidad de seguir «los trámites previstos para la ejecución de sentencias» (arts. 1816 del Código Civil y 415.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero de aquí no se sigue que el ordenamiento asimile sentencia y acuerdo homologado. Bien al contrario, la transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (art. 1817 del Código Civil). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (art. 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No cabe en consecuencia amparar las afirmaciones del escrito de recurso que pretenden equiparar el supuesto de hecho al de presentación en el RP del testimonio de una sentencia recaída en procedimiento ordinario.

Por otro lado, también ha señalado la Dirección General al interpretar el artículo 708 de la LEC, que serán inscribibles en el RP las declaraciones de voluntad dictadas por el juez en sustitución forzosa del obligado, cuando estén

predeterminados los elementos esenciales del negocio; pero en nada suplen a la declaración de voluntad del demandante, que deberá someterse a las reglas generales de formalización en escritura pública (*cfr.* arts. 1217, 1218, 1279 y 1280 del Código Civil, art. 3 de la LH y arts. 143 y 144 del RN). Por todo ello, lo procedente es entender que la Ley de Enjuiciamiento Civil no dispone la inscripción directa de los documentos presentados, sino que la nueva forma de ejecución procesal permite al demandante otorgar la escritura de elevación a público del documento privado compareciendo ante el notario por sí solo, apoyándose en los testimonios de la sentencia y del auto que suple la voluntad del demandado.

El segundo defecto planteado por el registrador hace referencia al hecho de que no consta la firmeza del auto que homologa el acuerdo transaccional. Uno de los extremos susceptibles de calificación en relación con las resoluciones judiciales es precisamente el requisito de su firmeza y ejecutabilidad. Teniendo en cuenta que el auto de homologación de la transacción que fundamenta la escritura calificada es susceptible de recurso, en los términos previstos en el artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras no resulte acreditada su firmeza, no procederá practicar inscripción definitiva de la disolución de condominio.

Resolución de 19-7-2016
(*BOE* 19-9-2016)
Registro de la propiedad de Yeste

HERENCIA: PARTICIÓN REALIZADA POR CONTADOR PARTIDOR

La resolución de 19 de septiembre de 2002, sostiene en relación con la partición otorgada por contador partidor, que no constando la aceptación de los herederos puede «practicarse la inscripción, pero no con el carácter de firme o definitiva, sino sujetándola a la condición suspensiva de que en un momento posterior se acredite la aceptación y sin perjuicio de que, en caso de renuncia del heredero se pueda cancelar la inscripción reviviendo la titularidad del causante». En el presente recurso, la titularidad condicionada ya ha tenido acceso al Registro. Se pretende, ahora, por el recurrente anular dicha condición que fue inscrita como consecuencia de la primera inscripción del documento. Es doctrina reiterada de esta Dirección General (resolución de 28 de enero de 2016) que el objeto exclusivo del recurso contra las calificaciones de los registradores de la propiedad y mercantiles se dirige a decidir si la calificación denegatoria, ya sea total o parcial, es adecuada a Derecho, no siendo posible admitir otra pretensión como es la procedencia o no de la práctica de una inscripción ya efectuada, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales. Alega el recurrente que el contador-partidor tiene facultades para aceptar la herencia, y por ello presenta nuevamente la misma escritura de protocolización del cuaderno particional. El recurrente entiende que es el contador-partidor el que acepta la herencia por tener facultades para ello ya que la propia escritura de protocolización prevé que el contador «acepta la herencia y aprueba las operaciones particionales». Sin embargo, la aceptación se circunscribe al cargo testamentario ya que la facultad de aceptar o repudiar la herencia corresponde al llamado a ella y no entra dentro de las facultades que el testador puede encomendar al contador-partidor, que en ningún caso podrá obligar a los herederos a aceptar o repudiar la herencia.

En el presente caso no consta aceptación expresa de la herencia, ni en documento público, ni privado (que debería elevarse a público) para hacer constar en

el Registro el cumplimiento de la condición con arreglo al artículo 23 de la LH. La Dirección General en la resolución de 19 de septiembre de 2002, antes comentada, facilita (al amparo de los arts. 999 y 1000 del Código Civil) la aceptación tácita de la herencia, pues ha de entenderse que existe tal aceptación tácita si se da cualquier actuación del heredero que implique la voluntad de aceptar, como sería la simple solicitud de inscripción de los bienes adjudicados o, el requerimiento hecho al contador para que parta la herencia. Ninguno de los dos casos se dan en este caso. También admite este Centro Directivo que dicha aceptación pueda deducirse de actos dispositivos voluntarios realizados por los herederos sobre los bienes que le han sido adjudicados (resolución de 11 de julio de 2013). Aunque ha sido una cuestión discutida, es mayoritaria la doctrina que entiende que la presentación de liquidación del impuesto no supone aceptación de la herencia. En sentencia de 20 de enero de 1998 entiende el TS que «no cabe colegir del hecho de pagar tributos, y solo eso, se desprenda con carácter inequívoco la voluntad de aceptar (…)». La resolución de 20 de julio de 2007 parece inclinarse por esta última tesis al disponer que «dicha aceptación (…) habrá de entenderse cumplida cuando el expresado heredero o legatario realicen cualquier acto inscribible».

Resolución de 20-7-2016
(*BOE* 19-9-2016)
Registro de la propiedad de Arnedo

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DOCUMENTOS PRIVADOS

De la combinación de los principios registrales resulta que la rectificación del contenido del Registro o la anulación de un asiento registral presupone, bien el consentimiento del titular del asiento inexacto en virtud de documento público o bien la oportuna sentencia firme dictada en juicio declarativo contra él entablado. Esta es también la doctrina reiterada de este Centro Directivo. El RH proscribe la presentación de los documentos privados, salvo que las disposiciones legales le atribuyan eficacia registral (art. 420 párrafo primero). Dado que no concurre esta excepción en los supuestos en que se pretende que no se despachen documentos presentados, el registrador ha obrado correctamente al no presentar en el Libro Diario la referida instancia. Además la petición ahora solicitada por la recurrente ha de denegarse ya que no consta ni el consentimiento del titular registral ni aparece que el procedimiento en el que recayó la sentencia cuya inscripción se solicita, se haya entablado contra él. Finalmente debe rechazarse el argumento que señala la recurrente de que en la consulta al Catastro, se puede observar que la titularidad de la finca pertenece a los herederos de don B. M. L. R., y ello es así porque la titularidad de las fincas, a efectos jurídicos, es la que resulta del RP, no la que conste en el Catastro.

Resolución de 20-7-2016
(*BOE* 19-9-2016)
Registro de la propiedad de Cullera

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ORDEN PÚBLICO

Ciertamente en la regulación material de los Derechos de familia y de sucesiones *mortis causa,* existen tradiciones jurídicas muy alejadas entre sí, nacidas

de consideraciones históricas, culturales e incluso religiosas. Cuando el causante presenta vínculos o posee bienes en otro Estado, cuyos principios culturales, y por ende su axiología, se diferencian de aquellos que informan el ordenamiento de la ley aplicable al supuesto puede ocurrir que principios esenciales del ordenamiento de la Autoridad que aplica la norma determinen la inaplicabilidad de las soluciones normativas a las que conduce la ley aplicable. Se trata de la aplicación de la excepción de orden público internacional que tiene una especial significación en los derechos de familia y sucesiones.

En el presente caso, la aplicación de la ley nacional del causante, con fundamento en la ley islámica, lleva al resultado de adjudicar a la hija por ser mujer, la mitad de la cuota de su hermano varón en concurrencia con el mismo. La aplicación en España de la norma extranjera seleccionada por la norma de conflicto en los términos expuestos es incompatible con principios fundamentales o ideas eje que fundamentan el ordenamiento jurídico español como el principio de no discriminación recogido tanto en el artículo 14 de la Constitución española como en los relevantes convenios internacionales. Constituye, por tanto, manifestación del orden público internacional del foro la interdicción de una situación discriminatoria como la planteada teniendo en cuenta además la especial vinculación del supuesto con el ordenamiento jurídico español. Desde la perspectiva del Derecho de la Unión europea, la modernización del Derecho de sucesiones internacional llevado a cabo por el Reglamento (UE), número 650 /2012, de 4 de julio, ahonda en esta argumentación, al contemplar la apreciación por autoridades no judiciales del orden público. La apreciación extrajudicial de la posible vulneración del orden público internacional español por los operadores jurídicos y en el caso que corresponda la búsqueda y habilitación de alternativas al respecto se extiende tanto a la aplicación de la ley extranjera, como ocurre en el presente supuesto, como al reconocimiento incidental o ejecución de resoluciones o a la aceptación de documentos públicos extranjeros teniendo en cuenta el momento temporal en que la incompatibilidad con los principios fundamentales del ordenamiento del foro deba ser valorado. En todo caso la apreciación por la Autoridad de supuestos proscritos por afectar a los derechos fundamentales deberá ser garantizada en el Estado receptor.

Resolución de 20-7-2016
(*BOE* 19-9-2016)
Registro de la propiedad de Arganda del Rey, número 2

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: CASOS EN QUE PROCEDE SU DENEGACIÓN

En la nota de calificación objeto de recurso se deniega el asiento de presentación solicitado alegando como fundamento entre otros preceptos el apartado tercero del artículo 420 del RH. Dicho precepto dispone: «Los registradores no extenderán asiento de presentación de los siguientes documentos: (…) 3. Los demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna». En coherencia con lo que ya se ha señalado en apartados anteriores, este centro directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro. Este es el criterio que ha de

presidir la interpretación del artículo 420.3. Por tanto, solo en aquellos casos en los que el propio presentante manifieste que su objetivo no es la práctica de un asiento en los libros del Registro, o en los que de una forma evidente resulte que el título nunca podría provocar dicho asiento, cabría denegar la presentación.

En el supuesto de este expediente el documento que se pretende presentar es una copia de la interposición de demanda con el fin de que se extienda la anotación preventiva a que hace referencia el artículo 209 de la LH. Pero la referencia a la presentación en el Registro de la demanda interpuesta no supone en ningún caso una excepción al principio de legalidad recogido en el artículo 3 de la LH que exige que la documentación presentada en el Registro sea auténtica. Solo en tasadas excepciones se admite la presentación de documentos privados y del texto del artículo trascrito no puede deducirse dicha excepcionalidad.

Resolución de 22-7- 2016
(*BOE* 19-9-2016)
Registro de la propiedad de Alicante, número 2

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. BASES GRÁFICAS: ELEMENTOS DE UN EDIFICIO EN PROPIEDAD HORIZONTAL

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, sin que baste con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de resoluciones de esta Dirección General), sino que es preciso justificar la razón por la que el precepto de que se trate es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse (y lo mismo debe entenderse respecto de las citadas resoluciones), ya que solo de ese modo se podrá combatir la calificación dictada para el supuesto de que no se considere adecuada la misma.

El artículo 9 de la LH, cuya redacción por la Ley 13/2015 entró en vigor el 1 de noviembre de 2015, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. En el presente caso nos encontramos ante una plaza de garaje situada en un edificio en régimen de propiedad horizontal. Concretamente se trata de una participación indivisa de finca destinada a garaje, que atribuye el uso y disfrute exclusivo de una zona determinada (*cfr.* arts. 68 RH y 53.b del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio). De la documentación que obra en el expediente no resulta más que la representación gráfica catastral de la totalidad del solar en el que se ubica el edificio dividido horizontalmente al que pertenece. Por tanto, la solicitud de inscripción de representación gráfica de la finca registral que se formula en el documento se encuentra vacía de contenido, toda vez que no se aporta tal representación, sin que en ningún caso pueda confundirse, como

hace el recurrente, la representación gráfica con los datos alfanuméricos de superficie que figuran en la certificación catastral. Además, aunque se hubiese aportado la representación gráfica del elemento independiente en cuestión, conforme a los citados artículos 9.b) y 199 LH no es admisible, a efectos de la constancia registral de la representación gráfica, la correspondiente a un elemento en régimen de propiedad horizontal individualmente considerado. Dicha inscripción de representación gráfica de los elementos individuales del régimen de propiedad horizontal solo se contempla en la LH en los casos de inscripción de una obra nueva, en los que tal representación se integre junto con la de todos los elementos del régimen en el libro del edificio, según prevé el artículo 202 de la LH *in fine*.

Por otra parte, alega el recurrente errores en el cálculo de la superficie y de la participación indivisa de titularidad, que deberían dar lugar a su rectificación a la vista de los datos que resultan de la certificación catastral descriptiva y gráfica. Constituye una regla básica en nuestro Derecho hipotecario la de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, 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.

Resolución de 22-7-2016
(*BOE* 19-9-2016)
Registro de la propiedad de Piedrahita

CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: CALIFICACIÓN REGISTRAL

En relación con la calificación registral y el cierre del RP, en los términos expresados en el artículo 254.3 de la LH, el artículo 177, párrafo quinto, del RN, según redacción dada por el Real Decreto 1/2010, determina que «… se entenderán identificados los medios de pago si constan en la escritura, por soporte documental o manifestación, los elementos esenciales de los mismos. A estos efectos, si el medio de pago fuera cheque será suficiente que conste librador y librado, beneficiario, si es nominativo, fecha e importe; si se tratara de transferencia se entenderá suficientemente identificada, aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria». Después de la modificación del citado precepto reglamentario por Real Decreto 1/2010, de 8 de enero, si se trata de transferencia bancaria se entenderá suficientemente identificada, aunque no se testimonie el documento justificativo de la misma, si se aportan los códigos de las cuentas de cargo y abono, o si constan el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria, circunstancias todas ellas a las que no se refiere la calificación impugnada.

Resolución de 22-7-2016
(*BOE* 19-9-2016)
Registro de la propiedad de Madrid, número 40

BIENES GANANCIALES: PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD. HERENCIA: PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR

Los documentos bancarios incorporados a la escritura complementaria no son aptos para destruir la presunción de ganancialidad (máxime si se tiene en cuenta que, como afirma el registrador en su calificación, alguna de dichas cuentas tienen carácter ganancial, como se reconoce en dicha escritura; que las cantidades que se mueven entre dichas cuentas no son indubitadas y exactas; y que los extractos de las cuentas no lo son por todo el tiempo de su existencia, sino solo de determinadas fechas concretas). Dicha presunción puede destruirse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, llegando incluso este Centro Directivo a admitir la rectificación registral a petición de parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido cuando dicha rectificación se refiera a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto (*cfr.*, entre otras, resoluciones de 29 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2013). Ahora bien, en el ámbito registral, y para obtener la inscripción de un bien con carácter privativo, el artículo 95 del RH exige —al margen del supuesto de confesión de privatividad por el consorte— que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba documental pública suficiente, sin que la mera afirmación de la procedencia privativa del dinero empleado sea suficiente dado, sobretodo, el carácter fungible del dinero (*cfr.*, por todas, las resoluciones 12 de junio de 2013 y 2 de marzo de 2016).

La adjudicación de un bien de la herencia a uno de los interesados —la viuda— en pago de una deuda de la sociedad conyugal implica un acto de disposición admisible en el caso de ser los interesados con facultades de libre disposición de sus bienes los que lo convinieran (*cfr.* art. 1058 del Código Civil), pero que no puede entenderse comprendida entre las de partir que al contador partidor le vienen asignadas por la ley en su condición de tal (*cfr.*, entre otras, las resoluciones de 29 de enero de 2013 y 27 de mayo de 2014, entre otras).

Resolución de 22-7-2016
(*BOE* 19-9-2016)
Registro de la propiedad de Castelldefels

HIPOTECA: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009, DE 31 DE MARZO

La primera cuestión que se discute es la relativa a los requisitos que han de concurrir en los prestamistas no entidades de crédito para que les sea de aplicación la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Conviene recordar, antes de entrar a examinar las circunstancias concurrentes en este supuesto, que la exposición de motivos de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores sobre bienes inmuebles de uso residencial, establece como objetivo de

la misma el garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito sobre bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección, con independencia de la finalidad del crédito y del carácter o no de entidad crediticia del prestamista; e impone la obligación de los Estados miembros de exigir a las autoridades competentes que supervisen a los prestamistas y los faculten para obtener los datos que necesiten para evaluar de manera fiable el cumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, ha sido correcta la actuación de la registradora de la propiedad al acudir, como medio para completar la calificación y evaluación del cumplimiento de los requisitos legales por parte del acreedor, a la consulta del «Servicio de Interconexión entre los Registros» y no admitir sin más la manifestación negativa del acreedor-cesionario acerca de su condición de profesional. El carácter de habitualidad en la concesión de préstamos no tiene una definición precisa en la legislación en general ni en la específica, siendo las diferentes normas que, de un modo u otro, aluden a este término las que en ocasiones han fijado criterios objetivos para considerar la existencia de tal carácter (por ejemplo la legislación fiscal para entender como habitual un domicilio). Fuera de estos supuestos la resolución de la controversia sobre el carácter habitual o no de una actividad solo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes en uno u otro sentido. Es doctrina de este Centro Directivo señalada en numerosas resoluciones, que el registrador en el ejercicio de su función calificadora sobre la legalidad, puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, no solo para el mayor acierto en la calificación sino también para liberar a los interesados de presentar documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral o cuando sea especialmente útil para el ejercicio adecuado de la calificación registral. En este sentido el otorgamiento de sucesivos préstamos hipotecarios en un número considerable constituye un indicio suficiente del desarrollo de una actividad profesional, que justifica la exigencia por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos legales exigibles; quedando desvirtuada la manifestación del prestamista de no ejercer de forma profesional la actividad efectuada en la escritura, por los datos obrantes en los diferentes Registros de la propiedad, que revelan una habitualidad en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria. Ciertamente es difícil establecer objetivamente cuántos créditos son necesarios para considerar que existe habitualidad en su concesión, pero la prevalencia en este ámbito del principio de protección de los consumidores y la aplicación del artículo 8 de la repetida Ley que establece que «corresponde a las empresas —acreedores— la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta Ley», lleva a considerar que constituyen suficiente indicio acerca de la cuestión debatida y justificación para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales bien una prueba satisfactoria de su no necesidad. Nada obsta a esta conclusión el hecho de que a instancia del cesionario se haya autorizado un acta notarial en la que, sin notificación a terceros interesados, ni obtención de información registral, se ha declarado la notoriedad de que el mismo no ejercita habitualmente la actividad.

La segunda cuestión que se plantea es si son exigibles estos requisitos a operaciones de cesión de préstamos hipotecarios. Es cierto que la Ley 2/2009 constituye una norma dirigida fundamentalmente a garantizar la ausencia de publicidad engañosa y la transparencia en la contratación de préstamos y créditos con consumidores, y que las obligaciones que impone se refieren prioritariamente a la fase precontractual y de formalización del contrato de préstamo, por lo que deben entenderse cumplidas en caso de cesión de un préstamo o crédito inscrito

en el RP. Pero esta realidad no excluye la necesidad de que el cesionario de tales préstamos, si se acredita la habitualidad en la actividad de concesión de préstamos o en la subrogación activa en los mismos, deba cumplir los requisitos exigidos en la nota de calificación recurrida ya que obedecen a una segunda finalidad de la norma consistente en «cubrir las responsabilidades en que el acreedor pudiera incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de los servicios propios de la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios» [ver arts. 7 y 14.1.a) de la Ley 2/2009], y esos perjuicios pueden generarse durante toda la vida del préstamo.

Resolución de 22-7-2016
(*BOE* 19-9-2016)
Registro de la propiedad de Valencia, número 6

URBANISMO: INSCRIPCIÓN DE UNA RESERVA DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

La transferencia de aprovechamiento es una técnica de gestión urbanística que tiene lugar por el acuerdo suscrito entre la Administración y los propietarios de suelo. En su virtud la Administración adquiere un suelo, generalmente urbano y destinado a dotación pública, evitando recurrir a la expropiación forzosa. A cambio, el propietario puede materializar su aprovechamiento urbanístico en una parcela distinta a la cedida, agregándolo al aprovechamiento propio de esta segunda parcela. El ámbito propio de estas transferencias es el de las actuaciones asistemáticas. Como ha destacado esta Dirección General en la resolución de 14 de junio de 2011, y ha recogido la reciente resolución de 11 de abril de 2016, el aprovechamiento subjetivo a que tenga derecho el dueño del terreno, como parte que es de las facultades que el derecho de propiedad sobre una finca determinada atribuye a su titular, puede ser objeto negociación jurídica, ordinariamente vinculada a la titularidad de la finca, aunque nada impide, en vía de principios, que sea el aprovechamiento, y no la finca, el objeto del negocio ni que el aprovechamiento se disocie de la propiedad de la finca de que procede de modo similar a como se disgregan otras facultades del dominio mediante la constitución de derechos reales limitados (*v.gr.* derecho de superficie o de aprovechamiento especial). Los aprovechamientos urbanísticos, por lo tanto, son bienes jurídicos de contenido patrimonial actual e independiente y no simples «derechos expectantes» que hayan de concretarse en un fundo determinado, siendo derechos perfectamente transmisibles de forma aislada. Ahora bien, en el caso de que la transferencia de aprovechamiento no pueda efectuarse de forma inmediata, generalmente por no existir excedente en el mismo desarrollo susceptible de ser compensado o por no ser este suficiente, o bien porque no se logre el acuerdo con el propietario de la posible parcela o con el urbanizador de la unidad de ejecución se recurre a una técnica de gestión urbanística complementaria a la transferencia, esto es la figura de la «reserva de aprovechamiento». Su fundamento igualmente reside en la justa distribución de beneficios y cargas, que, como se ha dicho constituye principio general rector del urbanismo. El aprovechamiento reservado es susceptible a su vez de posteriores negocios jurídicos de transferencia o de gravamen.

En la legislación autonómica valenciana estableció desde el principio la necesidad de aprobación por el Ayuntamiento o Administración expropiante la constancia en el RP junto a la transmisión de la que traiga su causa y finalmente

estableció que el Ayuntamiento no puede oponerse a esa transferencia si, en su día, aceptó la cesión que motivo la reserva, asimismo estableció que el titular de una reserva de aprovechamiento podrá solicitar su expropiación, cuando hayan transcurrido más de tres años desde que constituyó la reserva.

Por lo que respecta a la inscripción de las reservas el Real Decreto 1.093/1997, no las contempla expresamente, pero la mayoría de la doctrina entiende que cabe enmarcarlas en los supuestos en que permite que el aprovechamiento se inscriba como finca especial disgregado del suelo del que procede y mediante apertura de folio independiente en el artículo 39. Sus requisitos, son los mismos que en la transferencia, esto es escritura pública y aprobación administrativa, y, en su caso, inscripción en el Registro administrativo.

Entrando en el análisis de este expediente en cuanto al primero de los defectos recurridos, segundo de la nota de calificación, la registradora considera que para la inscripción de la reserva del aprovechamiento urbanístico deberá aportarse la certificación administrativa de la que resulta dicha aceptación. En la escritura otorgada en Valencia el 17 de enero de 2014, se hace referencia al acuerdo de fecha 15 de mayo de 1992 en el que el Ayuntamiento acepta según citada referencia, sin embargo no se acompañó la certificación acreditativa del mismo. Faltando dicha certificación es evidente que no puede practicarse asiento alguno relativo a la reserva a que alude el recurrente pues la cesión gratuita de terrenos al Ayuntamiento es presupuesto para la obtención del aprovechamiento reservado. Aunque no se utilice el término reserva o aprovechamiento, si del contenido de la escritura resulta claramente que lo que se pacta es una reserva de aprovechamiento podría practicarse la inscripción. Sin embargo del documento presentado resulta que hubo cesión a cambio de compensación de obligaciones urbanísticas y pretendiendo ahora el reconocimiento vía de reserva del aprovechamiento que resta por compensar. Evidentemente ello es posible, pero no resulta con la claridad necesaria para la inscripción de la reserva.

En la documentación calificada se establece que las unidades de aprovechamiento son las correspondientes a 118,24 metros cuadrados resto de la superficie pendiente de consumir. Conforme a lo anteriormente expuesto, parte de la reserva se ha materializado mediante una o varias transferencias, es decir se ha ejecutado parcialmente. Por lo tanto para que la reserva pendiente de materializar tenga acceso al registro es precisa la inscripción simultánea de la cesión y de la reserva, haciéndose constar en el folio abierto a esta la transferencia o transferencias ya efectuadas de forma que quede concretado el resto de reserva pendiente de ejecución. En consecuencia es necesaria la intervención del Ayuntamiento si bien no necesariamente será preciso que comparezca al otorgamiento de una escritura aclaratoria o de rectificación, pudiendo acreditarse las transferencias de aprovechamiento efectuadas en cumplimiento de la reserva mediante certificación administrativa.

Lo que en realidad se eleva a público es la transmisión de la reserva de aprovechamiento constituida, y conforme se ha señalado anteriormente el aprovechamiento reservado es susceptible a su vez de posteriores negocios jurídicos de transferencia o de gravamen. Así se señala expresamente en la disposición tercera de la escritura.

Los otorgantes de la escritura elevan a público un contrato privado que no se incorpora a la escritura, tampoco se indica la causa de su falta, pero no se configura el tipo de contrato que supuestamente es objeto de elevación, no basta, como dice el recurrente, entender que, puesto que se manifiestan cumplidas las contraprestaciones pactadas, la transmisión fue onerosa, deberá pues determinarse la causa o título traslativo conforme se señala en la nota de calificación. Por lo tanto, debe confirmarse la calificación en cuanto a este inciso.

Conforme se ha dicho anteriormente en las reservas de aprovechamiento, resulta aplicable por analogía el artículo 37 del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la LH sobre Inscripción en el RP de Actos de Naturaleza Urbanística, que señala que cuando la legislación urbanística aplicable —legislación urbanística valenciana— exija la previa autorización de las transferencias de aprovechamiento urbanístico, la autorización constituirá requisito de acceso al RP de la transmisión. En la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, se regula, como se ha expuesto, la reserva de aprovechamiento en su artículo 79 que en su apartado 2, exige que deba ser aprobada por el Ayuntamiento. Ahora bien, una vez autorizada la reserva de aprovechamiento por el Ayuntamiento, lo cual en este supuesto no consta acreditado válidamente en el expediente como se ha dicho anteriormente, no procederá la posterior aprobación de la transferencia.

Resolución de 26-7-2016
(*BOE* 20-9-2016)
Registro de la propiedad de Lepe

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO

La posibilidad de incorporar negocios o adjudicaciones sobre bienes privativos en un convenio regulador aprobado por el juez en el que se procede a la liquidación de la sociedad de gananciales, se encuentra perfectamente admitida a los efectos de permitir su acceso al Registro siempre que la misma obedezca a una causa familiar o matrimonial, tal y como ocurre en la adjudicación de la vivienda familiar, o cuando se justificara la necesidad de extinguir una comunidad ordinaria como operación indirecta pero resultando indispensable y suficientemente conectada para llevar a cabo una completa liquidación del régimen económico-matrimonial, con independencia de cuál sea este (como pudiera ser una adjudicación de un bien privativo o de una cuota sobre este en pago de una deuda ganancial o del haber ganancial y así quedara expresado en el convenio regulador) pero no puede aplicarse de manera genérica y abstracta a la extinción de comunidades constituidas en favor de los cónyuges, ajenas al matrimonio en sí o la liquidación de sus relaciones económicas relacionadas directa o indirectamente con este. También ha admitido esta Dirección General que la adjudicación de un bien privativo en convenio regulador se realice en pago de la pensión compensatoria (resolución de 9 de septiembre de 2015).

Resolución de 26-7-2016
(*BOE* 20-9-2016)
Registro de la propiedad de Valladolid, número 5

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NO PROCEDE LA EJECUCIÓN DIRECTA SI NO CONSTA INSCRITO EL DOMICILIO A EFECTOS DE REQUERIMIENTOS Y NOTIFICACIONES

El artículo 682.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que el deudor —y, en su caso, el hipotecante no deudor— fije en la escritura un domicilio para

la práctica de notificaciones y requerimientos. La fijación del domicilio a efectos del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados tiene la doble finalidad de asegurar al acreedor frente a dilaciones indebidas por cambios de residencia o mala fe del deudor, por un lado, y por otro, garantizar al deudor el exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas. Como ya ha señalado en otras ocasiones este Centro Directivo (*cfr.* resoluciones de 7 de febrero y 9 de septiembre de 2001 y 14 de enero de 2008), la omisión o, en su caso, la defectuosa designación del domicilio realizada por el deudor a efectos del citado procedimiento de ejecución directa o del extrajudicial de ejecución de la hipoteca, producirá el efecto de que no puedan utilizarse dichos procedimientos —de carácter potestativo—.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente, las partes pactaron en la escritura pública correspondiente un domicilio del deudor para notificaciones y requerimientos, domicilio que por circunstancias ajenas a este expediente, no fue objeto de inscripción en el RP, lo que motivó que la inscripción del derecho de hipoteca fuera practicada sin recoger el procedimiento de ejecución directa, pero en cambio, sí constar inscrito el procedimiento extrajudicial, en virtud del cual los interesados pueden acudir, tal y como consta en la inscripción y en la nota de despacho. Consecuentemente no puede ejecutarse la hipoteca por el procedimiento previsto en los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la LH por carecer de uno de sus presupuestos.

Como consecuencia de todo lo expuesto no procede la expedición de certificación de dominio y cargas para el procedimiento de ejecución directa ni tampoco la práctica de la nota marginal de expedición.

Resolución de 26-7-2016
(*BOE* 20-9-2016)
Registro de la propiedad de Cangas de Onís

DOBLE INMATRICULACIÓN: CALIFICACIÓN REGISTRAL

Tras la entrada en vigor de la nueva ley, el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación. Una vez considere esta posibilidad, deberá efectuar las notificaciones y extender la nota marginal que ordena el mismo, a fin de intentar recabar todos los consentimientos precisos para proceder en la forma prevista en los apartados cuarto a séptimo del nuevo artículo 209 de la LH. En el caso de que el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en los términos fijados por el citado artículo antes trascrito, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación, quedando a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble. Dicha decisión, en cuanto se encuadra en las facultades de calificación del registrador, como resulta además del tercer párrafo de la regla séptima del artículo 209 de la LH cuando dice: «frente a la denegación de la constatación de la doble inmatriculación por parte del registrador podrán los interesados interponer los recursos previstos en esta Ley para la calificación negativa», deberá ser motivada suficientemente, de forma análoga a lo que sucede en los casos de duda del registrador en cuanto a la identidad de la finca para casos de inmatriculación o excesos de cabida, siendo aplicable a este supuesto la reiterada doctrina de esta Dirección General en cuanto al rigor de su fundamentación.

Resolución de 26-7-2016
(*BOE* 20-9-2016)
Registro de la propiedad de El Puerto de la Cruz

DERECHO EXTRANJERO: REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN

La prueba del Derecho extranjero, ha sido objeto de nueva regulación en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en vigor desde el 20 de agosto de 2015). Conviene destacar, que los artículos 34 a 36 de dicha Ley, que establecen el régimen común de solicitudes de auxilio internacional para la información del derecho extranjero, son aplicables tanto a la aplicación del Derecho extranjero por autoridades jurisdiccionales, como por notarios y registradores. No obstante, esta ley es de carácter general pero subsidiaria a la ley especial, entre las que se encuentra la legislación hipotecaria (disposición adicional primera, letra f), de la Ley 29/2015, de 30 de julio), en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley, por lo que se deberá acudir preferentemente a los medios de acreditación del derecho extranjero previstos en el artículo 36 del RH. Una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender esta.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la resolución de esta Dirección General de 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Por otro lado, al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no solo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia (*vid.*, entre otras, las SSTS de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre 1990 y 25 de enero de 1999, y la resolución de 20 de enero de 2011).

El artículo 14 de la LH determina que «cuando se tratare de heredero único, y no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco Comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia, el título de la sucesión, acompañado de los documentos a que se refiere el artículo dieciséis de esta Ley, bastará para inscribir directamente a favor del heredero los bienes y derechos de que en el Registro era titular el causante». Este precepto contempla el supuesto de heredero único, sin que exista persona con derecho a legítima, y en este supuesto la sucesión y la inscripción registral se produce en virtud del título sucesorio que enumera el apartado primero del mismo artículo. Pero requisito esencial es que estemos en presencia de heredero único sin que exista persona con derecho a legítima. En el supuesto que motiva el presente recurso, tanto del testamento, como de la certificación de herencia presentada resulta que no es así, en cuanto el testador deja la totalidad de los derechos sobre determinada finca al hijo de su esposa, que sucede en virtud de testamento, reconociendo el certificado la posición de heredera forzosa de su esposa.

De la documentación facilitada por la recurrente, no resulta claramente probado el alcance del certificado de herencia; la imposibilidad de que incluya

bienes no situados en el territorio de Eslovaquia; el título sucesorio abintestato preciso para la heredera forzosa —o si es suficiente la certificación— así como el documento en base al cual, una vez establecido su título abstracto, se adjudica los bienes no incluidos en el testamento, que se limita a individualizar lo que ha de recibir el beneficiario testamentario.

Resolución de 28-7-2016
(*BOE* 21-9-2016)
Registro de la propiedad de A Coruña, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA: REQUISITOS

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, entre ellas, resoluciones 13, 14 y 15 de noviembre de 2000, 9 de septiembre de 2004, 19 de diciembre de 2006 o 25 de noviembre de 2014, que no es posible la constatación registral de la mera interposición de querella pero, sin embargo, ello no obsta a que cuando en la querella se haga valer no solo la acción penal sino también la civil, pueda extenderse anotación preventiva para reflejar el ejercicio de esta, porque, conforme al artículo 42.1 de la LH, el objeto de la anotación de demanda es el ejercicio de una acción de trascendencia real inmobiliaria, siendo indiferente el procedimiento a través del cual esta se hace valer y, consiguientemente, el vehículo formal que para ello se emplee, demanda o querella. Será necesario pues, en todo caso, que del mandamiento judicial resulte el contenido de la acción civil ejercitada o se adjunte al mismo el texto de la querella en que se recoja el correspondiente suplico.

En el caso objeto del expediente, al tiempo de expedirse el mandamiento que ordena la anotación, ya se había presentado en el Registro el testimonio del decreto de adjudicación dictado en el seno del procedimiento de ejecución de la hipoteca cuya validez puede ponerse en duda como consecuencia del proceso penal, por lo que, habiendo concluido este, resulta inoperante su suspensión. Pero ello no impide que la sentencia penal caso de ser condenatoria, deba restituir el orden jurídico perturbado por la infracción que en tales casos no es otro que el de reintegrar al patrimonio del deudor los bienes indebidamente transmitidos del mismo, para que respondan del crédito, decretando la nulidad de las transmisiones fraudulentas. Además, en el caso del delito de alzamiento de bienes, las consecuencias civiles pueden consistir en la restauración del orden jurídico perturbado debe restablecerse, cuando sea posible, reintegrando al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo incluso con la declaración de nulidad de los negocios jurídicos de disposición realizados ilícitamente por el deudor.

Resolución de 28-7-2016
(*BOE* 21-9-2016)
Registro de la propiedad de El Puerto de la Cruz

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS PARA SU EJERCICIO

Como ha puesto de relieve reiteradamente esta Dirección General (*vid.* la resolución de 24 de julio de 2014), «por lo que se refiere a la consignación de

las cantidades que hayan de ser devueltas al cesionario, o que, por el principio de subrogación real, correspondan a los titulares de derechos que se hayan de extinguir por la resolución, es cierto que según la doctrina reiterada de esta de esta Dirección General (*cfr.*, entre otras, las resoluciones de 19 de junio de 2007, 10 de diciembre de 2010, 10 de julio de 2013 y 14 de abril de 2014), los requisitos exigidos para obtener la reinscripción a favor del transmitente, como consecuencia del ejercicio de la facultad resolutoria explícita del artículo 1504 del Código Civil, son los siguientes: a) Debe aportarse el título del vendedor; b) La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución; c) El documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución. Es constante doctrina de este Centro Directivo que respecto de la posible cláusula penal o indemnizatoria tratándose de resolución convencional y no judicial no cabe deducción alguna de cantidad que haya de ser consignada, toda vez que la devolución de las prestaciones que fueron objeto del contrato resuelto ha de comprender las cantidades afectadas por la cláusula penal (obras que quedarían en propiedad de los iniciales cedentes), por la sencilla razón de que la cláusula penal es susceptible de moderación judicial (*cfr.* art. 1154 del Código Civil).

Resolución de 28-7-2016
(*BOE* 21-9-2016)
Registro de la propiedad de Alicante, número 3

ENTIDADES RELIGIOSAS: ACREDITACIÓN DE UNA FUSIÓN PREVIA

Las congregaciones religiosas, sus provincias y sus casas acreditan su personalidad jurídica mediante su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas (*vid.* los arts. citados en los «Vistos») y desaparecida una entidad religiosa («Congregación Salesiana o Salesianos de Don Bosco», con sede en Valencia y con número de registro en el de Entidades Religiosas 1533-g-SE-B) debe cancelarse su inscripción en el citado Registro y, absorbida una entidad organizativa por otra ha de inscribir también el cambio de régimen de funcionamiento y la modificación de datos de la entidad, tal como disponen los artículos 3.e), 6.1 y 12 del Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas.

En el presente expediente no quedan acreditadas las «fusiones» y reestructuraciones de las congregaciones religiosas, por lo cual es necesario que queden acreditadas las sucesivas transmisiones por fusión o reestructuración desde el titular registral hasta quien interviene como transmitente, lo cual puede realizarse bien mediante la aportación de la escritura de reestructuración debidamente inscrita en el Registro de Entidades Religiosas, o bien mediante certificación del Registro de Entidades Religiosas en la que se acrediten las indicadas fusiones o reestructuraciones de las congregaciones.

Resolución de 28-7-2016
(*BOE* 21-9-2016)
Registro de la propiedad de Sant Mateu

HERENCIA: SUCESIÓN SOMETIDA AL DERECHO INGLÉS

Para la resolución del recurso hay que estar, por tanto, a la ley de la nacionalidad del causante, aplicable de conformidad con la norma de conflicto española, artículo 9.8 del Código Civil, que conduce en este caso a la aplicación de la ley británica. El citado artículo recoge el principio de universalidad de la sucesión, como regla general, de modo que el fenómeno sucesorio se sujeta en primer término a la ley de la nacionalidad del causante, salvo que las normas de conflicto de esta remitan a la ley española, único caso de reenvío admitido por nuestras normas de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, ese reenvío de primer grado, como ya afirmó la resolución de este Centro Directivo de 24 de octubre de 2007, no debe aceptarse en materia de sucesión por causa de muerte si ello provoca un «fraccionamiento legal de la sucesión», que de esa forma se vería regulada por varias leyes, ya que el artículo 9.8 del Código Civil está presidido por los principios de unidad y universalidad de aquella. La sucesión británica en general (pues es distinto el régimen en las legislaciones inglesa y escocesa) gira en torno a los bienes antes a que en torno a las personas a diferencia de lo que sucede en los sistemas latinos, ello deriva en que en dicho sistema conforme se ha dicho la situación del inmueble sea determinante de forma que resulta inevitable la fragmentación de la sucesión frente al criterio de universalidad operante en la legislación española.

Dada la prevalencia de la nacionalidad del causante a la hora de regir la sucesión, parece una medida oportuna y prudente, y casi obligada si lo exigiese la «*lex causae*», que el notario español también solicite (en tanto no se establezca la deseada conexión de Registros, como la prevista para una fase final en el citado Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972), como prueba complementaria, la certificación, en su caso, del Registro semejante correspondiente al país de donde el causante es nacional (a veces, su propio Registro Civil, si fuere en esta institución donde la ley personal del finado establece que se tome nota de los testamentos otorgados), siempre que estuviese prevista alguna forma de publicidad de los títulos sucesorios en ese país extranjero. Esta actuación, al dotar de un mayor rigor al expediente, solo puede redundar en una mayor seguridad de la declaración notarial. Es cierto que conforme lo expuesto la «*lex causae*» en este caso no exige el certificado de Últimas Voluntades o similar. Pero la acreditación de tal inexistencia, que debió constar en la escritura de partición, no figura en este caso.

Por ultimo señalar que conforme al Reglamento (UE), número 650/2012, la sucesión es única y comprende la totalidad de los bienes muebles e inmuebles del causante (con claridad, inciso primero del art. 23) por lo que estas disposiciones testamentarias «*simpliciter*», que tanto han facilitado las sucesiones de los causantes británicos en España deberán ser erradicadas de la práctica testamentaria notarial posterior al 17 de agosto de 2015.

Resolución de 29-7-2016
(*BOE* 21-9-2016)
Registro de la propiedad de Colmenar Viejo, número 2

URBANISMO: PREVALENCIA DE LAS NORMAS DE PLANEAMIENTO

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, sin que baste con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de resoluciones de esta Dirección General), sino que es preciso justificar la razón por la que el precepto de que se trate es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse (y lo mismo debe entenderse respecto de las citadas resoluciones), ya que solo de ese modo se podrá combatir la calificación dictada para el supuesto de que no se considere adecuada la misma.

Que los planes e instrumentos de ordenación urbana tienen valor normativo, lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en su sentencia de 56/1986, que declaró que «el planeamiento urbanístico forma parte del ordenamiento jurídico al que están sujetos todos los poderes públicos». En igual sentido, se pronuncia esta Dirección General en la resolución antes citada de 19 de mayo de 2010 y, en general, la jurisprudencia del TS. De lo expuesto se desprende que las determinaciones contenidas en un Plan deben prevalecer e imponerse sobre las previsiones de aquellos instrumentos de planeamiento que sean de inferior jerarquía.

En el presente caso queda de este modo suficientemente justificado que la segregación de la finca registral y la posterior cesión gratuita de la finca segregada al Ayuntamiento obedece al cumplimiento de la modificación puntual de las Normas Subsidiarias y por lo tanto, que la licencia administrativa otorgada no contraviene, clara, objetiva, y ostensiblemente, las normas superiores de Planeamiento de Hoyo de Manzanares, en los términos definidos en relación a la congruencia de la resolución con el expediente seguido y su calificación registral, todo ello sin perjuicio de que los afectados por las normas aprobadas por la Administración local, siguiendo el procedimiento legalmente establecido, puedan ser objeto de impugnación ante los juzgados competentes. Es igualmente cierto, como afirma el recurrente, que la particularidad de que la finca resto, al tener una superficie inferior a la mínima, queda fuera de ordenación, no supone que el Ayuntamiento está autorizando una segregación que incumple el Planeamiento Municipal porque la situación de «fuera de ordenación» está expresamente prevista y autorizada en el artículo 64.b) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid. El interesado conoce que la finca resto queda fuera de ordenación y asume las consecuencias que se derivan de ella, tales como la limitación para la realización de obras, según lo dispuesto en el artículo 221 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 29-7-2016
(*BOE* 21-9-2016)
Registro de la propiedad de Castellón de la Plana, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la LH y en la doctrina de nuestro TS, sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, 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). De acuerdo con lo anterior es igualmente doctrina reiterada que una vez practicado un asiento el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 de la LH).

Resolución de 1-8-2016
(*BOE* 23-9-2016)
Registro de la propiedad de Terrassa, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR

Es doctrina constante de este Centro Directivo que la recta interpretación del artículo 100 del RH implica supeditar la inscripción de las resoluciones judiciales firmes a la previa comprobación de que, en el procedimiento en que se dictan, los titulares registrales afectados han tenido la intervención prevista por la Ley y en las condiciones exigidas según el caso, a fin de garantizar que no sufran las consecuencias de una indefensión procesal.

Ciertamente, como ha reiterado este Centro Directivo en numerosas ocasiones, el acreedor ejecutante debe dirigir la demanda también contra el tercer poseedor de conformidad con el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina fijada al respecto por el TC. Lo que ha acontecido es que, con anterioridad a la presentación de la demanda formulada contra «Jopharsa 04, S.L.» en su condición de deudor hipotecante, esta entidad fue absorbida por «Darphrase, S.L.», habiendo inscrito en el Registro de la Propiedad su título de adquisición dos años antes de que se presentara por la acreedora la demanda que ha dado origen al presente procedimiento de ejecución.

La STC de 8 de abril de 2013 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 demanda-

do 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.

Sin embargo han de tenerse en cuenta las circunstancias especiales que concurren en este supuesto. El título de adquisición de la finca por parte de «Drapharse, S.L.» fue el de absorción de la sociedad «Jopharsa, S.L.». Ello supone que, como señala el artículo 23.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, «si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, esta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda». Por otro lado no debe olvidarse que la sociedad absorbente y la absorbida tenían la misma administradora única, doña S. P. P. Si, como se ha señalado en los anteriores fundamentos de Derecho, el fundamento constitucional de la exigencia recogida en los artículos 685 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 20 y 132 de la LH es impedir la indefensión del actual titular registral de la finca, permitiéndole la intervención en el procedimiento de ejecución, no parece razonable negar el acceso al Registro del decreto de adjudicación calificado.

Resolución de 2-8-2016
(*BOE* 23-9-2016)
Registro de la propiedad de Vigo, número 1

DERECHO CIVIL DE GALICIA: NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA Y ANOTACIÓN PREVENTIVA

La cuestión que se debate en este expediente es, si para la práctica de la anotación preventiva del derecho de un legitimario de la Ley de Derecho Civil de Galicia, basta la solicitud directa de este, mediante instancia presentada en el Registro, o por el contrario, se requiere que sea el Juzgado quien se pronuncie sobre su práctica, lo que hace necesaria una providencia judicial.

La vigente Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, adopta el modelo «*pars valoris*» y reproduce el sistema adoptado en Cataluña. Así, el artículo 249 dispone que «el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor». No obstante, en el apartado 3 del mismo artículo, le confiere la posibilidad de pedir anotación preventiva de su derecho sobre bienes de la herencia: «Podrá el legitimario solicitar también anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad sobre los bienes inmuebles de la herencia». En cuanto a la anotación preventiva del derecho hereditario, el artículo 46 de la LH entiende que no pueden solicitar directamente la práctica de la anotación quienes no pudieran promover el juicio de testamentaria, hoy procedimiento de división judicial de la herencia, posibilidad, conforme a este artículo, vedada a los legitimarios gallegos como meros titulares de un derecho de crédito. De manera que para estos legitimarios gallegos por la vía del artículo 46 LH, solo se practicaría la anotación mediante providencia judicial.

Cuando la legítima es concebida como una «*pars valoris*» entonces adquiere una naturaleza distinta, ya que a través de una facultad concedida por la ley o por el legislador se convierte en la obligación de satisfacerla y adopta con ello el tipo de una obligación facultativa. Se convierte así la legítima en un crédito

del legitimario frente al heredero, y de ahí que sea necesario el principio de publicidad para garantizar el posible pago de lo que la ley le reserva. Centrados en este expediente, la legítima gallega es una obligación de valor que puede ser satisfecha en metálico, con arreglo al artículo 249 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. Con la Ley 2/2006, la posición del legitimario ha quedado debilitada respecto de la situación de la Ley de 1995, pasando el legitimario a ser un acreedor, por lo que, en defensa de la reclamación de su legítima, puede exigir la formación de inventario y hacer uso de la anotación preventiva prevista en el artículo 249, para no verse perjudicado en sus derechos con la aparición de un tercero hipotecario. La nueva regulación ha modificado la configuración de la anotación, que en la Ley de 1995 regulaba la anotación preventiva de la demanda en la que se reclamara la legítima o su suplemento, mientras que ahora se habla de «anotación preventiva de su derecho» sobre los bienes inmuebles de la herencia. Esta anotación puede tener encaje en el artículo 42.10 de la LH.

En cuanto a las formas de solicitar la anotación, en primer lugar, lo será por solicitud directa al registrador, formulada en documento público o en simple instancia, en los que se manifiesten o describan los bienes, siempre que estos estén perfectamente identificados y sitos en la circunscripción territorial de aquel. Con esta petición escrita y descriptiva de los bienes, deberán presentarse en el Registro el título sucesorio fundamental, testamento, contrato sucesorio o declaración de herederos *ab intestato,* las certificaciones de defunción del causante y del Registro General de Actos de Última Voluntad, y, en su caso, los documentos complementarios correspondientes, todos ellos acreditativos del derecho del solicitante. En segundo lugar, mediante providencia judicial ordenando la práctica de esta anotación, en el curso del procedimiento correspondiente en el que el legitimario pretenda hacer efectivo su derecho.

Resolución de 2-8-2016
(*BOE* 23-9-2016)
Registro de la propiedad de Álora

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR

Es doctrina constante de este Centro Directivo que la recta interpretación del artículo 100 del RH implica supeditar la inscripción de las resoluciones judiciales firmes a la previa comprobación de que, en el procedimiento en que se dictan, los titulares registrales afectados han tenido la intervención prevista por la Ley y en las condiciones exigidas según el caso, a fin de garantizar que no sufran las consecuencias de una indefensión procesal.

Ciertamente, el acreedor ejecutante debió dirigir la demanda también contra el titular registral como tercer poseedor de conformidad con el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina fijada al respecto por el TC. La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, y concretamente el artículo 685.1, a diferencia del artículo 131 de la LH, no se refiere solo a las personas que han de ser requeridas sino también a aquellos que han de ser demandados. De este modo, se atribuye la legitimación pasiva, en un ámbito que la doctrina ha calificado de litisconsorcio pasivo necesario, del deudor, del hipotecante no deudor y del tercer poseedor si existieren.

La STC de 8 de abril de 2013 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. La notificación que sobre la existencia de dicho procedimiento se le haya podido realizar no puede suplir a la demanda ni al requerimiento de pago.

Resolución de 2-8-2016
(*BOE* 23-9-2016)
Registro de la propiedad de Oviedo, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR NO HIPOTECANTE. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES: LÍMITES

Por lo que se refiere al deudor no hipotecante, o sea al que no es dueño de la finca contra la que se dirige la acción real hipotecaria, el fundamento de la extensión de la calificación registral al requisito de haberse demandado y requerido de pago al deudor, no puede radicar en el principio de tracto sucesivo, puesto que no es titular registral, pero existen importantes conexiones entre la obligación del deudor y la garantía real hipotecaria que podrían explicar que el legislador exija que la acción se dirija también contra el deudor aunque no sea dueño de la finca. Aparte de las incidencias que pueden producirse a lo largo del procedimiento, en cuanto a la posibilidad de que el deudor demandado pague y pueda participar en la subasta elevando las pujas de la misma, existe una razón fundamental para la intervención del deudor y es que dentro del mismo procedimiento de ejecución se prevé que si la enajenación de la finca fuera insuficiente para el pago de la obligación, se permite al acreedor que continúe el procedimiento con el embargo de otros bienes del deudor para la satisfacción de la parte que ha quedado sin pagar. De ahí que, en principio, la falta de demanda contra el deudor y el requerimiento de pago al mismo supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento y podría entenderse que da lugar a la nulidad del procedimiento, a efectos registrales, teniendo en cuenta la rigidez de los trámites del mismo y la necesidad de cumplir los requisitos de requerimiento y notificaciones previstas en la ley.

Sentado lo anterior, en el presente caso, ante la inadmisión de la demanda contra el deudor y de requerimiento de pago al mismo, decisión que no fue recurrida por el ejecutante y sin que conste que el hipotecante no deudor, haya hecho ninguna alegación, se ha continuado el procedimiento. Por lo que no nos encontramos ante una omisión en la formulación de la demanda que podría dar lugar a la nulidad del procedimiento, sino ante una serie de decisiones judiciales sobre la condición de demandado del deudor y por ende sobre los efectos de la omisión puesta de manifiesto, esto es sobre la propia existencia de la nulidad,

que proceden de la valoración e interpretación de la normativa aplicable por el juez competente, en cuya fundamentación no puede entrar el registrador.

Resolución de 2-8-2016
(*BOE* 23-9-2016)
Registro de la propiedad de Cullera

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO

La presente resolución tiene por objeto la inscripción practicada por el registrador en cumplimiento de la resolución de este Centro Directivo de 18 de noviembre de 2015, que fue parcialmente estimatoria. Si los recurrentes entendieron que la resolución no era conforme con sus pretensiones debieron recurrir contra la resolución dictada en la forma y plazo que establece el artículo 328 de la LH el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad y mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título ya inscrito, ni de la procedencia o no de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales. Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (*cfr.*, por todas, las resoluciones 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.

Resolución de 3-8-2016
(*BOE* 23-9-2016)
Registro de la propiedad de Roses, número 1

AUTOCONTRATO: DIFERENCIA CON EL CONFLICTO DE INTERESES. DERECHO EXTRANJERO: PRUEBA

La cuestión que se plantea en el presente expediente es la posible existencia de un conflicto de intereses en el supuesto en que el representante de la sociedad vendedora sea el cónyuge de la adquirente, estando ambos casados bajo el régimen de separación de bienes con nivelación de ganancias, del Derecho alemán.

En este expediente se trata de una compraventa de bienes inmuebles situados en España, realizada entre persona física y jurídica de nacionalidad alemana y por tanto sujeta al Reglamento 593/2008 de 17 de junio, de obligaciones contractuales, (Roma I) que, en defecto de ley escogida por las partes a los contratos relativos a derechos reales sobre bienes inmuebles, aplica la ley del lugar donde estuvieran situados, en consecuencia, la legislación española bajo cuyo prisma debe considerarse el posible conflicto de intereses que pueda concurrir en la prestación del consentimiento en el contrato considerado. Esto, no obstante, existen ciertos aspectos que quedan excluidos de la esta ley, dos de ellos relevantes en este caso,

de un lado la proyección del régimen económico del matrimonio en los efectos del contrato, y de otro las cuestiones de funcionamiento interno de las sociedades.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la RDG 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Por otro lado, al igual que en sede judicial, se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no solo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia.

La determinación de cuál sea el régimen aplicable implica el conocimiento del Derecho extranjero lo que no es obligado para los funcionarios españoles. Esta oposición entre la exigencia legal de publicar en toda su extensión el derecho adquirido y las dificultades para determinar cuál ha de ser el régimen matrimonial legalmente aplicable ha sido cuestión de preocupación ya desde antiguo para nuestra jurisprudencia y para este Centro Directivo. A esta dificultad pretende dar respuesta el artículo 92 del RH. En relación con la compradora, su régimen económico viene regulado en el Libro Cuarto, Sección Primera, Título sexto 1, artículos 1363 y siguientes del «Bügerliches Gesetzbuch» (BGB, Código Civil alemán) disponiendo el número 2 de dicho artículo que el patrimonio del marido y de la mujer no será patrimonio común del matrimonio; ello será de aplicación asimismo en cuanto al patrimonio adquirido por uno de ellos tras la celebración del matrimonio; los bienes del marido y los de la mujer no se convertirán en bienes comunes de los esposos ni durante ni a la disolución del matrimonio. Sin embargo, es posible que la inversión inmobiliaria cuestionada, si bien de manera indirecta y diferida, podría afectar a los derechos propios del representante, y afectar, en consecuencia, en alguna medida a su esfera patrimonial, por sus eventuales consecuencias en el ámbito de la liquidación de los derechos económicos conyugales e incluso en el ámbito sucesorio. Pero concurriendo ambos cónyuges interesados, desde esta perspectiva el conflicto de intereses queda salvado.

En este sentido, en el ámbito societario, debe diferenciarse la situación de autocontrato de la del conflicto de intereses en la actuación del administrador de una compañía, cuestión esta última que cuenta con una específica regulación en el ámbito de las sociedades mercantiles. Hay que partir de la base de que en el supuesto planteado no existe auto-contratación, ya que esta se produce cuando una persona interviene en un mismo contrato en su propio nombre y en el de la otra parte contratante o incluso cuando representa a ambas partes en el negocio jurídico. Entre las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, se incluye el deber de evitar situaciones de conflicto de interés (art. 229 de la Ley de Sociedades de Capital), bajo el régimen de imperatividad y dispensa que establece el artículo 230 de la misma Ley. No solo se contemplan acciones de responsabilidad frente al administrador que incumple su deber de abstención ante un eventual conflicto de interés, sino también acciones (art. 232 Ley de Sociedades de Capital) que pueden comprometer la eficacia del acto otorgado, como las que se dirigen a la cesación de sus efectos, y su impugnación o anulación. Ahora bien, este supuesto de ineficacia previsto en el artículo 232 Ley de Sociedades de Capital por infracción del deber de lealtad, debe compaginarse, a su vez, con el ámbito de representación del órgano de administración. Las consideraciones que preceden son congruentes con lo que sostiene este Centro

Directivo, en lo que se refiere a la actuación del registrador (resoluciones 26 de junio y 8 de julio de 2015), de que no debe perderse de vista que al Registro solo pueden acceder títulos en apariencia válidos y perfectos, debiendo ser rechazados los títulos claudicantes, es decir los títulos que revelan una causa de nulidad o resolución patente susceptible de impugnación (*cfr.* arts. 18, 33, 34 y 38 de la LH y 1259 del Código Civil). Es cierto que esta Dirección General en resolución de 30 de junio de 2014 declaró no inscribible una novación de hipoteca por existir conflicto de intereses, pero esta resolución es de fecha anterior a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que dio nueva redacción a los artículos 229 y concordantes de la Ley. Al propio tiempo, hay que señalar que en el ámbito de la Unión Europea la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, en su artículo 3, siguiendo una concepción claramente germánica, define el ámbito de representación del órgano de administración, por lo que es fácilmente comprensible que el conflicto de intereses debe reconducir, en su caso, a su resolución judicial. Por eso, más allá de los razonamientos que preceden, debe señalarse que cuando la sociedad, a través de su junta válidamente celebrada, ratifica el negocio cuestionado, el acto queda en todo caso purificado o convalidado a todos los efectos.

Resolución de 23-8-2016
(*BOE* 23-9-2016)
Registro de la propiedad de Lepe

DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: CALIFICACIÓN REGISTRAL

La protección registral del dominio público marítimo-terrestre en segundas y posteriores inscripciones viene regulada en el artículo 36 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas, cuya regla 2.a dispone el modo de proceder del registrador: «Si la finca intersecta o colinda con una zona de dominio público marítimo-terrestre conforme a la representación gráfica suministrada por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, el registrador suspenderá la inscripción solicitada y tomará anotación preventiva por noventa días, notificando tal circunstancia al Servicio Periférico de Costas para que, en el plazo de un mes desde la recepción de la petición, certifique si la finca invade el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con las servidumbres de protección y tránsito. Transcurrido dicho plazo sin recibir la referida certificación, el registrador convertirá la anotación de suspensión en inscripción de dominio, lo que notificará al servicio periférico de costas, dejando constancia en el folio de la finca».

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 DGRN (apartado 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. Dicha aplicación deberá permitir relacionar las representaciones gráficas de las fincas con las descripciones contenidas en el folio real, previniendo además la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente.

Llegados a este punto, cabe plantear cuál debe ser el proceder del registrador 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 en fase de pilotaje o una vez homologadas, 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. 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. Como ha declarado esta Dirección General en reiteradas ocasiones, la calificación hipotecaria no se puede apoyar en meras presunciones, suposiciones o conjeturas (resoluciones de 17 de marzo de 1999, 19 de octubre de 2010, 23 de mayo de 2012, 11 de julio de 2013, 4 de junio de 2014 y 17 de marzo de 2016, entre otras), además de que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador (en el presente caso, por invasión del dominio público), no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

Resolución de 1-9-2016
(*BOE* 27-9-2016)
Registro de la propiedad de Burjassot

HERENCIA: DESHEREDACIÓN

La desheredación es una institución mediante la cual el testador, en virtud de un acto o declaración testamentaria expresa, priva voluntariamente de su legítima a un heredero forzoso, en base a una de las causas tasadas establecidas en la ley. Es decir, la desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria de apartar a un legitimario de la sucesión. Pero ha de ser una voluntad no solo explicitada, sino bien determinada. Es preciso que el desheredado sea susceptible de imputación, esto es, que al tiempo del testamento haya nacido y tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación.

Cabe reconocer que con carácter general en el ámbito extrajudicial gozarán de plena eficacia los actos y atribuciones particionales que se ajusten al testamento, aunque conlleven exclusión de los derechos legitimarios, mientras no tenga lugar la impugnación judicial de la disposición testamentaria que priva de la legítima… Sin embargo, esta doctrina no empece para que se niegue *ab initio* eficacia a las desheredaciones que no se funden en una causa de las tipificadas en la ley, o que se refieran a personas inexistentes al tiempo del otorgamiento del testamento, o a personas que, de modo patente e indubitado (por ejemplo un recién nacido)

resulte que no tienen aptitud ni las mínimas condiciones de idoneidad para poder haber realizado o ser responsables de la conducta que se les imputa. También debe poder deducirse del título de la sucesión, o del documento atributivo de la herencia, la aptitud genérica del desheredado para serlo… Por ello… si bien los llamados en testamento (o, en defecto de llamamiento testamentario, por ley) pueden, por si solos, realizar la adjudicación o partición de herencia, sin necesidad del concurso de los desheredados expresamente, es preciso que la autorización de la correspondiente escritura pública de herencia, otorgada sin la concurrencia de los expresamente desheredados, debe contener los datos suficientes para deducir, en los términos expresados, la plena legitimación de los otorgantes. Por ello, debe concluirse que en el caso de este expediente, no podrá prescindirse, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento del que derivan la condición de heredera, por mucho que en él se haya ordenado una desheredación y en consecuencia, produce sus efectos la adjudicación de herencia realizada por esa única heredera tanto en cuanto no se haya producido una resolución judicial en virtud de reclamación de quien se considere injustamente desheredado.

En cuanto a la segunda de las cuestiones debatidas, esto es, 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». En consecuencia, no deben entenderse incluidos en el término «desheredado» del artículo 857 del Código Civil a los ascendientes del testador.

Resolución de 2-9-2016
(*BOE* 27-9-2016)
Registro de la propiedad de Fregenal de la Sierra

SEGREGACIÓN: GEORREFERENCIACIÓN. CÓDIGO REGISTRAL ÚNICO: APLICACIÓN A DIFERENTES SUPUESTOS

El artículo 9 de la LH en su redacción otorgada por la Ley 13/2015 configura tal incorporación con carácter preceptivo siempre que se «inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices». La primera cuestión que cabe plantear es la relativa al ámbito temporal de aplicación de la nueva norma. En este punto cabe recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la segregación o división (*vid.* resoluciones 23 de julio de 2012 y 2 de abril de 2014), son actos jurídicos de carácter estrictamente registral y, por tanto, y precisamente por tal carácter, su inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior.

En los casos en los que tal inscripción de representación gráfica no es meramente potestativa, sino preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b, primer párrafo, la falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento, sin perjuicio de efectuar las notifi-

caciones previstas en el artículo 9, letra b, párrafo séptimo, una vez practicada la inscripción correspondiente. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10% o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (*cfr.* art. 9, letra b, párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados.

Finalmente, en cuanto a los requisitos técnicos que debe reunir la representación gráfica georreferenciada que se aporte, habrá que estar a los detallados en la resolución de Conjunta de esta Dirección General y la Dirección General del Catastro de fecha 26 de noviembre de 2015, a la que remite el artículo 10 de la LH. Toda vez que por resolución de 2 de agosto de 2016 ha sido homologada la aplicación informática para la calificación de las representaciones gráficas prevista en el artículo 9.b) la LH y la disposición adicional primera de la Ley 13/2015, en los documentos presentados a partir de dicha fecha no procederá la utilización de los medios alternativos para la aportación y tratamiento de la representación gráfica que se previeron en la resolución de 12 de febrero de 2016.

Además, conforme al punto quinto de la resolución Circular de 3 de noviembre de 2015, esta homologación supone también la finalización del plazo que se concedía para la implantación definitiva del código registral único de finca previsto en el artículo 9 de la LH. Así, a las nuevas fincas registrales y demás supuestos que conforme a la legislación hipotecaria abran folio real propio (como el presente caso de segregación), solo se les asignará este código registral único. Tratándose de fincas ya existentes a las que se les asigne el código registral único, al objeto de asegurar una debida identificación de la finca registral, deberá hacerse referencia tanto en la nota de despacho del documento, como en la publicidad formal, incluida la que haya de proporcionarse a los notarios con ocasión de la autorización de alguna escritura (*cfr.* art. 354.a) del RH), tanto el código registral único, como el número de finca registral tradicional.

Como ha señalado este Centro Directivo en la resolución de 7 de julio de 2016, debe tenerse en cuenta el supuesto especial que para la constancia registral de la representación gráfica suponen los casos previstos en el artículo 47 del RH, en el que se permite que accedan en diferente momento temporal segregaciones de múltiples porciones, que se han podido formalizar en diversos títulos, así como cuando se pretenda la inscripción de negocios realizados sobre el resto de una finca, existiendo pendiente de acceder al Registro otras operaciones de segregación. En tales casos es claro que únicamente deberá aportarse, para su constancia en el folio real, la representación gráfica correspondiente a la porción que es objeto de inscripción en cada momento (ya sea la segregada o el resto, según los casos), sin que pueda exigirse representación gráfica de otras porciones que no son objeto del título en cuestión ni causan asiento de inscripción (*cfr.* art. 9 de la LH).

Resolución de 2-9-2016
(*BOE* 27-9-2016)
Registro de la propiedad de Almagro

RECONOCIMIENTO DE DEUDA: CAUSA

Como señala la citada STS de 16 de abril de 2008, «el reconocimiento opera como un negocio jurídico de fijación o reproducción de otro anterior (SSTS de 24

de junio de 2004 y 31 de marzo de 2005), especialmente si se expresa la causa de aquel, pero incluso aunque no se exprese (STS de 1 de enero de 2003), y se verifica con la finalidad de fijar la relación obligatoria preexistente, crear una mayor certeza probatoria, vincular al deudor a su cumplimiento y excluir las pretensiones que surjan o puedan surgir de una relación jurídica previa incompatible con los términos en que la obligación queda fijada. En suma, como declara la STS de 17 de noviembre de 2006, en cuanto el reconocimiento contiene la voluntad propia de un negocio jurídico de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, la jurisprudencia le anuda el efecto material de obligar al cumplimiento por razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida, y el efecto procesal de dispensar de la prueba de la relación jurídica obligacional preexistente». Pero entre los efectos derivados del simple reconocimiento no figura el de operar por sí una novación extintiva o una alteración de la naturaleza de la obligación reconocida.

En el presente expediente la expresión de la causa es genérica, al decirse únicamente «… como consecuencia de relaciones mercantiles, reconoce adeudar…». Ante esta manifestación el registrador considera que la causa del reconocimiento de deuda es consecuencia de una entrega de dinero y por tanto exige la acreditación de los medios de pago. Por su parte, tanto el recurrente como el notario autorizante señalan que dicho reconocimiento no procede de una operación financiera, sino de un contrato de ejecución de obra en el que una empresa constructora ha realizado un trabajo que se encuentra pendiente de pago. Pero estas manifestaciones, como señala acertadamente el registrador, no resultan de la escritura, sino del escrito de recurso, por lo que no pueden ser tenidas en cuenta en la presente resolución (*cfr.* art. 326 de la LH). Por tanto, en base a lo expuesto es necesario que las partes interesadas procedan a rectificar la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca aclarando la causa de dicho reconocimiento para que esta sea determinada y lícita. En este sentido será suficiente que se manifieste que dicha deuda trae causa de un contrato de ejecución de obra habiendo realizado la empresa constructora un trabajo que se encuentra pendiente de pago.

En base a todo lo expuesto, en el presente caso, dado que en la escritura no se había expresado adecuadamente la causa del reconocimiento de deuda, lo que se hace por el recurrente en el recurso, lo cual, sin embargo no puede ser tenido en cuenta en su resolución conforme al artículo 326 de la LH, el registrador al emitir su nota de calificación no podía conocer la causa de la deuda, por lo que tampoco podía saber si esta obedecía a un préstamo sujeto a la Ley 2/2009 o no, por lo que este defecto también debe ser confirmado, defecto fácilmente subsanable, puesto que, una vez expresada adecuadamente la causa (las obras de edificación expresados en el recurso) el defecto quedaría igualmente subsanado.

Resolución de 2-9-2016
(*BOE* 27-9-2016)
Registro de la propiedad de Archena

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO PREVENTIVO: CONVERSIÓN EN EJECUTIVO

El embargo preventivo como medida cautelar específica para asegurar las resultas del procedimiento entablado se contempla en la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 727, siempre que se den los presupuestos previstos en el ar-

tículo 728 siguiente. Así mismo, se prevé su acceso al Registro de la propiedad mediante la oportuna anotación en el artículo 738.2 que se remite a la normativa general de embargo, siendo aplicable por tanto lo dispuesto en el artículo 629 y concordantes del mismo texto legal. El embargo preventivo acordado puede confirmarse, convirtiéndose en ejecutivo, modificarse, conforme dispone el artículo 743 del mismo texto legal o alzarse quedando sin efecto.

En opinión de este Centro Directivo, la solución más acorde con nuestra legislación hipotecaria, a la que se remite la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé, en general, la práctica de un nuevo asiento principal, es la de extender una nueva anotación que recoja la conversión del embargo preventivo en ejecutivo. En consecuencia, los efectos de la anotación de conversión, se retrotraen a la fecha de la anotación del embargo preventivo si bien el plazo de caducidad de esta segunda anotación se computará desde su propia fecha, por aplicación del régimen general de las anotaciones preventivas contenido en el artículo 86 de la LH.

En el presente caso el registrador optó por practicar una nota marginal. A la nota practicada, no obstante, deben atribuírsele los efectos de la conversión de la medida cautelar en embargo ejecutivo, del cual la anotación es garantía desde el momento de la extensión de aquella y puesto que no se ha cancelado la anotación, debe accederse a la expedición de la certificación y a la extensión de la preceptiva nota marginal solicitada ya que el plazo de su duración se computaría desde la extensión de la nota marginal.

Resolución de 5-9-2016
(*BOE* 27-9-2016)
Registro de la propiedad de Madrid, número 35

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS DE EJERCICIO

A la vista de los antecedentes reseñados, y muy especialmente de la calificación impugnada, debe tenerse en cuenta que, por imperativo del artículo 326 de la LH, el recurso, y por tanto la resolución que se dicte, ha de 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.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, la reinscripción en favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada, está sujeta a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente forma: Primero: Debe aportarse el título del vendedor (*cfr.* art. 59 del RH); Segundo: La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución; y, Tercero: El documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6.a del RH). Formulada, por tanto, oposición, tal y como ha sucedido en el caso al que se refiere este recurso, la cuestión habrá de suscitarse

ante el órgano jurisdiccional correspondiente, que es competente para dilucidar, con las debidas garantías para todos los afectados y para todos los intereses en juego, si se dan los presupuestos necesarios para llevar a término el ejercicio de la resolución pretendida.

Resolución de 5-9-2016
(*BOE* 27-9-2016)
Registro de la propiedad de Albaida

TÍTULO INSCRIBIBLE: MODIFICACIÓN

Como ha tenido ocasión de manifestar este Centro Directivo (*cfr.* resolución de 28 de noviembre de 2013), como principio general, se pueden alterar los términos de una escritura cuando estos no se ajustan a la realidad, haciendo posible la rectificación o aclaración y el posterior acceso de la misma al Registro, sin que sea necesario un determinado pronunciamiento judicial. No obstante, tal alteración siempre ha de estar supeditada al hecho de que quede suficientemente causalizado el acto correspondiente (arts. 1261 y 1275 del Código Civil y 2 de la LH) y, consiguientemente, la razón de la modificación o rectificación, a fin de evitar que por la vía indirecta y fraudulenta se puedan alterar las reglas generales que regulan la transmisión de los bienes y derechos (y las consecuencias fiscales derivadas de las mismas).

En el presente expediente concurre la circunstancia de que se pretende rectificar una escritura haciendo comparecer a quién en su día no compareció, constituyendo un negocio jurídico *ex novo*, un derecho de superficie. Como señala en sus alegaciones el notario autorizante de la primera escritura, que fue rectificada por otra escritura, ante otro notario cinco años después, la ausencia del pacto de constitución del derecho de superficie al que se refiere el recurrente no se debió en ningún caso a un error del notario, sino a que no se manifestó la voluntad de que la construcción que se declaraba en la escritura llegase a pertenecer de un modo u otro a persona distinta de la propia otorgante.

Resolución de 5-9-2016
(*BOE* 27-9-2016)
Registro de la propiedad de Granada, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TITULAR DE UN DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge o progenitor resulta discutida en la doctrina. Según la sentencia de 14 de enero de 2010 del TS, el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde al cónyuge a quien se atribuye la custodia. Este derecho implica la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualquier acto de disposición de la vivienda. Consecuentemente, esta limitación es oponible a terceros e inscribible en el Registro de la propiedad.

En la sentencia de 6 de marzo de 2015, en un supuesto similar al que es objeto de este expediente, en que la hipoteca se constituyó por su propietario, soltero, sin intervención por tanto de la posterior beneficiaria del derecho de uso, señaló: «Si tal doctrina se aplica al supuesto objeto del recurso la conclusión debe ser la no oponibilidad de ese derecho de uso al adjudicatario del bien a consecuencia de su enajenación forzosa en subasta pública. El argumento de la sentencia recurrida para conceder prevalencia al derecho de uso de la vivienda ostentado por las demandadas, en el sentido de que la esposa no consintió la constitución de hipoteca sobre la vivienda familiar, bien privativo del marido, no se sostiene.

Conforme a lo anterior, como ya apunto, este Centro Directivo en su resolución de 23 de marzo de 2015, si tenemos en cuenta la especial relevancia de la vivienda familiar y la finalidad de protección que justifica la concesión del derecho de uso resultante de un proceso matrimonial, debe entenderse que quien lo ostenta ha de ser demandado en el procedimiento de ejecución hipotecaria y requerido de pago, si dicho derecho de uso era conocido por la entidad acreedora o si constaba inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la presentación de la demanda, de manera análoga a lo que se ha mantenido por esta Dirección General, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia número 79/2013, de 8 abril), en relación con el tercer poseedor de bienes hipotecados (propietario, usufructuario, nudo propietario, titular del dominio directo o útil, *cfr.* resolución de 23 de marzo de 2015).

Resolución de 6-9-2016
(*BOE* 30-9-2016)
Registro de la propiedad de Ourense, número 3

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO

Como ha afirmado en múltiples ocasiones este Centro Directivo, el recurso es el cauce legalmente arbitrado para impugnar las calificaciones de los registradores cuando suspendan o denieguen el asiento solicitado; conforme al artículo 324 de la LH el recurso podrá interponerse contra las calificaciones negativas del registrador y deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con dicha calificación (art. 326 de la LH). Pero cuando, como en este supuesto, dicha calificación ha desembocado en la práctica del asiento, este queda bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 de la LH) y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la propia Ley, lo que conduce a su artículo 40, en el que se regulan los mecanismos para lograr la rectificación del contenido del Registro cuando es inexacto.

Resolución de 6-9-2016
(*BOE* 30-9-2016)
Registro de la propiedad de Ejea de los Caballeros

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTOS TRAS LA LEY 13/2015. OBRA NUEVA: ARTÍCULO 202 DE LA LH. OBRA NUEVA ANTIGUA: LIBRO DEL EDIFICIO

A partir de la entrada en vigor de la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015, cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral

de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: —Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a, y letra b de la LH; —El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la LH, y tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros;— Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices (así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el art. 201.1).

La resolución-circular de 3 de noviembre de 2015 de esta Dirección General, sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, señaló, en su apartado octavo, punto 1, que «cuando, conforme al artículo 202 de la LH, proceda inscribir la relación de coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación, deberá constar inscrita, previa o simultáneamente, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique». El cumplimiento de tal exigencia legal de georreferenciación de las edificaciones, cuando además conste inscrita la delimitación georreferenciada de la finca, permite efectuar el referido análisis geométrico espacial y concluir, sin ningún género de dudas, si la porción ocupada por la edificación, debidamente georreferenciada, está o no totalmente incluida dentro de la porción de suelo correspondiente a la finca. Pero cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara. Para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique, tal y como ya contempló este centro directivo en el apartado octavo de su resolución-circular de 3 de noviembre de 2015 sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio.

Respecto del llamado libro del edificio, su depósito es exigido en las obras nuevas terminadas que se formalizan al amparo del artículo 20.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, pero no a las que se formalizan al amparo de su apartado cuarto en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de res-

tablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, las llamadas obras nuevas antiguas, sin que su exigencia tampoco venga impuesta para la autorización de las escritura, ni para su inscripción, de las declaraciones de obras nuevas de edificios, ni antiguos, ni nuevos, por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, por cuanto el citado artículo 20 de dicha Ley, se refiere única y exclusivamente a las garantías del artículo 19, no al libro del edificio.

Resolución de 6-9-2016
(*BOE* 30-9-2016)
Registro de la propiedad de Arganda del Rey, 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». 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.

Resolución de 8-9-2016
(*BOE* 30-9-2016)
Registro de la propiedad de Castropol

OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO

La doctrina que esta Dirección General ha venido manteniendo sobre la exigencia del libro del edificio se estima su revisión, consecuencia de los cambios introducidos por la reforma de la LH por la Ley 13/2015, de 24 de junio, en el que se modifica el artículo 202 y en su párrafo tercero señala que «salvo

que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el libro del edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca». Partiendo de esta función del citado libro, ajena, en principio, al contenido estricto de la publicidad registral, el legislador de la reforma, aprovechando la propia dinámica de la institución registral, viene ahora a imponer como requisito de inscripción de la edificación, el archivo registral del libro, y facilitando, a su vez, su publicidad. 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. En definitiva, en el caso de este expediente, dados los términos claros e inequívocos del artículo 202 de la LH y del Decreto 41/2007 del Principado de Asturias, 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 (*vgr.* seguro decenal) no está contemplada en ninguna norma, lo cual puede estar justificado, además, en el sentido de que el seguro decenal tiene una duración temporal, mientras que el libro del edificio tiene vocación de permanencia.

Resolución de 8-9-2016
(*BOE* 30-9-2016)
Registro de la propiedad de Alicante, número 4

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: DEMANDA FRENTE A LA HERENCIA YACENTE

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (*cfr.* arts. 20 y 40 de la LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (*cfr.* art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (*cfr.* art. 1 de la LH).

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014 y 5 de marzo de 2015). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Por último, debe destacarse que no modifica lo anterior el hecho de que el título de adquisición por el titular de quien trae derecho la demandante sea el de prescripción extraordinaria.

Resolución de 15-9-2016
(*BOE* 4-10-2016)
Registro de la propiedad de Oliva

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: AMPLIACIÓN

Estando ante un supuesto de ampliación de embargo y, por tanto, de modificación de la anotación inicial y no de una nueva anotación, ninguna dificultad existe en el presente expediente en que se expida la certificación y se haga constar por medio de nota marginal de la primera anotación de embargo, de tal modo que su ejecución determinará la cancelación de las cargas posteriores.

Resolución de 15-9-2016
(*BOE* 4-10-2016)
Registro de la propiedad de Almería, número 3

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN

Este Centro Directivo ha entendido (*cfr.*, resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la LH.

La negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, indudablemente, de imposible acceso al Registro. En el caso de este expediente el documento presentado es un escrito en el que, bajo el argumento de la existencia de determinadas irregularidades, el interesado solicita no que se practique un asiento sino que se impida la futura inscripción de los documentos derivados de un procedimiento de ejecución hipotecaria. Esta Dirección General ha señalado que en aquellos casos en los que el propio presentante manifieste que su objetivo no es la práctica de un asiento en los libros del Registro, o en los que de una forma evidente resulte que el título nunca podría provocar dicho asiento, cabría denegar la presentación. Por lo tanto no cabe sino confirmar el defecto apreciado. A la misma conclusión se llega por aplicación de la reiterada doctrina de este Centro Directivo según la cual en aras de la independencia del registrador a la hora de emitir la calificación, es improcedente que se tomen en cuenta meros escritos que denuncien situaciones anormales de posibles títulos inscribibles, al igual que no pueden tenerse en cuenta hechos o situaciones de las que el registrador pueda tener un conocimiento personal.

Resolución de 12-9-2016
(*BOE* 5-10-2016)
Registro de la propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 1

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS

Los claros términos del párrafo tercero del artículo 1 de la LH no dejan lugar a dudas en cuanto a que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de

los tribunales, lo que constituye una manifestación del principio hipotecario de legitimación registral o de presunción de exactitud; esto supone, que los asientos producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos por la Ley, lo que se exalta en los artículos 38 y 39 de la LH. Por su parte, de lo establecido en el artículo 40.d) de la misma ley se deduce que la rectificación de una inexactitud como la que se pretende en la instancia objeto de la nota de calificación recurrida, solo podrá llevarse a efecto con el consentimiento del titular registral de la finca, o, en su defecto, por medio de la correspondiente resolución judicial dictada en un procedimiento declarativo seguido contra dicho titular.

Resolución de 12-9-2016
(*BOE* 5-10-2016)
Registro de la propiedad de Palma de Mallorca, número 8

CALIFICACIÓN REGISTRAL: PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS SUBSANATORIOS. CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FISCALES: ALCANCE

Resulta necesario recordar la doctrina de este Centro Directivo en relación con la reiteración de calificaciones anteriores y el diferente tratamiento procedimental que les corresponde según que tengan lugar por la aportación, durante la vigencia del inicial asiento de presentación, de la misma documentación ya calificada sin documentación subsanatoria alguna, o bien con documentación complementaria o subsanatoria que, sin embargo, a juicio del registrador, no sea suficiente para levantar el obstáculo registral señalado en la calificación inicial. En relación al segundo supuesto, si el recurrente aporta documentos subsanatarios tiene derecho a impugnar la nueva nota ya que en estos casos la pretensión del recurrente, como sucede aquí, versa no sobre la existencia del defecto cuya subsanación intenta —ya que, al hacerlo, está reconociendo implícitamente que existe—, sino sobre la legalidad y procedencia de la subsanación intentada y rechazada.

No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (resolución de 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al impuesto (apartados 2 a 4 del artículo 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal —como ocurre en la aceptación de una hipoteca unilateral efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social (resolución de 23 de abril de 2007)—, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al RP) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes —en este caso, de la Comunidad Autónoma y los municipales— los que podrán manifestarse al respecto al recibir la comunicación impuesta por ley, sin que corresponda a esta Dirección General el pronunciarse, a no existir razones superiores para ello (por ejemplo, *cfr.* art. 118 de la Constitución) o

tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida. Es decir, no se prejuzga que el documento haya de pagar el impuesto, sino que corresponde decidirlo a la Oficina Liquidadora, que es la que calificará, a efectos de liquidación, lo que proceda, conforme a lo dispuesto en el artículo 254.1 de la LH, que se remite al pago de impuestos, solo «si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir», por lo que tal devengo o no, corresponde apreciarlo a la Oficina Liquidadora, que es la que decidirá si la solicitud de inscripción de exceso de cabida constituye o no un nuevo acto o contrato respecto a la escritura pública de compraventa anteriormente liquidada. Se trata del comienzo a instancia del interesado de un procedimiento de rectificación registral, que no conlleva acto traslativo alguno de derechos, ni negocio jurídico alguno, por lo que debe entenderse que es un claro supuesto de no sujeción ni al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, ni al de Sucesiones y Donaciones.

Resolución de 12-9-2016
(*BOE* 5-10-2016)
Registro de la propiedad de Ibiza, número 2

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: CAMBIO DE USO DE LA EDIFICACIÓN

Este Centro Directivo ha afirmado (*vid.* resoluciones de 5 de agosto y 13 de noviembre de 2013, incluso más recientemente, en la de 13 de mayo de 2016), que el cambio de uso de la edificación es un acto de modificación de la obra nueva inscrita y que dicha situación reconduce a los requisitos para la inscripción de obras nuevas, por lo que es forzoso admitir que es posible practicar la inscripción sin licencia en los supuestos en que la Ley así lo permite y que actualmente vienen contemplados en el artículo 28.4 de la Ley de Suelo y en el artículo 52 del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio.

En conclusión, en la medida que, como ha quedado expuesto, la constatación registral del cambio de uso de un inmueble, es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitorio del objeto del derecho, por tanto, su régimen de acceso registral se basará en cualquiera de las dos vías previstas por el artículo 28 de la Ley estatal de Suelo, con independencia del uso urbanístico previsto en planeamiento y el uso efectivo que de hecho, se dé a la edificación. La aplicación del artículo 28.4, por otra parte, lejos de amparar situaciones contrarias a la legalidad urbanística, constituye un mecanismo que favorece su protección, pues practicada la inscripción, el registrador ha de comunicar a la Administración su práctica, debiendo dejarse constancia en la nota de despacho y en la publicidad registral, en interés de eventuales terceros. Hechas estas consideraciones, procede resolver este expediente limitadamente al defecto objeto de impugnación, en el sentido de estimar las alegaciones del recurrente, en cuanto a la procedencia, en el presente caso, de la vía registral de acceso de edificaciones consolidadas por antigüedad, habida cuenta la acreditación por certificación técnica de una antigüedad superior a ocho años, conforme a la legislación balear, contados desde la terminación de las obras de reforma determinantes de la modificación de la obra inscrita.

Resolución de 13-9-2016
(*BOE* 5-10-2016)
Registro de la propiedad de Madrid, número 16

ELEVACIÓN A PÚBLICO DE CONTRATO OTORGADO POR PERSONA FALLECIDA: ARTÍCULO 20.5 DE LA LH

El artículo 20 de la LH en su apartado quinto dispone que «tampoco será precisa dicha inscripción previa para inscribir los documentos otorgados por los herederos: Primero. Cuando ratifiquen contratos privados realizados por su causante, siempre que consten por escrito y firmados por este» recogiendo este precepto una modalidad de tracto sucesivo, por cuanto requisito esencial para su aplicación es que se acredite por los otorgantes la cualidad de herederos del titular registral y para ello es requisito imprescindible que se aporte el certificado de defunción, el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad y el titulo sucesorio que resulte de este último.

Centrados en el supuesto de este expediente, en la escritura de elevación a público del contrato de compraventa, se expresan cuáles son los títulos por referencia a sus datos de notario autorizante y fechas de autorización, pero no se aporta el título de la sucesión (el testamento), ni se aportan los certificados de defunción ni del Registro General de Actos de Última Voluntad en original o por testimonio (art. 78 del RH). No aportándose estos documentos no queda acreditado que quienes firman la escritura de elevación a público del contrato privado sean los herederos del titular registral, conforme al artículo 20.5 de la LH como anteriormente ha quedado dicho.

Resolución de 13-9-2016
(*BOE* 5-10-2016)
Registro de la propiedad de Cieza, número 1

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la LH y en la doctrina de nuestro TS, sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, en este caso la posible procedencia o no de una cancelación ya practicada, cuestión reservada al conocimiento de los tribunales (art. 66 de la LH).

Resolución de 13-9-2016
(*BOE* 5-10-2016)
Registro de la propiedad de Barcelona, número 11

HIPOTECA: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009, DE 31 DE MARZO

Es objeto de este recurso resolver acerca de la necesidad de la previa inscripción en el registro público de empresas prestamistas en relación al cesionario

de un crédito garantizado con hipoteca, cuando tanto transmitente como adquirente en dicha operación no son entidades de crédito. El uso verificado por la registradora consistente en la consulta al servicio colegial correspondiente, como ha tenido en consideración este Centro Directivo, incentivador de una correcta y completa evaluación del negocio presentado a calificación, ha revelado una cierta habitualidad del adquirente del préstamo en la operación de referencia, y esta circunstancia, apoya de manera suficiente la exigencia impuesta por el registrador, al exigir la previa inscripción en el registro de empresas prestamistas no financieras, aplicando de esta manera la normativa recogida en la Ley de 2009. Si bien el articulado de la Ley de 2009 parece recoger una aplicación solo a operaciones de concesión de préstamos créditos, ello se hace con la intención de proteger al prestatario a la hora de configurar la operación en sí, intentando advertir abusos o imposiciones en el clausulado del contrato, por lo que, en la operación de la posterior cesión del contrato (máxime cuando el mismo se hace a los pocos días de la firma del contrato original) no deben decaer todas esas previsiones de salvaguarda en favor del prestatario, que resultarían igualmente aplicables. La circunstancia de la facilidad que se confirió a la cesión del crédito hipotecario, sin necesidad de autorización, y ni siquiera notificación al deudor cedido, tal y como resulta de los artículos 149 y 150 de la LH apoyan que la protección al consumidor no debe relajarse en ningún caso, sino, antes por contrario, extremarse, y extenderse a todos los supuestos en los que su posición jurídica contractual más débil pueda verse afectada, tal y como ocurre en el caso aquí planteado.

En nada desvirtúa esta conclusión un acta de notoriedad realizada a instancia de la cesionaria doña S. M. B. y como única y exclusiva prueba la declaración de dos testigos, sin que se manifieste siquiera la relación de conocimiento que tienen con el requirente, con domicilio coincidente en el mismo edificio del despacho notarial y siendo uno de ellos, según se dice en la nota de calificación, administrador de la sociedad cedente. No se ha solicitado información de los Registros de la Propiedad, ni del Servicio Colegial de Intercomunicación entre los Registros, ni se ha notificado a los deudores, como terceros posibles afectados por el acta, lo que entra en contradicción con lo dispuesto en el citado artículo 209 del RN. Además, la cesionaria aparece como titular registral de otras garantías hipotecarias que aseguran la efectividad de otros tantos préstamos, todas ellas inscritas en distintos Registros de la Propiedad.

Resolución de 14-9-2016
(*BOE* 5-10-2016)
Registro de la propiedad de Roses, número 1

DOMINO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: MARINAS INTERIORES

Conviene comenzar precisando tres aspectos de la cuestión: 1.º) la naturaleza jurídica de las urbanizaciones marítimo-terrestres, en particular de la marina interior de Santa Margarita: Responde, por tanto, a la definición que de las marinas interiores ofrece el artículo 2 de la Ley de Puertos de Cataluña de 17 de abril de 1998 que las define como un conjunto de obras e instalaciones necesarias para comunicar permanentemente el mar territorial con terrenos interiores de propiedad privada o de la Administración Pública, a través de una red de canales, con la finalidad de permitir la navegación de las embarcaciones deportivas

a pie de parcela, dentro del marco de una urbanización marítimo-terrestre.; 2.º) la delimitación competencial normativa del Estado y de la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre tales marinas interiores, y 3.º) la legislación aplicable: Las competencias del Estado en relación con el dominio público y la protección del mismo, no impide que las Comunidades Autónomas puedan ejercer sus propias competencias en la gestión de las instalaciones portuarias, pues es reiterada la doctrina constitucional que establece que en el caso de competencias concurrentes sobre un mismo espacio físico deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias (SSTS números 32/1983, 77/1984, 227/1987 y 36/1994). El hecho de que la normativa autonómica en materia de puertos incluya como elementos de las marinas interiores la franja de servicio náutico adyacente a los canales (art. 94.c) de la Ley de Puertos de Cataluña), no permite concluir que dicha previsión normativa desplaza la competencia que el Estado ostenta para delimitar el dominio público y las servidumbres sobre los espacios contiguos a este, pues es distribución competencial ha de realizarse de acuerdo con las previsiones del bloque de constitucionalidad tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional. Por otra parte, ese mismo precepto también incluye como uno de los elementos de la marina los canales interiores sin que por ellos se ponga en duda la competencia del Estado para delimitarlos como parte integrante del dominio público marítimo-terrestre. Esta conclusión sobre el reparto competencial permite ya fijar al marco normativo en que se desenvuelve la cuestión debatida en el presente expediente, integrada tanto por normas de carácter estatal, como por normas de carácter autonómico (*vid.* disposiciones citadas en los «Vistos») que habrán de ser interpretadas conjuntamente atendiendo al esquema de distribución competencial indicado, en el que la delimitación del espacio físico que integra el dominio público marítimo-terrestre corresponde al Estado, entendiendo dicha delimitación al tiempo como «*quaestio iuris*» y como «*quaestio facti*».

Los canales de la marina interior de Santa Margarita, y por tanto las fincas y amarres a que se refiere este expediente tenían desde su origen la calificación de dominio público. Asimismo, la Ley 5/1998, de 17 de abril, de Puertos de Cataluña, tras definir en su artículo 2 la marina interior, y partiendo del carácter demanial de los canales y entrantes de parcela que formen parte de la misma, establece que la construcción, gestión y explotación de una marina interior requiere el correspondiente título concesional (art. 96.1), que los propietarios de las parcelas colindantes con la red de canales tienen un derecho preferente a la cesión del uso y disfrute de los puntos de amarre vinculados a tales parcelas (art. 97.2), que los contratos por los que se cede el uso y disfrute de lugares de amarre confieren un derecho de uso preferente, en los términos que establezca el Reglamento general de explotación y policía de los puertos de Cataluña (art. 60.3), y que el concesionario deberá inscribir la concesión en el RP, junto con el Reglamento de explotación y el régimen jurídico de la comunidad de usuarios de la marina interior, con indicación de los elementos en que se divide, incluyendo los puntos de amarre y la superficie de agua abrigada de cada una (art. 100.1).

La cuestión de la protección registral del dominio público marítimo-terrestre en segundas y posteriores inscripciones viene regulada en el artículo 36 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas, cuya regla 2.ª dispone el modo de proceder del Registrador. El eje fundamental sobre el que gira la tutela del dominio público marítimo-terrestre en esta regulación es la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto

de la línea de dominio público marítimo-terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección, que ha de trasladar en soporte electrónico la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar a la Dirección General de los Registros y del Notariado (apartado 2 del artículo 33). Esta previsión ha de ponerse en necesaria correlación con la aplicación informática para el tratamiento de representaciones gráficas georreferenciadas de que han de disponer todos los registradores, como elemento auxiliar de calificación, conforme al artículo 9.b) de la LH en su redacción por la Ley 13/2015, de 24 de junio. Se pretende que el registrador pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas, la situación de las fincas en relación al dominio público y las servidumbres legales. Solo en el caso en el que de tal comprobación resulte invasión o intersección, procedería la solicitud por el registrador de un pronunciamiento al respecto al Servicio Periférico de Costas. En los casos en que todavía no esté disponible el uso de esta aplicación, el registrador no podrá proceder conforme a lo previsto en la citada regla 2.a del artículo 36 del Reglamento General de Costas. Sin embargo, ello no sería exigible en los casos en los que resulte acreditada la determinación del dominio público y la no invasión del mismo según los asientos del Registro, bien por constar inscrito o por nota marginal el deslinde (como ocurre en este expediente) o bien por haberse acreditado la no invasión con ocasión de una transmisión anterior, sin que conste la modificación del deslinde o la rectificación de la descripción de la finca (*cfr.* resolución de 6 de septiembre de 2012).

En definitiva, debiendo ser revisado el deslinde por disposición legal, se precisa acreditar que conforme al nuevo deslinde no existe invasión del dominio público (*cfr.* art. 36 del Reglamento de Costas, según se expone en el punto anterior), circunstancia esta que no puede ya colegirse de la nota marginal que figura en el Registro. Por ello fue correcta la calificación recurrida al señalar la necesidad de que se acredite la aprobación de la modificación del deslinde del que resulte la exclusión o no invasión en el dominio público marítimo-terrestre de los amarres.

Resolución de 14-9-2016
(*BOE* 5-10-2016)
Registro de la propiedad de Mazarrón

DOCUMENTO PÚBLICO OTORGADO FUERA DE ESPAÑA: PODER ANTE *NOTARY PUBLIC* INGLÉS

Conforme al artículo 10.11 del Código Civil español «…a la representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, (se aplicará) la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas». Por lo tanto, tratándose de una representación voluntaria sobre la que no se ha pactado otra cosa —siempre con sometimiento a un test de realidad— y que se va a ejercitar en España, la Ley que regula el poder de representación es la Ley española. En consecuencia, la segunda cuestión expuesta cae por su propio peso por lo que no es necesario analizar la prueba del Derecho extranjero.

La aplicación de los reglamentos en sede de Justicia Civil de la Unión Europea y la Ley 29/2015, de 30 de julio, de la cooperación jurídica internacional en materia civil, permiten la utilización de manera habitual de apoderamientos otorgados ante notario extranjero y por tanto, la circulación en

España de documentos formalizados ante notario extranjero es indiscutible con sometimiento a los parámetros que establece la ley en el caso concreto (*vid.* arts. 11 y 12 y disposición final segunda de la Ley 15/2015, arts. 58 a 61 de la Ley 29/2015, 4 de la LH y 36 del RH). Esta Dirección General ha señalado en numerosas ocasiones cómo nuestro ordenamiento, en aplicación del principio de legalidad establece una rigurosa selección de los títulos inscribibles que han de ser sometidos a la calificación del Registrador, exigiendo que se trate de documentos públicos o auténticos (arts. 3 de la LH y 33 y 34 de su Reglamento). Igualmente tiene establecida una dilatada doctrina relativa a la idoneidad de los documentos otorgados en el extranjero para producir una modificación del contenido del Registro español. El documento extranjero solo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga (*vid.* en el mismo sentido el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el art. 2.c del Reglamento 1.215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 —Bruselas I refundido—). Este juicio de equivalencia debe hacerse en función del ordenamiento extranjero aplicable. La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la resolución de esta Dirección General de 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Por otro lado, al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no solo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia.

Consecuentemente será preciso que en la reseña que el notario español realice del documento público extranjero del que resulten las facultades representativas, además de expresarse todos los requisitos imprescindibles que acrediten su equivalencia al documento público español, deberá expresarse todos aquellos requisitos que sean precisos para que el documento público extranjero pueda ser reconocido como auténtico, especialmente la constancia de la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, de acuerdo con los tratados internacionales. Si tales indicaciones constan en la escritura, la reseña que el notario realice de los datos identificativos del documento auténtico y su juicio de suficiencia de las facultades representativas harán fe, por si solas, de la representación acreditada. En la diligencia emitida por la notaria no se contiene propiamente una declaración de equivalencia del documento notarial inglés respecto del documento público a que se refiere el artículo 1280.5 del Código Civil, en los términos que se han expresado en los anteriores fundamentos de Derecho. En los sistemas notariales anglosajones la equivalencia de los documentos notariales difiere notablemente. El *notary public* no emite juicio de capacidad de los comparecientes y no puede considerarse equivalente; mientras que los *notaries-at-law* o *lawyer notaries,* si pueden considerarse equivalentes. En el presente expediente, el *notary public* inglés se ha limitado únicamente a legitimar la firma, sin que esta legitimación de firma pueda equiparse al documento público previsto en el artículo 1280.5 del Código Civil, antes expuesto.

Resolución de 14-9-2016
(*BOE* 5-10-2016)
Registro de la propiedad de Jumilla

HIPOTECA: TASACIÓN CONDICIONADA DE LA FINCA

En esa actual situación legislativa, las resoluciones se este Centro Directivo señalan que para poder inscribir los pactos de ejecución directa sobre bienes hipotecados o el pacto de venta extrajudicial incluidos en las escrituras de constitución de hipoteca, resulta imprescindible que se acredite al registrador, a través de la certificación oficial pertinente, la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, para que este pueda comprobar que el tipo de subasta no es inferior al 75% del valor de dicha tasación. Su infracción implicaría la nulidad de la estipulación correspondiente, lo que la inhabilita para su acceso al RP y, por tanto, para permitir el ejercicio de la acción hipotecaria por tales vías procedimentales, de conformidad con el artículo 130 de la LH. En los préstamos hipotecarios concedidos por entidades distintas de las expresadas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, la tasación puede ser realizada por una entidad que no necesariamente sea de las homologadas pudiendo ser realizadas por entidades o personas físicas que tengan entre sus funciones profesionales la de tasar.

En cuanto a la validez del certificado de tasación sujeto a condicionamientos, es cierto, como señala la registradora calificante, que el artículo 9 de la O. ECO/805/2003, de 27 de marzo, dispone que «salvo lo previsto en el artículo 14 (no aplicable en este caso), para que el valor de tasación calculado de acuerdo con la presente Orden pueda ser utilizado para alguna de las finalidades señaladas en su artículo 2 (ámbito de aplicación) ha de ser expresado sin sujeción a ningún condicionante». Por su parte, el artículo 11 de la misma Orden señala que el tasador deberá hacer advertencia genéricas a su valoración (en cuyo caso el valor de tasación si podrá ser utilizado a efectos de la finalidades señaladas en el artículo 2.a), cuando «existan discrepancias entre la realidad física del inmueble y sus descripciones registral o catastral que no induzcan a dudar sobre su identificación o características y que no influyan previsiblemente sobre los valores calculados». Y el artículo 13 dispone que cuando se produzca un condicionante «la entidad tasadora deberá elegir entre entregar el informe condicionando expresamente el valor de tasación o denegando la fijación de un valor de tasación», no obstante lo cual, «cuando la tasación se realice a los efectos de la finalidad señalada en el artículo 2.a (garantías hipotecarias), y no se hubiera podido identificar física o registralmente el inmueble, la entidad deberá rehusar de manera razonada la emisión del informe».

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, y con el artículo 27 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, solo es posible titulizar aquellas hipotecas que tengan el rango de primeras y se encuentren constituidas sobre bienes que pertenezcan en pleno dominio (no sujeto a condiciones, prohibiciones de disponer, sustituciones, reservas, cargas, gravámenes o limitaciones de cualquier clase) y en su totalidad al hipotecante; pero ello no impide la utilización y validez de la valoración ECO para cumplir los requisitos de los artículos 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la LH cuando la hipoteca recae sobre bienes o derechos que no cumplan con dichos requisitos. Igualmente, en supuestos como el que es objeto de este expe-

diente, independientemente que el condicionamiento recogido en el certificado, no obstante, la vaguedad de su fundamento, pueda impedir la titulización de la hipoteca constituida, nada obsta a la utilización y validez de la certificación ECO a efectos de los pactos de ejecución directa y/o extrajudicial de la hipoteca.

Resolución de 19-9-2016
(*BOE* 6-10-2016)
Registro de la propiedad de Ciempozuelos

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la LH y en la doctrina de nuestro TS, sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título inscrito ni de su derecho a inscribir o anotar, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales (art. 66 de la LH).

Resolución de 21-9-2016
(*BOE* 14-10-2016)
Registro de la propiedad de Orihuela, número 4

ACCESIÓN: ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS

En los supuestos de edificación levantada totalmente en finca no perteneciente al constructor el artículo 361 del Código Civil atribuye al dueño del terreno un derecho potestativo o de configuración jurídica para decidir mediante un acto de su voluntad si se aplica el principio de accesión, haciendo suya la obra, previa la indemnización ordenada en los artículos 453 y 454 del mismo Código, o si opta por la enajenación del suelo y su adquisición por el constructor, supuesto este último que no se trata de modalidad alguna de accesión invertida mediante una adquisición inmediata de la propiedad del terreno, pues la adquisición dimana de un acto del propietario del suelo, traducido en la compra obligada y consiguiente trasmisión. Como ha reiterado este Centro Directivo, en nuestro Derecho toda transferencia patrimonial debe tener causa, y la misma, a efectos registrales no puede presumirse; pero en la escritura calificada, además de la declaración de obra nueva, se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso, que aunque no esté expresamente nombrado, tiene aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial cuya inscripción se solicita (*vid.*, por todas, la resolución de 26 de mayo de 1999). Por ello, el defecto debe ser revocado.

Como ha señalado este Centro Directivo (*vid.* por todas, las resoluciones 5 de marzo y 5 de agosto de 2013), el acceso al RP de edificaciones (o de sus mejoras o ampliaciones: *vid.* arts. 308 del RH y 45 y 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio) respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla

sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley, entre los que no se encuentra la prueba exhaustiva de la efectiva extinción, por prescripción, de la acción de disciplina urbanística. Por el contrario, el artículo 28, apartado 4, del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, tan solo exige, junto a la aportación de los documentos que acrediten «la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título», de los que resulte además, como aclara el artículo 52, apartado b), del Real Decreto 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. El registrador deberá constatar, por lo que resulte del Registro y del propio título calificado, que la finca no se encuentra incluida en zonas de especial protección, en aquellos casos en que la legislación aplicable imponga un régimen de imprescriptibilidad de la correspondiente acción de restauración de la realidad física alterada, pues en tales casos ninguna dificultad existe para que el registrador aprecie la falta del requisito de la prescripción, dado que su ausencia no queda sujeta a plazo y su régimen resulta directamente de un mandato legal. La resolución de 30 de mayo de 2016 se refiere a la posibilidad de utilizar medios de calificación o de prueba que no consten en el Registro para determinar la inclusión de la finca en cuestión dentro de una determinada zona de especial protección. En el presente caso, no consta en el folio de la finca ni en la documentación aportada (por ejemplo, a través de la anotación preventiva de la correspondiente incoación de expediente sobre disciplina o restauración de la legalidad urbanística o a través de la constancia registral de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente a la finca), el carácter de suelo no urbanizable protegido de la parcela sobre la que se declara la edificación, pero extrapolando los argumentos empleados en la resolución de 27 de febrero de 2014 cabe afirmar que si el registrador tiene dudas —debidamente justificadas— sobre si el suelo sobre el que se asienta la edificación tiene el carácter de suelo protegido, debe suspenderse la inscripción hasta que se acredite por la Administración competente mediante la oportuna resolución si el suelo rústico es común o protegido, y, en este último caso, la fecha de la declaración de protección.

Para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el RP a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la L. 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Además, para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique. Desde el punto

de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la resolución conjunta de 26 de octubre de 2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada resolución. Igualmente será válida la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquella. Desde el punto de vista procedimental, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación tampoco requiere con carácter general que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que el registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar sus dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara, dudas que no han sido alegadas por el registrador en el presente caso.

Resolución de 21-9-2016
(*BOE* 14-10-2016)
Registro de la propiedad de Tavernes de la Valldigna

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: APLICACIÓN PONDERADA DEL ARTÍCULO 671 DE LA LEC

La cuestión objeto de este expediente es determinar si es inscribible un testimonio de decreto de adjudicación y de mandamiento de cancelación de cargas dictados en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que, tras quedar desierta la subasta, se adjudica la casa hipotecada al acreedor por el 60% del valor de tasación de la finca. La finca subastada es la vivienda habitual del deudor.

Sentado pues que puede y debe calificar el registrador si el efectivo importe de adjudicación de la finca en el procedimiento se acomoda al previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede ahora evaluar si en el presente caso, y puesto que la subasta quedó desierta por falta de licitadores y se trata de vivienda habitual, la adjudicación debió realizarse por el 60% del valor de tasación, como sostiene el recurrente, o por la cantidad que se ha liquidado como debida al ejecutante por todos los conceptos, que en el presente caso es inferior al 70% pero superior al 60% del valor de subasta. En concreto, dicha cantidad debida equivale al 68,53% del valor de subasta de la finca. En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código Civil que señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado, cuando, como es el caso del presente expediente, por el hecho de que la deuda sea ligeramente inferior al 70% del valor de subasta, se permita al acreedor adjudicarse la finca por el 60% y seguir existiendo un saldo a su favor, o deuda pendiente a cargo del ejecutado que se ve privado de su vivienda habitual, siendo así que si la deuda fuera del 70% la adjudicación se realizaría

por dicho importe, quedando pagada la deuda, mientras que si el saldo de la deuda fuera algo inferior al 70% del valor por el que hubiera salido a subasta, la adjudicación se produciría por el 60%. Por ello, debe también atenderse al espíritu y finalidad de la L. 1/2013, de 14 de mayo, que fue la de aumentar la protección a los ejecutados en el caso de ejecución de su vivienda habitual, así como a los criterios de interpretación sistemática y contextual, comparando la redacción de los artículos 670 y 671 citados, y concluyendo que la redacción literal del artículo 671 ha de ser interpretada en el mismo sentido que la del artículo 670, es decir, que el ejecutante tiene derecho a pedir la adjudicación del inmueble por el 70% del valor de subasta, o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le debe por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento de su valor de subasta.

En base a todo lo expuesto, y a los concretos efectos que la ley confiere a las resoluciones este Centro Directivo, se estima que la interpretación ponderada y razonable del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para evitar un resultado literal contrario al espíritu y finalidad de la ley, habrá de ser la de que «si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le deba al ejecutante por todos los conceptos, con el límite mínimo del 60 por cien del valor de subasta».

Resolución de 21-9-2016
(*BOE* 14-10-2016)
Registro de la propiedad de Fregenal de la Sierra

SEGREGACIÓN: GEORREFERENCIACIÓN

El artículo 9 de la LH en su redacción otorgada por la Ley 13/2015 configura tal incorporación con carácter preceptivo siempre que se «inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices». Como ya afirmó en la resolución de 2 de septiembre de 2016, tal precepto debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva finca registral, afectando tanto a la finca de resultado como al posible resto resultante de tal modificación.

Es forzoso concluir que todo documento, cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento, en el que se formalice una división o agrupación de finca, incluyendo las subespecies registrales de la segregación y la agregación, y que se presente a inscripción a partir del 1 de noviembre de 2015, habrá de cumplir con la exigencia legal de aportación preceptiva, para su calificación e inscripción, de la representación georreferenciada con coordenadas de los vértices de las fincas a las que afecte.

En los casos en los que tal inscripción de representación gráfica no es meramente potestativa, sino preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados

en el artículo 9, letra b, primer párrafo, la falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento, sin perjuicio de efectuar las notificaciones previstas en el artículo 9, letra b, párrafo séptimo, una vez practicada la inscripción correspondiente. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10% o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (*cfr.* art. 9, letra b, párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados.

A las nuevas fincas registrales y demás supuestos que conforme a la legislación hipotecaria abran folio real propio (como el presente caso de segregación), solo se les asignará este código registral único, cuya composición se define en dicha resolución, y para evitar duplicidades y disfunciones, no se les asignará el número de finca o subfinca particular dentro de cada registro, término municipal y sección que procedía conforme a la normativa reglamentaria anterior a la implantación legal del código registral único, sin perjuicio de que pueda continuar utilizándose la numeración tradicional únicamente a efectos meramente internos o para facilitar el trabajo de la oficina.

Como ha señalado este Centro Directivo en las resoluciones 7 de julio y 2 de septiembre de 2016, debe tenerse en cuenta el supuesto especial que para la constancia registral de la representación gráfica suponen los casos previstos en el artículo 47 del RH, en el que se permite que accedan en diferente momento temporal segregaciones de múltiples porciones, que se han podido formalizar en diversos títulos, así como cuando se pretenda la inscripción de negocios realizados sobre el resto de una finca, existiendo pendiente de acceder al Registro otras operaciones de segregación. En tales casos es claro que únicamente deberá aportarse, para su constancia en el folio real, la representación gráfica correspondiente a la porción que es objeto de inscripción en cada momento (ya sea la segregada o el resto, según los casos), sin que pueda exigirse representación gráfica de otras porciones que no son objeto del título en cuestión ni causan asiento de inscripción (*cfr.* art. 9 de la LH).

Resolución de 22-9-2016
(*BOE* 14-10-2016)
Registro de la propiedad de Llíria

CONCURSO DE ACREEDORES: CRÉDITOS DERIVADOS DE COSTES DE URBANIZACIÓN

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (véanse resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) que debe partirse de la base de la competencia del Juez de lo Mercantil, encargado del concurso, para conocer de todas las incidencias de la ejecución de los bienes en caso de concurso del deudor. Por lo que a sus deudas se refiere este principio viene plasmado en el artículo 24 de la propia Ley al establecer lo siguiente en relación a la publicidad del concurso en el RP: «Practicada la anotación preventiva o la inscripción, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez de este, salvo lo establecido en el artículo 55.1». Según este último artículo, «declarado el concurso,

no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».

Se plantea en este expediente si pudiéramos estar ante una ejecución de una garantía real excepcionada de la suspensión legalmente establecida. El artículo 19 del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio, dispone que «quedarán afectos al cumplimiento de la obligación de urbanizar, y de los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística, todos los titulares del dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto…». En relación con la clasificación que en el concurso han de tener los créditos derivados de los gastos de urbanización debe tenerse en cuenta la reciente doctrina del TS, sentada en sentencia número 379/2014, de 15 de julio, según la cual «… las obligaciones derivadas de los planes de ordenación urbanística, concretamente las derivadas de la urbanización de la unidad de actuación, son obligaciones de carácter real, que dan una preferencia de cobro sobre el bien afectado, por encima de cualquier otro derecho inscrito con anterioridad, por lo que cabe hablar, de conformidad con el artículo 90.1.1.o LC, de una hipoteca legal tácita, cuya constancia en el RP, sea mediante una inscripción de los planes de equidistribución, sea mediante anotaciones marginales (actos a los que nos hemos referido), aunque no haya sido inscrita como tal hipoteca, da derecho a exigir a que se convierta de forma expresa con tal carácter (art. 158.2 LH). Sin embargo, ello no impide que ostente la condición de hipoteca legal tácita a efectos del reconocimiento del privilegio especial, pues en el apartado 2 del artículo 90 LC, se establece que, para que puedan ser clasificada con tal carácter, «la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores». Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias de 396/2014, de 21 de julio, y número 438/2015, de 23 de julio.

La determinación de si los créditos son comunes o si son de urbanización, con la calificación de créditos con privilegio especial o, en su caso, de créditos contra la masa, así como las consecuencias que puedan derivarse de la cancelación por caducidad de la afección registral por gastos de urbanización (*cfr.* arts. 19 y 20 del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio) compete al Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso, como ha quedado anteriormente expuesto. Consecuentemente con ello, y no habiéndose constituido con anterioridad al concurso una específica hipoteca en garantía de los gastos de urbanización, tal y como contemplan los artículos 150 y 153 de la L. 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, la ejecución de esta garantía debe desarrollarse bajo la competencia del Juez del concurso, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia. Si se hubiera constituido hipoteca, su ejecución se verificará atendiendo a las reglas generales de si resultan o no necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial (*cfr.* art. 56 de la Ley Concursal) y la fase del concurso en que se encuentre.

Resolución de 22-9-2016
(*BOE* 14-10-2016)
Registro de la propiedad de Conil

HIPOTECA FLOTANTE: PLAZO E INTERESES

Para resolver la cuestión de la no coincidencia del plazo de la hipoteca con el plazo del préstamo garantizado, debe tenerse en cuenta que el artículo 153 bis de la LH eleva el plazo de duración de la hipoteca flotante, cualquiera que fuere el número, clase o naturaleza de las obligaciones garantizadas ya que no distingue a este respecto, al carácter de requisito estructural o de constitución de la misma, de tal manera que sin el mismo no se podrá inscribir la hipoteca. Este plazo de duración de la hipoteca flotante no tiene que coincidir con el plazo de vencimiento de ninguna de las obligaciones garantizadas, porque en la hipoteca flotante no existe la accesoriedad propia del resto de las hipotecas que garantizan una única obligación, siendo esta la razón por la que la Ley ha establecido la necesidad de dicho pacto, ya que la duración de las distintas obligaciones garantizadas pueden no coincidir entre sí, e incluso ser desconocida en el momento de constitución de la hipoteca flotante. Su duración no vendrá determinada, por accesoriedad, por el plazo de la obligación única garantizada, a partir del cual empezaría a operar la prescripción de la acción ejecutiva hipotecaria o la caducidad del derecho real de hipoteca —artículos 82.5.º y 128 de la LH—, no pudiéndose cancelar la hipoteca hasta el transcurso de esos segundos plazos. Según opinión doctrinal mayoritaria, el plazo de duración propio de la hipoteca flotante opera como un plazo de caducidad del asiento registral correspondiente, el cual se cancelará automáticamente llegado su vencimiento en aplicación del artículo 353.3 del RH.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (resoluciones 12 de julio de 1996, 9 de octubre de 1997 y 3 de diciembre de 1998) que la garantía hipotecaria de los intereses remuneratorios cuando son variables, pertenece al grupo de la hipoteca de seguridad, lo que exige la fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dicho interés, tope que, en cuanto especificación delimitadora del contenido del derecho real, opera a todos los efectos legales, favorables o adversos, y tanto en las relaciones entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecante como en las que se producen entre aquel y el tercer poseedor, o los titulares de derechos reales o cargas posteriores sobre la finca gravada, adquiridos a título oneroso o gratuito. Esta exigencia no puede, pues, entenderse satisfecha con la fijación de un máximo de responsabilidad que claramente se concreta a las relaciones con terceros, dejando indeterminada la extensión de la cobertura hipotecaria a los intereses remuneratorios entre acreedor y deudor hipotecante, o quien se subrogue en la doble posición jurídica de deudor y propietario del bien gravado. El máximo de cinco años a que se refiere el párrafo segundo del artículo 114 de la LH no está dirigido a operar en el plano de la definición del derecho real de hipoteca a todos los efectos, sino en el de la fijación del número de anualidades por intereses que pueden ser reclamados con cargo al bien hipotecado en perjuicio de terceros (resolución de 3 de diciembre de 1998). Por ello la doctrina recogida en las referidas resoluciones 8 y 9 de febrero de 2001, y demás en ellas citadas, no debe ser confundida con la que establece que los límites que por anualidades señala el reiterado artículo 114 de la LH solo operan cuando exista perjuicio de terceros, al punto de poderse compatibilizar en el sentido de que cuando no se dé aquel perjuicio. Dentro de ese máximo la Ley

posibilita la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse, bien fijando un número de años distinto, dentro del máximo de cinco, que en conjunción con el tipo de interés previamente establecido determinará ese máximo de responsabilidad por intereses, ajustado a las exigencias del principio de especialidad (art. 12 de la LH), bien fijando, simplemente, una cantidad máxima, que no habrá de exceder del resultado de aplicar el tipo máximo de interés establecido a un período de cinco años (art. 220 del RH). La expresión «a efectos hipotecarios» no puede ser entendida sino en el sentido de fijar la extensión de la cobertura hipotecaria de tales intereses.

Esta exigencia de determinación que se antoja más necesaria si cabe en este supuesto de hipoteca global del artículo 153 bis de la LH, por cuanto la garantía de una pluralidad de obligaciones independientes (sin refundición de su principal e intereses en las partidas de una cuenta corriente novatoria), con intereses remuneratorios iniciales diversos, con intereses moratorios no siempre coincidentes y con la ausencia de la fijación de unos intereses máximos comunes a efectos obligaciones; impide la utilización alternativa para llevar a cabo tal comprobación del criterio del interés inicial, si es que este fuere admisible, o del parámetro del interés máximo a efectos obligacionales.

Resolución de 23-9-2016
(*BOE* 14-10-2016)
Registro de la propiedad de Guadix

CAUSA: REQUISITO ESENCIAL DEL NEGOCIO

Como en tantas ocasiones ha tenido la oportunidad de pronunciarse tanto jurisprudencia y doctrina, incluida la línea de este Centro Directivo, es principalmente el artículo 1261 del Código Civil el que, con carácter general y previo, configura los componentes esenciales que un contrato o negocio jurídico ha de reunir para su validez y, en su caso, eficacia. El tenor literal del precepto señala que: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca». En relación al consentimiento, es efectivamente emitido por una de las partes, siendo el de la otra suplido por la intervención de la primera de ellas, al deber entenderse como efectivamente prestado, tal y como se tiene señalado por parte del organismo judicial, en cumplimiento del artículo 708 de La Ley de Enjuiciamiento Civil, que así lo permite. En lo que al objeto del negocio se refiere, el mismo queda perfectamente delimitado en la escritura objeto de presentación: un bien concreto y determinado; en virtud de un precio igualmente expresado con claridad, sin infracción de lo preceptuado en las reglas previstas en los artículos 1271 y siguientes de nuestro Código Civil. En relación a la forma, la inclusión del negocio en escritura pública facilita el cumplimiento de los artículos 1280 del Código Civil, así como el artículo 3 de la LH.

El obstáculo que impide la inscripción, a tenor de la nota de calificación, y que supone el vértice del recurso, es la falta de causa debidamente acreditada a lo largo del procedimiento judicial que desemboca en la escritura. Es en la escritura otorgada por la demandante —y dándose por emitida la voluntad del demandado, dentro de los términos y límites apreciados en el proceso judicial antes relacionado— donde por primera vez emerge la causa que podría justificar la atribución del bien a su favor, al considerar en el expositivo sexto del título

notarial que «por lo tanto, aunque la adjudicación de dicho inmueble no formara parte estrictamente de la sociedad de gananciales, estaba indisolublemente vinculada a ella, en cuanto constituyó la contraprestación a favor de doña C. por las adjudicaciones hechas a su esposo en dicha liquidación». El mandato judicial, por ello, habilita a la parte compareciente en la escritura para elaborar los elementos necesarios del contrato (objeto y causa), emitido su consentimiento propio, y dándose por formulado el de la otra parte.

Resolución de 23-9-2016
(*BOE* 14-10-2016)
Registro de la propiedad de Torrelavega, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: DEMANDA CONTRA LA HERENCIA YACENTE

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (*cfr.* arts. 20 y 40 de la LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (*cfr.* art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (*cfr.* art. 1 de la LH). Este principio deriva a su vez de la legitimación registral.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Resolución de 27-9-2016
(*BOE* 14-10-2016)
Registro de la propiedad de Estepa

MENCIONES: CANCELACIÓN

Al practicarse la inscripción en el año 1931 se encontraba vigente el artículo 8 de la LH en la redacción dada por Ley de 16 de diciembre de 1909 que seguía el sistema de finca única para las distintas porciones señaladas, habitaciones (en expresión literal del precepto) o pisos a diferentes dueños. De esta manera debe concluirse que el asiento se encuentra redactado conforme a la legislación vigente en dicho momento, sin encontrarse depurado el sistema de pluralidad de

folios registrales, primero con carácter voluntario, Ley de 1939, y posteriormente obligatorio desde la reforma operada por la mencionada Ley de 1960. Consecuentemente la inscripción practicada en el año 1931 obedece a la legislación entonces vigente y no puede calificarse de mención.

Resolución de 28-9-2016
(*BOE* 14-10-2016)
Registro de la propiedad de Montblanc

SOCIEDAD CIVIL: NATURALEZA. DERECHO DE SUPERFICIE: CONSTITUCIÓN

Es doctrina reiterada de esta Dirección General que todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto sea la realización de actividades empresariales, tiene naturaleza mercantil, como resulta de los artículos 2, 116, 117 y 124 del Código de Comercio y del mismo artículo 1670 del Código Civil y, por tanto, la sociedad quedará sujeta, en primer lugar, a las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, de acuerdo con sus artículos 2 y 50 y con lo establecido en los artículos 35 y 36 del Código Civil, sin que para eludir la aplicación de las reglas mercantiles de las sociedades sea suficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico, como ocurre con las que regulan el régimen de los órganos sociales, la responsabilidad de la sociedad, de los socios y de los encargados de la gestión social, la prescripción de las acciones o el estatuto del comerciante (contabilidad mercantil, calificación de las actividades empresariales, etc.). Y por ello, este Centro Directivo ha rechazado que acceda a los libros del Registro la titularidad de una sociedad denominada civil pero cuyo objeto sea el desarrollo de una actividad indubitadamente mercantil y cuyo contrato de constitución no cumpla mínimamente con las normas imperativas que rigen las sociedades mercantiles. Por otra parte, aun cuando se tratara de sociedad civil por su objeto, su personalidad y la correspondiente representación deben acreditarse en debida forma a la hora de solicitar la inscripción de dicha adquisición, habida cuenta de lo establecido en los artículos 1667, 1668 y 1280, números 1.º y 5.º, del Código Civil, de los que resultaría, que al tratarse de una sociedad que adquiere un bien inmueble y al actuar en nombre de aquella los socios y administradores solidarios nombrados mediante el documento privado de constitución de la misma, la inobservancia del requisito de la escritura pública debería conducir a la conclusión de que tales extremos (personalidad y poder de representación) no han sido acreditados por el documento privado no elevado a instrumento público (*vid.* la resolución de 14 de febrero de 2001).

La STS de 10 de diciembre de 2013 se pronuncia en los siguientes términos: «La jurisprudencia flexibilizó las exigencias de este precepto. La sentencia de esta Sala núm. 1.110/2002, de 26 de noviembre, profundizando en la línea antiformalista marcada por las sentencias de 1 de febrero de 1979 y 15 de junio de 1984 para la constitución del derecho de superficie entre particulares, destacó que la Ley del Suelo previera la posibilidad de que los particulares constituyan derechos de superficie, y consideró que debía concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, a la actuación que los mismos desarrollan y a las finalidades que por ellos se persiguen. Con base en esta regulación, consideró que junto a la modalidad «urbanística» del derecho

de superficie, que constituía uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, y que debía someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo, podía distinguirse otra modalidad, la «urbana común o clásica», que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer sobre suelos de esta naturaleza, no tenía por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil. Por ello, consideraba la Sala en esa sentencia que los preceptos imperativos de la Ley del Suelo, al constituir una importante excepción de principio espiritualista de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad privada, solamente podían encontrar justificación en aquellas ocasiones o para aquellos supuestos en que se hallaran en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración decide utilizar el derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, pero que carecían del menor fundamento para ser impuestos en las relaciones contractuales de particulares que no tienden a conseguir finalidades sociales, sino auténticamente privadas. De ahí que se afirmara que el TS no había exigido, para la creación entre particulares de un derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo, precisamente en atención al principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1278 del Código Civil». En el presente caso falta la escritura pública de constitución del derecho de superficie o, si se admitiera la interpretación jurisprudencial más flexible antes citada, ese otro documento justificativo acreditativo de su «categórica constitución», en la fecha pretendida —el 20 de diciembre de 2000—, algo que no puede estar constituido por el mero documento privado presentado en la oficina liquidadora.

Resolución de 28-9-2016
(*BOE* 14-10-2016)
Registro de la propiedad de Ejea de los Caballeros

OBRA NUEVA: GEORREFERENCIACIÓN

Aun cuando el registrador pueda incurrir en causa de responsabilidad disciplinaria, si calificado un título y subsanado el defecto, detectase otro que no haya hecho constar en la primera calificación, debe efectuar una segunda comprensiva del mismo, pues los fuertes efectos que el sistema registral atribuye a las inscripciones con la finalidad de preservar la seguridad del tráfico y del crédito inmobiliario, hacen que deba extremar el control de legalidad sobre los títulos presentados.

Para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el RP a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la L. 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Además, para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación

geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique. Desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la resolución conjunta de 26 de octubre de 2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada Resolución. Igualmente será válida la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquella. Desde el punto de vista procedimental, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación tampoco requiere con carácter general que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que el registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar sus dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara, dudas que no han sido alegadas por el registrador en el presente caso.

Por tanto, con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que el registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara.

Resolución de 29-9-2016
(*BOE* 14-10-2016)
Registro de la propiedad de Vilanova i la Geltrú, número 1

CALIFICACIÓN REGISTRAL: NO PUEDEN TENERSE EN CUENTA DATOS PROCEDENTES DE LA OFICINA LIQUIDADORA. VECINDAD CIVIL: ACREDITACIÓN. DERECHO CIVIL DE GALICIA: PACTO DE MEJORA

Respecto de los medios que pueden utilizarse para llevar a cabo la calificación tiene este Centro Directivo declarado en numerosas resoluciones que el registrador en el ejercicio de su función calificadora puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, no solo para el mayor acierto en la calificación sino también para liberar a los interesados de la presentación de documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral o cuando sea especialmente útil para el ejercicio adecuado de la calificación registral. Esto último en modo alguno es predicable respecto de la que la registradora manifiesta genéricamente haber realizado de datos obrantes en la Oficina Liquidadora a su cargo, a la que obviamente no puede acceder fácil ni directamente ningún otro registrador (ni siquiera el que conforme al cuadro de sustituciones tuviera que emitir calificación sustitutoria si es esta solicitada), pues sus datos, como todos los fiscales, son reservados y utilizables únicamente en expedientes administrativos de comprobación, gestión e inspección tributaria, toda vez que tener eventualmente a su cargo una oficina liquidadora implica ejercer unas funciones absolutamente separadas de la propia registral y que en modo alguno pueden interferir en esta.

En relación con la vecindad civil, y la correspondiente sujeción al Derecho civil común o al especial o foral, este Centro Directivo ha tenido la oportunidad de poner de relieve las dificultades para su prueba, ya que, en términos generales, no hay datos suficientes para estimar positivamente o verificar con la inscripción del Registro Civil las circunstancias que, por cambio de residencia o domicilio, produzcan la modificación de la vecindad civil. Precisamente por la trascendencia que la vecindad civil tiene en la capacidad de la persona, el artículo 156.4.º el RN establece que en la comparecencia de la escritura «se expresará la vecindad civil de las partes cuando lo pidan los otorgantes o cuando afecte a la validez o eficacia del acto o contrato que se formaliza…», si bien, dadas las dificultades para su prueba antes referidas, el artículo 160 del mismo Reglamento dispone que la circunstancia de la vecindad se expresará por lo que conste al notario o resulte de las declaraciones de los otorgantes y de sus documentos de identidad. No obstante, es necesario que el notario, en cumplimiento de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza, a la hora de redactar el instrumento público en tales supuestos haga las indagaciones oportunas sobre tal extremo, desplegando la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es la vecindad civil de los otorgantes.

Como ha expresado este Centro Directivo en resolución de 1 de octubre de 2009, «conforme al artículo 18 de la LH, los registradores calificarán la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras presentadas a inscripción por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. Pero ello no significa que ejerzan una función de carácter judicial y de plena cognición, respecto de la cual el título presentado sea un mero medio de prueba más. En el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título, cuando concurran los requisitos legales para ello, con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de este. En el concreto caso de los negocios que, por el conjunto de las circunstancias concurrentes, sean susceptibles de ser considerados como celebrados en fraude de ley, civilmente es indudable que incurrirán en nulidad por contravención de la norma defraudada (cuando esta tenga carácter imperativo y no prevea una sanción distinta), norma que deber prevalecer frente a la de cobertura (*cfr.* art. 6.4 del Código Civil). Pero al igual que sucede en el caso de los negocios simulados, u otros de los denominados por la doctrina oblicuos o indirectos que están ligados a una intencionalidad concreta (*v.gr.* «*consilium fraudis*»), pueden escapar del control de la calificación registral, como escapan los casos de dolo o intimidación en la formación de la voluntad, o los supuestos de rescisión por lesión u otros, pues la determinación de la concurrencia de estos factores exige la práctica de pruebas de todo tipo, no solo documentales, que han de ser residenciadas en sede judicial».

Con fundamento en el artículo 214, el pacto de mejora se define como aquel pacto sucesorio que constituye un sistema específico de delación de la herencia (art. 181.2) en virtud del cual un ascendiente o, en su caso, los ascendientes, convienen la atribución de bienes concretos y determinados en favor de un hijo o descendiente. De esta definición resulta que el mejorado debe ser tratado como un auténtico legatario en la medida en que la distinción entre heredero y legatario no es predicable únicamente de la sucesión testada sino que también tiene plena aplicación en el ámbito de la sucesión general con independencia de la forma en que se haya deferido la herencia (art. 181) y, por tanto, en sede de sucesión contractual. La solución que debe darse al presente recurso la solución que debe darse al presente recurso ha de discurrir necesariamente por senderos distintos

de los que se derivarían de la aplicación del artículo 10.1 del Código Civil, toda vez que la posición que se mantiene en la nota de calificación llevaría a algo que resultaría claramente contrario al principio de unidad de la sucesión que proclama el artículo 9.8 de nuestro Código Civil.

Resolución de 29-9-2016
(*BOE* 14-10-2016)
Registro de la propiedad de Málaga, número 8

SOCIEDADES MERCANTILES: ADMINISTRADOR NO INSCRITO EN EL RM

Como cuestión procedimental previa, reiteradamente advertida por este Centro Directivo, cabe recordar que, cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible según los principios básicos de todo procedimiento y la normativa vigente que, al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también la íntegra motivación de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación.

Cuando se trate de personas jurídicas, y en particular, como sucede en este caso, de sociedades, la actuación del titular registral debe realizarse a través de los órganos legítimamente designados de acuerdo con la Ley y normas estatutarias de la entidad de que se trate, o de los apoderamientos o delegaciones conferidos por ellos conforme a dichas normas. Extremos y requisitos estos que en caso de que dichos nombramientos sean de obligatoria inscripción en el RM y los mismos se hayan inscrito corresponderá apreciar al registrador mercantil competente, por lo que la constancia en la reseña identificativa del documento del que nace la representación de los datos de inscripción en el RM dispensará de cualquier otra prueba al respecto para acreditar la legalidad y válida existencia de dicha representación dada la presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales. Cuando no conste dicha inscripción en el RM, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquella y su congruencia con la presunción de validez y exactitud registral establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del RM (*vid.* resoluciones de 17 de diciembre de 1997 y, 3 y 23 de febrero de 2001). El hecho de que el nombramiento del administrador de la sociedad surta efectos desde su aceptación sin necesidad de su inscripción en el RM, a pesar de ser esta obligatoria, no excusa de la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales exigibles en cada caso para apreciar la válida designación del mismo.

Resolución de 3-10-2016
(*BOE* 18-10-2016)
Registro de la propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 2

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTOS TRAS LA LEY 13/2015

A partir de la entrada en vigor de la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015, cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral

de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: —Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a, y letra b de la LH; —El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10 % de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la LH, y tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros; —Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices (así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el art. 201.1).

Como señaló este Centro Directivo en la resolución de 22 de abril de 2016, según el artículo 199, la certificación gráfica aportada, junto con el acto o negocio cuya inscripción se solicite, o como operación específica, debe ser objeto de calificación registral conforme a lo dispuesto en el artículo 9, lo que supone acudir a la correspondiente aplicación informática auxiliar prevista en dicho precepto, o las ya existentes anteriormente (*cfr.* punto Cuarto de la resolución-circular de 3 de noviembre de 2015). Las dudas que en tales casos puede albergar el registrador han de referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria, sin que exista limitación de utilización de estos procedimientos por razón de la diferencia respecto a la cabida inscrita. Por todo lo expuesto, es correcta la actuación del registrador en cuanto a que no es posible inscribir las rectificaciones descriptivas sin la previa tramitación del procedimiento correspondiente en el que se salvaguarden los derechos de los titulares de fincas colindantes. No obstante, y pese a la suspensión de inscripción de la descripción de las fincas registrales, ello no es óbice para proceder a la práctica de inscripción de la compraventa con precio aplazado.

Resolución de 3-10-2016
(*BOE* 18-10-2016)
Registro de la propiedad de Vitoria, número 5

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTOS TRAS LA LEY 13/2015.

A partir de la entrada en vigor de la reforma de la LH operada por la L. 13/2015, cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: —Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a, y letra b de la LH; —El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este

concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la LH, y tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros; —Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices (así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1).

Es indiscutible que para proceder a cualquier rectificación de la descripción es preciso que no existan dudas sobre la realidad de la modificación solicitada, fundadas en la previa comprobación, con exactitud, de la cabida inscrita, en la reiteración de rectificaciones sobre la misma o en el hecho de proceder la finca de actos de modificación de entidades hipotecarias, como la segregación, la división o la agregación, en los que se haya determinado con exactitud su superficie (*cfr.* último párrafo del art. 201.3 de la LH). Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del Registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

Resolución de 3-10-2016
(*BOE* 18-10-2016)
Registro de la propiedad de Sigüenza

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: COINCIDENCIA CON LA BASE GRÁFICA CATASTRAL. OBRA NUEVA: GEORREFERENCIACIÓN

Entrando a valorar el primero de los defectos alegados por la registradora, considera esta que la certificación catastral aportada en el título inmatriculador no resulta coincidente con la descripción de la finca tal y como resulta en el propio documento notarial. Ha de señalarse que la actuación de la registradora al solicitar y obtener por sí misma nueva certificación catastral actualizada es plenamente correcta. La incorporación al título de una representación gráfica catastral errónea constituye defecto impeditivo de la inmatriculación. En el concreto procedimiento de concordancia regulado en el artículo 205 —al igual que en el regulado en el artículo 203—, no existe expresa previsión legal de admisión de representaciones gráficas alternativas a la catastral, a diferencia de lo que ocurre en otros muchos preceptos del Título VI. Según resulta del expediente, la presentación del documento se produjo bajo la vigencia de la ley una vez objeto de reforma, por lo que la titulación debe ser calificada a tenor del nuevo articulado.

En cuanto al defecto de relativo a la aportación de las coordenadas de la edificación, como es doctrina reiterada de este Centro Directivo, deben cumplirse los requisitos para la declaración de obra nueva en todo supuesto de acceso de edificaciones al Registro, incluyendo, por tanto la inmatriculación de las mismas. Para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la L. 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Además, para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la

porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique. Desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la resolución conjunta de 26 de octubre de 2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada resolución. Igualmente será válida la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquella. Desde el punto de vista procedimental, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación tampoco requiere con carácter general que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que el registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar sus dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara, dudas que no han sido alegadas por el registrador en el presente caso. Por tanto, con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que el registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara.

Resolución de 4-10-2016
(*BOE* 18-10-2016)
Registro de la propiedad de Durango

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: DEMANDA CONTRA LA HERENCIA YACENTE

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (*cfr.* arts. 20 y 40 de la LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (*cfr.* art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (*cfr.* art. 1 de la LH). Este principio deriva a su vez de la legitimación registral.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de

los interesados en dicha herencia yacente (resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el Juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Resolución de 4-10-2016
(*BOE* 18-10-2016)
Registro de la propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 1

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: DEMANDA CONTRA LA HERENCIA YACENTE

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (*cfr.* arts. 20 y 40 de la LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (*cfr.* art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (*cfr.* art. 1 de la LH). Este principio deriva a su vez de la legitimación registral.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (resoluciones 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Resolución de 5-10-2016
(*BOE* 21-10-2016)
Registro de la propiedad de Vitoria, número 3

PROPIEDAD HORIZONTAL: DESVINCULACIÓN DE ANEJO

Es perfectamente válida la cláusula estatutaria que dispensa de la regla de la unanimidad prevista en el artículo 17 de la Ley para llevar a cabo las operaciones previstas en el artículo 8 de la Ley siempre que no se altere la cuota del resto de titulares. En definitiva se trata de afirmar la prevalencia del principio

de autonomía de la voluntad consagrada en el ámbito de la propiedad horizontal por el último inciso del artículo 396 del Código Civil en aquellos supuestos, como el presente, en que no exista razón de orden público para afirmar el carácter imperativo de una norma (*vide* resoluciones de 26 de febrero de 1988 y 19 de junio de 2012). Previamente, la STS de fecha 17 de noviembre de 2011 había fijado como doctrina jurisprudencial «la validez de las segregaciones o divisiones autorizadas por los estatutos de la comunidad de propietarios, sin necesidad de posterior acuerdo adoptado en junta de propietarios, siempre que las mismas se realicen según la previsión contenida en aquellos y no comporten alteración de las cuotas de participación».

El objeto del recurso es dilucidar si la expresión «sin perjuicio de la obligación de comunicarlo al Presidente de ambas o de las Subcomunidades afectadas», que se comprende en el citado artículo, supone una obligación cuyo cumplimiento deba acreditarse para proceder a la inscripción de la segregación efectuada o, si por el contrario, los estatutos no hacen sino extender a las operaciones previamente autorizadas la comunicación que con carácter general, exige el artículo 7.1 de la Ley sobre propiedad horizontal cuando un propietario las realiza en su piso. De la lectura de la norma comunitaria discutida resulta que la obligación de notificar a la comunidad, no constituye un presupuesto del ejercicio unilateral de la facultad de llevar a cabo modificaciones estatutarias. Aquel ejercicio no se sujeta al consentimiento de la juntas de la comunidad o subcomunidad respectiva, ni tampoco se subordina a la verificación de su notificación previa a las mismas.

Resolución de 5-10-2016
(*BOE* 21-10-2016)
Registro de la propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 2

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS. SOCIEDADES MERCANTILES: CONSTANCIA REGISTRAL DE SU ESTADO DE LIQUIDACIÓN

Inscrito un título traslativo del dominio no puede inscribirse otro que se le oponga o sea incompatible respecto de la misma finca (*cfr.* arts. 17 y 20 de la LH). Conviene recordar que el principio de tracto sucesivo, consagrado en el artículo 20 de la LH, impone que para inscribir actos declarativos, constitutivos, modificativos o extintivos del dominio o de los derechos constituidos sobre el mismo, dichos actos deberán estar otorgados por los titulares registrales, ya sea por su participación voluntaria en ellos, ya por decidirse en una resolución judicial dictada contra los mencionados titulares registrales, lo cual no es sino aplicación del principio de legitimación registral, según el cual a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo (art. 38.1 de la LH). Como ha reiterado este Centro Directivo (*cfr.*, las resoluciones en «Vistos»), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Si bien el cambio en la nomenclatura de una sociedad como consecuencia de su situación de liquidación no conlleva por sí solo una alteración en la titularidad

de los derechos que pueda ostentar la misma, si puede tener acceso al Registro, no solo para reflejar de modo más exacto el nombre de la sociedad, sino porque además dicha modificación supone un reflejo de la situación societaria y de los efectos que la misma produce, singularmente en el régimen de administración y transmisión de bienes pertenecientes al activo societario.

Resolución de 5-10-2016
(*BOE* 21-10-2016)
Registro de la propiedad de Alicante, número 3

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: NOTIFICACIÓN AL ARRENDATARIO A EFECTOS DE TANTEO Y RETRACTO. CALIFICACIÓN REGISTRAL: CAPACIDAD DE LOS INTERVINIENTES EN EL TÍTULO INSCRIBIBLE. PARCELACIÓN URBANÍSTICA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 79 REAL DECRETO 1.093/1997 EN LAS VENTAS DE CUOTAS INDIVISAS

En el presente supuesto comparece en la escritura quien manifiesta ser arrendatario de la finca, a los efectos de dejar constancia de su conocimiento de la transmisión y la no existencia de uso individualizado asociado a la participación indivisa objeto del contrato. Es evidente que, ante la falta de inscripción registral del arrendamiento, se cumplen en este supuesto los requisitos legales establecidos para tutelar los derechos del arrendatario, cuya comparecencia en la escritura debe estimarse equiparable a la notificación en forma fehaciente que prevé la ley. Tampoco se precisa que el contrato de arrendamiento esté previamente liquidado del impuesto, por cuanto no se pretende su inscripción, por lo que no es aplicable el cierre registral establecido en el artículo 254 de la LH.

Como ya precisaron las resoluciones de 23 de octubre de 1998, 5 de abril de 1999 y, 23 de octubre y 13 de noviembre de 2001, dado el alcance del principio de prioridad, básico en un sistema registral de fincas (*cfr.* arts. 17, 24, 32 y 248 de la LH), la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del mismo y de la situación tabular existente en el momento de su presentación en el Registro (*cfr.* arts. 24 y 25), sin que puedan obstaculizar su inscripción otros títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad. Por tanto, confiriendo dicho principio preferencia al título primeramente ingresado al Registro sobre los posteriores, tal preferencia exige lógicamente, en principio, que los Registradores despachen los documentos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de su presentación. En el supuesto de este expediente el título presentado en segundo lugar en el Registro es un mandamiento ordenando la práctica de anotación preventiva de incapacidad. Es de resaltar que, tomada o no anotación preventiva de incapacidad, el contrato celebrado con quien carece de capacidad es ineficaz (art. 1261 del Código Civil) y en ningún caso quien adquiera de él se encontrará protegido por la fe pública registral (*cfr.* art. 33 de la LH). No obstante lo anterior, para que un acto otorgado por un incapaz devenga ineficaz es necesario que se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate. La importante función notarial ha merecido respaldo en la jurisprudencia, así la sentencia de 26 de junio de 2015, con cita de la sentencia de 19 de septiembre de 1998, afirma que «el juicio notarial de la capacidad, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dados el prestigio y la confianza social que merecen en general los notarios, no conforma presunción «*iuris de iure*», sino «*iuris tantum*», que cabe destruir mediante prueba

en contrario…». En el presente supuesto, en el que existe juicio positivo de capacidad por parte del notario autorizante, respecto a la otorgante mayor de edad no incapacitada judicialmente, no puede mantenerse el defecto mantenido por el registrador, habida cuenta de que este, como se ha dicho anteriormente, ha de desempeñar su función de calificación, aunque también se extienda a la «capacidad de los otorgantes», ateniéndose a lo que resulte de los asientos del Registro de la propiedad u otro con presunción de veracidad, y de los documentos presentados —*cfr.* artículo 18 de la LH—. Habiéndose de respetar, por tanto, el valor presuntivo del juicio notarial de capacidad natural del otorgante del documento, mayor de edad no incapacitado, a salvo de que pueda ser desvirtuado, mediante una valoración del conjunto de pruebas concurrentes, en el proceso contradictorio incoado al efecto.

Este Centro Directivo en su resolución de 10 de octubre de 2005, en un caso de venta de participación indivisa de una finca rústica en la que no concurría ninguna otra circunstancia reveladora de una posible parcelación urbanística, ya afirmó que «sin perjuicio de que la autoridad administrativa, utilizando medios más amplios de los que se pueden emplear por el registrador, pueda estimar la existencia de una parcelación ilegal, la venta de participaciones indivisas de una finca no puede traer como consecuencia, por sí sola la afirmación de que exista tal parcelación ilegal, ya que para ello es necesario, bien que, junto con la venta de participación indivisa se atribuyera el uso exclusivo de un espacio determinado susceptible de constituir finca independiente (*cfr.* resolución de 12 de febrero de 2001), bien que exista algún otro elemento de juicio que, unido a la venta de la participación, pueda llevar a la conclusión de la existencia de la repetida parcelación». En esta línea, en el ámbito de la normativa básica estatal, el artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. También ha señalado que, la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble no es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística. Ni siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria al hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación. Consecuentemente, cuando se trate de actos en los que concurran circunstancias que puedan representar indicios de que se está produciendo un acto de parcelación sin que se acredite la concesión de licencia, el registrador debe proceder conforme a lo establecido en el artículo 79 del Real Decreto 1.093/97. En el caso particular de este expediente, en el que como se ha expuesto, se trata de una venta de cuota indivisa de finca rústica, sin formalizarse jurídicamente la asignación expresa de uso individualizado, otorgada posteriormente a otra venta de cuota de la misma finca, ciertamente no estamos, en principio, ante uno de los supuestos en el que la legislación sustantiva aplicable, en este caso la valenciana, presume la existencia de actos parcelatorios. Ello no permite deducir, sin embargo, que no puedan apreciarse, del conjunto de datos del expediente, la existencia de elementos, de carácter no ya jurídico, sino fáctico, que puedan justificar las dudas fundadas a las que se refiere el citado artículo 79 y que permiten iniciar las actuaciones a que se refiere, dejando la decisión sobre el fondo, en última instancia, al órgano administrativo y con las garantías propias del procedimiento administrativo. Pues, como ha señalado este Centro Directivo, con cita de la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, de 17 de marzo de 2011, cuya clara definición traemos aquí, la parcelación ilegal constituye un proceso en el que se suceden los actos materiales y jurídicos con clara intención fraudulenta

de parcelar un terreno no urbanizable, pretendiendo la creación de una situación irreversible, demostrativa de que con los actos realizados no se pretende destinar el terreno a su uso y destino natural y obligado, rústico y agrícola; actuación que se lleva a cabo con vocación urbanística que posibilita la formación de un núcleo de población. Debe recordarse aquí que el registrador debe limitar su actuación calificadora a lo que resulte de los documentos presentados y los asientos del propio Registro u otros datos oficiales con presunción de veracidad, entre los cuales pueden citarse señaladamente los resultantes del Catastro. Por lo expuesto, en el supuesto singular de este expediente, la simple comprobación de la referencia catastral incorporada al documento, en la que pueden apreciarse la existencia de diferentes referencias catastrales dentro de una misma parcela, con diversa titularidad, asignadas además a diferentes construcciones con uso residencial bajo la forma de división horizontal tumbada, constituye un elemento de juicio que permite concluir que, detrás del negocio de transmisión de cuotas indivisas, probablemente se articule en vía de hecho una parcelación ilegal, presunción esta que solo puede desvirtuarse por el pronunciamiento del órgano administrativo competente, sujeto a revisión judicial.

Resolución de 6-10-2016
(*BOE* 21-10-2016)
Registro de la propiedad de Durango

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA DE LAS CC.AA. DERECHO CIVIL DEL PAÍS VASCO: DERECHO TRANSITORIO APLICABLE A TESTAMENTOS OTORGADOS ANTES DE LA LEY 5/2015

Se da la circunstancia de que la Comunidad del País Vasco no tiene regulación propia sobre los recursos contra las calificaciones de los registradores como sucede en Cataluña. Este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia en la resolución de 6 de octubre de 2014, que si bien se refiere al Derecho gallego, es perfectamente aplicable ya que el precepto que determina la atribución de los recursos relativos a la calificación a los tribunales autonómicos con respecto a cuestiones de Derecho foral es idéntico en ambos Estatutos de Autonomía. Para que esta Dirección General deba remitir un expediente a la Comunidad Autónoma de que se trate (en nuestro caso, País Vasco) por incompetencia de aquella, ha de tratarse una materia de derecho civil propio de la Comunidad Autónoma que se hubiera reservado en su Estatuto de Autonomía, expresamente, competencia sobre recursos contra la calificación de registradores de la propiedad, siendo además necesario que la Comunidad Autónoma en cuestión haya desarrollado esa competencia, pues en otro caso habrá de aplicarse la legislación hipotecaria.

La cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar si puede inscribirse una escritura de partición de herencia en la que comparece únicamente el cónyuge viudo, cuando en el testamento se realiza un legado en atribución de la legítima a los padres del causante, hecho al amparo de la legislación anterior (Ley de 1 de julio de 1992 de Derecho Civil Foral del País Vasco) cuando la ley vigente (Ley 5/2015 de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco) en el momento del fallecimiento del causante, 10 de enero de 2016, no reconoce a los ascendientes derecho legitimario alguno. La disposición transitoria primera de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco establece: «Conflictos intertemporales. Los

conflictos intertemporales entre esta ley y las que deroga se resolverán aplicando las disposiciones transitorias preliminar, 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª y 12.ª del Código Civil. Si un conflicto intertemporal no pudiera resolverse por las disposiciones anteriores, se tendrá en cuenta que las variaciones introducidas en esta ley no deben perjudicar los derechos adquiridos conforme a la legislación anterior». La disposición transitoria duodécima del Código Civil dispone que: «Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto este lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados; pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código». Se puede sostener que la condición de heredero tiene una vis atractiva sobre posibles legados vacantes. Así se deduce de artículos como el 888 del Código Civil. Siguiendo este criterio, puede deducirse que la voluntad del testador fue que la «porción vacante» derivada de la reducción de los derechos legitimarios legales corresponda a quien hubiese designado heredero frente a quien designa legatario. Más dudoso sería si la legitima se hubiera atribuido sobre bienes concretos o por cuotas determinadas. Es más, atendiendo al momento del otorgamiento, la voluntad del testador (debidamente asesorado por el notario autorizante) se forma con arreglo al contexto legislativo vigente en dicho momento, por lo que deducir que hubiera atribuido la mitad de los bienes de su herencia a sus padres de no haber existido esa legítima es difícilmente justificable.

Resolución de 6-10-2016
(*BOE* 21-10-2016)
Registro de la propiedad de Motilla del Palancar

RECURSO GUBERNATIVO: CÓMPUTO DEL PLAZO CUANDO HAY UNA SEGUNDA CALIFICACIÓN. FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN

Como ha declarado este Centro Directivo (*cfr.* resolución de 30 de octubre de 2012), en un supuesto en que la registradora alegaba que el recurso se había interpuesto fuera de plazo, en tal caso el recurso debería inadmitirse (si hubiera transcurrido el plazo legal de interposición computado desde la fecha de la notificación de la primera calificación, pero no desde la segunda) si del expediente no resultase que la nota reiterativa trae causa no en una nueva aportación del documento calificado en su día, sino de este junto con otro. Es decir, debería inadmitirse si la nota fuese efectivamente la misma pero no es así. La segunda nota de calificación no podía ser la misma: primero, por cuanto declara en distinta fecha no subsanados los defectos a la vista de la nueva documentación aportada; pero sobre todo, y segundo, porque la contención versa ahora no ya sobre la existencia del defecto antiguo sino sobre la habilidad del nuevo documento presentado para subsanar el apreciado en la primera nota.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (apoyada como ha quedado acreditado en la de nuestro Tribunal Supremo), que el registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del RH permite al registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre

ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial, o si el asiento de anotación preventiva que se pretende prorrogar ya está caducado.

Siendo la finca el elemento primordial de nuestro sistema registral —de folio real—, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (*cfr.* arts. 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la LH y 44 y 51.6 del RH), constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el título presentado y la que figura inscrita en el Registro. Por ello, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (*cfr.* resoluciones de 2 de septiembre de 1991, 29 de diciembre de 1992, 21 de junio de 2004, 10 y 14 de junio de 2010 y 29 de septiembre de 2011, entre otras), para su acceso al Registro, los títulos inscribibles han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren, de modo que estos queden suficientemente individualizados e identificados (arts. 9.1 de la LH y 51, reglas 1.ª a 4.ª, del RH). Aún cuando la parte dispositiva de la resolución no especifica con claridad la concreta rectificación descriptiva que haya de practicarse en la finca registral 10.125, tras las diversas configuraciones catastrales que se han sucedido; ello no es óbice para impedir la inscripción de la rectificación pretendida, pues la misma resulta de la propia estimación judicial de la pretensión del recurrente y de los informes relativos a las modificaciones catastrales operadas que obran en el expediente y recogidas en la sentencia, así como las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas, de los que resultan la configuración actual y en particular la superficie de las parcelas catastrales, haciéndose constar que la finca no comprende la superficie integrante de la subparcela a) de la parcela 44 del antiguo Catastro, que había quedado integrada catastralmente en la parcela 43 dando lugar a la descripción que obra en el registro y que, como se ha explicado anteriormente ha dado lugar a la modificación superficial recogida en la actual referencia catastral 16118A024000430000IB, cuya identidad con la finca registral 10.125 está debidamente acreditada, por lo que en la inscripción que se extienda en virtud de la sentencia deberá igualmente reflejarse dicha referencia junto con la nueva superficie de ella resultante.

Registro mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.ª DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 19-7-2016
(*BOE* 19-9-2016)
Registro mercantil de Madrid XI

TRANSFORMACIÓN. INFORME DE EXPERTO

La transformación implica un cambio tipológico, en el que se mantiene intacta la personalidad jurídica del ente social, por lo que se conserva el vínculo

societario y se continúan todas las relaciones jurídicas con los terceros. Exige el cumplimiento de los requisitos establecidos tanto para la sociedad que se transforma (en este caso una S.L.) como para el reconocimiento de la sociedad en que es transformada (S.A. en este caso). Es trascendental en esta operación determinar que el patrimonio neto cubre el capital social para que no se vulnere el principio de integridad.

La resolución hace una extensa exposición del papel del informe de experto en los casos de fusión, escisión, traslado internacional, transformación en sociedad anónima europea, así como de la evolución normativa en esta materia, concluyendo que, en este supuesto de transformación, el artículo 18.3 LSC debe entenderse en el sentido de que el informe del experto independiente a que hace referencia debe comprender exclusivamente el patrimonio no dinerario. Otra cosa es que del mismo balance resulte que el patrimonio no cubre el capital social, en cuyo caso la operación no sería viable.

Resolución de 22-7-2016.
(*BOE* 19-9-2016)
Registro mercantil de Jaén

AUMENTO DE CAPITAL. APORTACIÓN DE RAMA DE ACTIVIDAD.

Se trata de un supuesto en que en junta universal se acuerda por unanimidad un aumento de capital mediante la aportación, por parte de otra sociedad contando con el acuerdo también unánime de sus socios, de una rama de actividad. Se debate si es admisible la operación de aumento o se trata de una segregación, debiendo cumplirse entonces los requisitos establecidos para este tipo de modificación estructural.

El TS, ha señalado que la aportación no dineraria de rama de actividad se diferencia de la fusión en tener por fin no una concentración, sino una disgregación de fuerzas económicas, útil para la creación de sociedades filiales; de la fusión y de la escisión total, en que la sociedad aportante no se extingue; y de las tres operaciones en que no son sus socios, sino ella misma, la que recibe en contraprestación las acciones o participaciones de la beneficiaria, con lo que se produce en su patrimonio una subrogación real. Y por su parte la DG concluyó que, dado que dicha operación carecía de regulación sustantiva expresa, no eran aplicables las normas de la escisión por no producirse el efecto de la sucesión universal.

La Ley 3/2009 introduce la figura de la segregación, como una modalidad de la escisión en su artículo 71, en el que señala que una de sus características en la sucesión universal. Tras esta nueva norma, sigue siendo posible la aportación de rama de actividad mediante aumento de capital siempre que no exista sucesión universal, debiéndose presumir que no se produce dicha sucesión, salvo que resulte lo contrario de la documentación presentada. La posición de los socios de la sociedad adquirente queda suficientemente garantizada con la aplicación de las normas propias de los aumentos de capital con aportaciones no dinerarias (régimen de responsabilidad del aportante, informe de los administradores, mayorías o *quórums* cualificados, informe de experto independiente si se trata de una sociedad anónima, etc.). En la sociedad aportante la posición de los socios podría quedar comprometida, en caso de que la unidad económica aportada tenga el carácter de activo esencial en cuyo caso será necesario el acuerdo de la junta conforme al artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital.

Resolución de 22-7-2016.
(*BOE* 19-9-2016)
Registro mercantil de Santa Cruz de Tenerife

CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL. TRACTO. AUDITOR INSCRITO

No puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas de una sociedad cuando su hoja registral se encuentra cerrada por falta del depósito de las cuentas del ejercicio anterior, siendo necesaria solo la presentación de las cuentas de los tres últimos ejercicios.

El nombramiento de auditor voluntario por parte de la sociedad enerva el derecho del socio minoritario a solicitar la designación de otro por el Registro. Para ello es imprescindible, según reiterada jurisprudencia, que la designación por parte de la sociedad sea anterior a la petición del minoritario y que se garantice a este socio el derecho de información que le concede la Ley, bien sea por la inscripción del nombramiento en el Registro mercantil, por la puesta a disposición del informe o por su incorporación al expediente.

La situación registral al tiempo de llevar a cabo la calificación del documento objeto del recurso es la de existencia de un auditor nombrado e inscrito a instancia de la minoría. Mientras esta inscripción continúe vigente, el registrador debe calificar en función del contenido del Registro, por lo que las cuentas han de venir acompañadas del informe del auditor cuando hubiera sido nombrado a solicitud de la minoría.

Resolución de 26-7-2016.
(*BOE* 20-9-2016)
Registro mercantil de Pontevedra I

AUDITOR. NOMBRAMIENTO TRAS EL CIERRE DEL EJERCICIO A AUDITAR

El auditor designado por la sociedad con carácter voluntario puede serlo en cualquier momento, incluso ya cerrado el ejercicio a auditar.

Si la sociedad está obligada a verificar sus cuentas anuales cabe admitir que, habiendo adoptado el acuerdo de nombramiento antes del fin del ejercicio y, adoleciendo el mismo de defectos meramente formales, se adopte otro acuerdo (este ya posterior al cierre del ejercicio) sustituyendo el anterior, con idéntico contenido corrigiendo tan solo esos defectos formales. No así cuando, en lugar de producirse una confirmación de la voluntad social dirigida a reparar los defectos formales de un acuerdo social previo, lo que se produce es una alteración de esa voluntad, materializada en una nueva decisión asamblearia que prive de vigencia a la anterior, ya sea a través de una retractación pura y simple, ya sea por medio de una acuerdo de contenido objetivamente incompatible.

Resoluciones de 26-7-2016.
(*BOE* 20-9-2016)
Registro mercantil de Almería

LEGALIZACIÓN LIBROS EMPRESARIOS. ENCRIPTACIÓN

Del artículo 18.1 de la Ley 14/2013 resulta que los libros han de cumplimentarse en soporte electrónico; han de legalizarse, tras su cumplimentación, dentro

de los 4 meses siguientes al cierre social; y han de presentarse telemáticamente al Registro mercantil.

La resolución se remite a las Instrucciones de la propia DGRN de 12 de febrero y 1 de julio de 2015 y transcribe literalmente gran parte de la resolución de consulta de 23 de julio de 2015, para concluir que, si se remiten los libros en forma cifrada o encriptada cumpliendo los requisitos y previsiones de las mencionadas Instrucciones, no puede denegar el registrador su legalización en base a su particular criterio de la seguridad jurídica preventiva ni en base a su particular interpretación o visión del principio de legalidad.

Resolución de 26-7-2016.
(*BOE* 20-9-2016)
Registro mercantil de Valencia IV

LEGALIZACIÓN LIBROS EMPRESARIOS. ENCRIPTACIÓN

Del artículo 18.1 de la Ley 14/2013 resulta que los libros han de cumplimentarse en soporte electrónico; han de legalizarse, tras su cumplimentación, dentro de los 4 meses siguientes al cierre social; y han de presentarse telemáticamente al Registro mercantil.

La resolución se remite a las Instrucciones de la propia DGRN de 12 de febrero y 1 de julio de 2015 y transcribe literalmente gran parte de la resolución de consulta de 23 de julio de 2015, para concluir que, si se remiten los libros en forma cifrada o encriptada cumpliendo los requisitos y previsiones de las mencionadas Instrucciones, no puede denegar el registrador su legalización en base a su particular criterio de la seguridad jurídica preventiva ni en base a su particular interpretación o visión del principio de legalidad.

Resolución de 26-7-2016.
(*BOE* 20-9-2016)
Registro mercantil de Guadalajara

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. CANCELACIÓN

Para practicar asientos definitivos, inscripciones o cancelaciones, la resolución judicial debe ser firme (art. 524.4 LEC y 83 LH). Del mandamiento de cancelación de una anotación de demanda de impugnación de acuerdos sociales resulta que se ha dictado sentencia desestimatoria que ha sido recurrida. Pero no consta que por la parte demandante se había mostrado conformidad con el levantamiento de la medida cautelar. Esto solo resulta del escrito de recurso, pero no de la documentación presentada al tiempo de la calificación.

Resolución de 27-7-2016.
(*BOE* 20-9-2016)
Registro mercantil de Madrid XII

AUMENTO DE CAPITAL. RESERVAS

En virtud del principio de realidad del capital social, no cabe crear participaciones sociales que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad.

El aumento de capital con cargo a reservas es una modalidad de autofinanciación empresarial caracterizada por una simple operación contable. Pero un requisito esencial para la capitalización de las reservas (incluidas las constituidas por prima de asunción o beneficios) no es solo que tengan la consideración de recursos propios, sino también que sean de libre disposición. Lo importante no es el mero reflejo de la partida de reservas en el balance que sirva de base a la ampliación, sino la efectiva existencia de excedente del activo sobre el capital anterior y el pasivo exigible, según dicho balance.

Resoluciones de 27-7-2016 y 5-9-2016.
(*BOE* 20-9-2016)
Registro mercantil de Valencia V y III

LEGALIZACIÓN LIBROS EMPRESARIOS. ENCRIPTACIÓN

Del artículo 18.1 de la Ley 14/2013 resulta que los libros han de cumplimentarse en soporte electrónico; han de legalizarse, tras su cumplimentación, dentro de los 4 meses siguientes al cierre social; y han de presentarse telemáticamente al Registro mercantil.

La resolución se remite a las Instrucciones de la propia DGRN de 12 de febrero y 1 de julio de 2015 y transcribe literalmente gran parte de la resolución de consulta de 23 de julio de 2015, para concluir que, si se remiten los libros en forma cifrada o encriptada cumpliendo los requisitos y previsiones de las mencionadas Instrucciones, no puede denegar el registrador su legalización en base a su particular criterio de la seguridad jurídica preventiva ni en base a su particular interpretación o visión del principio de legalidad.

Resolución de 28-7-2016
(*BOE* 21-9-2016)
Registro de Bienes Muebles de Cantabria

ARRENDAMIENTO FINANCIERO. CUALIDAD DEL ARRENDADOR.

Para la aplicación del régimen legal del arrendamiento financiero es ineludible que el arrendador tenga la cualificación de entidad de crédito o de establecimiento financiero de crédito. Por lo tanto, para inscribir en el Registro de Bienes Muebles un contrato de arrendamiento financiero se requiere que el arrendador financiero sea una entidad de crédito o un establecimiento financiero de crédito y no cualquier otra persona jurídica.

Debe diferenciarse el arrendamiento financiero del arrendamiento con opción de compra que puede ser concertado por arrendadores particulares, pero en este caso, si se pretende su inscripción en el Registro de Bienes Muebles, debe realizarse a través del modelo específico, no el del arrendamiento financiero.

Resolución de 1-8-2016.
(*BOE* 23-9-2016)
Registro mercantil de Pontevedra

LIQUIDACIÓN. INEXISTENCIA DE HABER SOCIAL. NO NECESIDAD DE CONCURSO PREVIO

Vuelve a cambiar el criterio aplicado en las resoluciones de 2 de julio y 4 de octubre de 2012 según el cual el pago a los acreedores es requisito previo a la liquidación y extinción de la sociedad. En el caso de no existir haber social para su pago, el procedimiento legal previsto es el concurso de acreedores, aunque ya exista una pluralidad de acreedores o solo uno. Y se vuelve al criterio anterior recogido en las de 29 de abril de 2011 y 13 de abril de 2000 y se concluye que, en caso de improcedencia de la declaración de concurso, no se puede condenar a los socios a la subsistencia de la inscripción registral de una sociedad disuelta y con las operaciones de liquidación realizadas y, por otra parte, las normas de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley Concursal no supeditan la cancelación de los asientos registrales de una sociedad que carezca de activo social a la previa declaración de concurso ni a la intervención del único acreedor. La cancelación de asientos no priva al acreedor de protección ya que puede iniciar determinados procedimientos.

A efectos de la cancelación de los asientos registrales debe admitirse la manifestación que sobre la inexistencia de activo y sobre la existencia de un único acreedor realice el liquidador bajo su responsabilidad, confirmada con el contenido del balance aprobado.

Resolución de 3-8-2016.
(*BOE* 23-9-2016)
Registro mercantil de Las Palmas I

LIQUIDADORES. NOMBRAMIENTO

En la vigente LSC se ha extendido a las sociedades anónimas la previsión, antes reservada a las limitadas, de conversión automática en liquidadores de los administradores de la sociedad, salvo disposición contraria de los estatutos o, en su defecto, en caso de nombramiento de los liquidadores por la junta general de socios que acuerde la disolución de la sociedad. En el caso contemplado —de 5 consejeros designados solo continúan en el cargo 3— estos 3 consejeros deberían haber quedado convertidos en liquidadores solidarios. A falta de dicha conversión, no pueden reunirse en consejo de administración para convocar junta.

Para la válida constitución del consejo es necesario que concurran a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales, y esta mayoría solo puede estar referida al número previsto en los estatutos o determinado por el acuerdo de nombramiento, no a los vocales que tengan su cargo vigente. Luego en este caso no puede constituirse válidamente el consejo con la asistencia de dos de sus miembros.

Si la convocatoria en debida forma es presupuesto de la válida constitución de la junta general, la falta de competencia de quien haya realizado aquella determinará la invalidez de la reunión y la ineficacia de sus acuerdos. En los supuestos en que dicho órgano de administración no pueda adoptar el acuerdo

relativo al ejercicio de la facultad de convocar la junta quedará expedita la vía de la convocatoria que se podrá solicitar al letrado de la Administración de Justicia o al registrador mercantil.

Resolución de 22-8-2016.
(*BOE* 23-9-2016)
Registro mercantil de Almería

LIQUIDACIÓN. INEXISTENCIA DE HABER SOCIAL. NO NECESIDAD DE CONCURSO PREVIO

Vuelve a cambiar el criterio aplicado en las resoluciones 2 de julio y 4 de octubre de 2012 según el cual el pago a los acreedores es requisito previo a la liquidación y extinción de la sociedad. En el caso de no existir haber social para su pago, el procedimiento legal previsto es el concurso de acreedores, aunque ya exista una pluralidad de acreedores o solo uno. Y se vuelve al criterio anterior recogido en las de 29 de abril de 2011 y 13 de abril de 2000 y se concluye que, en caso de improcedencia de la declaración de concurso, no se puede condenar a los socios a la subsistencia de la inscripción registral de una sociedad disuelta y con las operaciones de liquidación realizadas y, por otra parte, las normas de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley Concursal no supeditan la cancelación de los asientos registrales de una sociedad que carezca de activo social a la previa declaración de concurso ni a la intervención del único acreedor. La cancelación de asientos no priva al acreedor de protección ya que puede iniciar determinados procedimientos.

A efectos de la cancelación de los asientos registrales debe admitirse la manifestación que sobre la inexistencia de activo y sobre la existencia de un único acreedor realice el liquidador bajo su responsabilidad, confirmada con el contenido del balance aprobado.

Resolución de 2-9-2016.
(*BOE* 27-9-2016)
Registro mercantil de Burgos

ACCIONES. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. JUNTA. DEFECTOS FORMALES

El artículo 96.2 LSC impide crear acciones que de manera directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto. En este caso se vulnera dicho principio al crear acciones de 1 euro de valor nominal que, al no haberse mencionado nada al respecto, darán derecho a un voto cada una; lo mismo que las acciones ya existentes de 120 euros de valor nominal.

La rigurosa doctrina que consideraba cualquier omisión total o parcial del derecho de información como vicio de la convocatoria invalida el acuerdo que se pueda adoptar ha sido mitigada en ocasiones al afirmarse que, debido a los efectos devastadores de la nulidad, los defectos meramente formales pueden orillarse siempre que por su escasa relevancia no comprometan los derechos individuales del accionista. Menciona la resolución otras anteriores en que se

ha considerado que no resultaba vulnerado tal derecho y añade esta doctrina ha recibido el respaldo legal en el artículo 204.3 de la LSC tras su reforma por la Ley 31/2014. Por tanto, hay que atender a las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho concreto para determinar si el derecho de información de los socios ha sido o no respetado.

Atendiendo a las circunstancias del caso (asistencia de todos los socios, información en el anuncio de convocatoria, falta de alegaciones de los socios) si bien el artículo 158.1.2 del Reglamento del Registro Mercantil, respecto de las escrituras de modificación estatutaria relativas a juntas no universales, exige la indicación de la fecha del informe del órgano de administración justificativo de la reforma debe entenderse que dicho informe fue emitido en plazo.

La resolución confirma la abundante doctrina relativa al cierre registral de la hoja social por falta de depósito de cuentas.

Resolución de 6-9-2016.
(*BOE* 30-9-2016)
Registro mercantil de Valencia V

DENOMINACIÓN SOCIAL. SOCIEDAD PROFESIONAL

La inclusión del término «arquitectura» en la denominación social sin hacer la precisión de que la sociedad es de intermediación en actuaciones de arquitectura da lugar a confusión, en el sentido de que se presenta en el tráfico jurídico y mercantil, como una sociedad de arquitectura, cuando en realidad, por lo que se expresa en el objeto social, es de mediación de arquitectura.

Resolución de 7-9-2016.
(*BOE* 30-9-2016)
Registro mercantil de Madrid VI

APORTACIÓN SOCIAL. DINERARIA. CERTIFICADO DE DEPÓSITO

El principio de integridad del capital exige que la aportación dineraria se acredite con certificación justificativa del depósito en una entidad de crédito a nombre de la sociedad. El artículo 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito señala cuales son las entidades de crédito.

A falta de norma que expresamente lo impida, no puede rechazarse una certificación del depósito expedida por una entidad que está autorizada para actuar como banco y agente de valores, por lo que es hábil para aceptar depósitos del público a título y está sometida a supervisión (en este caso de la Autoridad Suiza de Vigilancia de Mercados Financieros). Estos extremos han quedado acreditados ante el registrador. La realidad del desembolso de la aportación resulta acreditada en este caso de modo equivalente al que se verificaría mediante certificación expedida por entidad de crédito española y queda satisfecho razonablemente el objetivo perseguido por el legislador de garantizar la integridad del capital social.

Resolución de 12-9-2106
(*BOE* 5-10-2016)
Registro mercantil de Castellón

LIQUIDADOR. CONVERSIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

De conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, en la tramitación del recurso no pueden ser tenidos en cuenta documentos no calificados por el registrador y aportados al interponer el recurso.

El artículo 376.1 de la Ley de Sociedades de Capital aborda el problema de la designación inicial de los liquidadores, tratando de eliminar un incierto periodo transitorio entre la disolución y el nombramiento de liquidadores. Hay que atender primero a la voluntad de los socios expresada en los estatutos; en segundo lugar a la designación inicial de los liquidadores en la misma junta que acuerde la disolución, y solo en defecto de ello, conversión automática de los anteriores administradores en liquidadores. Solo en último término y en los casos previstos en la Ley (arts. 377 de la Ley de Sociedades de Capital y 128 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria) puede producirse la designación judicial o, en su caso, la designación por el registrador mercantil de liquidador.

En el caso debatido, la junta acordó la disolución y que los liquidadores fueran designados por el órgano judicial. Con ello podría entenderse que su voluntad fue la de excluir la conversión en liquidadores de los anteriores administradores. Al devenir imposible la voluntad de la junta por la negativa judicial a la designación de liquidador, la situación es equiparable a no haber designado la junta liquidador alguno, y la consecuencia ha de ser, por tanto, la conversión automática de los anteriores administradores en liquidadores, sin que sea preciso ulterior acuerdo de la junta.

En los supuestos de conversión automática de administrador en liquidador no se precisa aceptación alguna, aunque no existe obstáculo en que, siquiera sea de manera formal y no sustantiva, un administrador quiera afirmar o reafirmar la sustitución de su condición de administrador en liquidador, ni en que tal manifestación de voluntad pueda reflejarse en el RM.

A pesar de constar ya el cese del administrador como consecuencia de la disolución no hay obstáculo para acceder a una nueva constancia del cese en este caso en que se produjo por ejercicio de la acción de responsabilidad, porque esta causa de destitución impide que respecto de este administrador opere la automática conversión en liquidador.

Resolución de 15-9-2016
(*BOE* 4-10-2016)
Registro mercantil de Santa Cruz de Tenerife II

CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL. TRACTO. AUDITOR INSCRITO

No puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas de una sociedad cuando su hoja registral se encuentra cerrada por falta del depósito de las cuentas del ejercicio anterior, siendo necesario solo la presentación de las cuentas de los tres últimos ejercicios.

El nombramiento de auditor voluntario por parte de la sociedad enerva el derecho del socio minoritario a solicitar la designación de otro por el Registro.

Para ello es imprescindible, según reiterada jurisprudencia, que la designación por parte de la sociedad sea anterior a la petición del minoritario y que se garantice a este socio el derecho de información que le concede la Ley, bien sea por la inscripción del nombramiento en el Registro mercantil, por la puesta a disposición del informe o por su incorporación al expediente.

La situación registral al tiempo de llevar a cabo la calificación del documento objeto del recurso es la de existencia de un auditor nombrado e inscrito a instancia de la minoría. Mientras esta inscripción continúe vigente, el registrador debe calificar en función del contenido del Registro, por lo que las cuentas han de venir acompañadas del informe del auditor cuando hubiera sido nombrado a solicitud de la minoría.

Resoluciones de 16-9-2016 y 20-10-2012
(*BOE* 4-10-2016)
Registro mercantil de Valencia I, II, V y VI (14 Resoluciones)

LEGALIZACIÓN LIBROS EMPRESARIOS. ENCRIPTACIÓN

De artículo 18.1 de la Ley 14/2013 resulta que los libros han de cumplimentarse en soporte electrónico; han de legalizarse, tras su cumplimentación, dentro de los 4 meses siguientes al cierre social; y han de presentarse telemáticamente al Registro mercantil.

La resolución se remite a las Instrucciones de la propia DGRN de 12 de febrero de 2015 y 1 de julio de 2015 y transcribe literalmente gran parte de la resolución de consulta de 23 de julio de 2015, para concluir que, si se remiten los libros en forma cifrada o encriptada cumpliendo los requisitos y previsiones de las mencionadas Instrucciones, no puede denegar el registrador su legalización en base a su particular criterio de la seguridad jurídica preventiva ni en base a su particular interpretación o visión del principio de legalidad.

Resolución de 19-9-2016
(*BOE* 6-10-2016)
Registro mercantil de Zamora

CUENTAS ANUALES. CIERRE REAPERTURA

El objeto del expediente del recurso es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No puede tenerse en cuenta una resolución recaída posteriormente por lo que no pudo ser tenida en a la hora de calificar el documento presentado.

Se plantea en el supuesto contemplado si puede reabrirse la hoja registral cerrada por falta de depósito de cuentas, teniendo en cuenta que estas se presentaron para su depósito cuando ya se había producido el cierre y fueron calificadas negativamente habiendo sido recurrida esta calificación.

La sola presentación de las cuentas pendientes no reabre el Registro, mientras las mismas no sean debidamente depositadas.

En ningún caso es procedente que no se produzca el cierre o más bien que se reabra el Registro por el hecho de que la calificación de las cuentas haya sido recurrida y que esa reapertura persista hasta la resolución del recurso.

No es aplicable el punto 2 del artículo 378 RRM, pues parte de la base de que cuando se presentan las cuentas el Registro todavía no ha sido cerrado; ni el punto 3 que es una mera consecuencia del recurso que, en su caso, se plantee; ni el 5 pues lo que trata es de impedir el cierre y no que se reabra la hoja de la sociedad. Una vez cerrado el Registro, la única forma de conseguir su reapertura es acudir al punto 7. Si las cuentas ya han sido aprobadas, la única forma de poder practicar una inscripción en la hoja de la sociedad, es previa la práctica del depósito de cuentas pendiente. La presentación de cuentas a depósito y en su caso el recurso contra la calificación negativa del registrador, solo enerva el cierre provisional del Registro si la misma se produce antes de que haya tenido lugar el cierre, es decir antes de que haya transcurrido un año desde el cierre del ejercicio de que se trate.

Resolución de 3-10-2016
(*BOE* 18-10-2016)
Registro mercantil de Barcelona VI

JUNTA GENERAL. ESTATUTOS. LUGAR DE CELEBRACIÓN

Los estatutos pueden permitir que la convocatoria contemple la celebración de la junta en otro término municipal distinto al del domicilio social. Pero el lugar de celebración no puede quedar indeterminado y al arbitrio del órgano de administración. Por un lado debe estar debidamente determinado para posibilitar a los socios un mínimo de predictibilidad y garantizarles la posibilidad de asistir personalmente. Y por otro, debe estar referido a un espacio geográfico determinado por un término municipal o espacio menor como una ciudad o un pueblo. Por ello es admisible una clausula estatutaria consistente en que «las Juntas Generales (…) se celebrarán en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio o, de forma alternativa, en el término municipal de Madrid (…)».

Resoluciones de 6-10-2016
(*BOE* 21-10-2016)
Registro mercantil de Valencia I, III, IV, V. (5 Resoluciones)

LEGALIZACIÓN LIBROS EMPRESARIOS. ENCRIPTACIÓN

Del artículo 18.1 de la Ley 14/2013 resulta que los libros han de cumplimentarse en soporte electrónico; han de legalizarse, tras su cumplimentación, dentro de los 4 meses siguientes al cierre social; y han de presentarse telemáticamente al Registro mercantil.

La resolución se remite a las Instrucciones de la propia DGRN de 12 de febrero de 2015 y 1 de julio de 2015 y transcribe literalmente gran parte de la resolución de consulta de 23 de julio de 2015, para concluir que, si se remiten los libros en forma cifrada o encriptada cumpliendo los requisitos y previsiones de las mencionadas Instrucciones, no puede denegar el registrador su legalización en base a su particular criterio de la seguridad jurídica preventiva ni en base a su particular interpretación o visión del principio de legalidad.

Resoluciones publicadas en el DOGC

Por María TENZA LLORENTE

Resolución 2.216/2016 de 14-9-2016
(*DOGC* 21-10-2016)
Registro de la propiedad de Vilanova i la Geltrú, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL: CLÁUSULAS ESTATUTARIAS EN CASO DE IMPAGO DE GASTOS DE COMUNIDAD. ADMISIBILIDAD

En lo que respecta a la admisibilidad de pactos que modulen o alteren el régimen de contribución a gastos de la comunidad de propietarios, suelen ser frecuente en la práctica aquellos en que se exoneran o se fijan determinados módulos de contribución, que ya desde la STS de 18 de junio de 1970 se vienen considerando admisibles y que a nivel de legislación positiva se prevé por el artículo 553-11.2 letra b) del Código Civil de Cataluña.

Partiendo de este carácter dispositivo en lo que respecta al régimen de gastos, la base de la admisibilidad de una cláusula como la discutida se encuentra dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, de que también se hace eco esta resolución cuando invoca el principio de libertad civil. Por su parte, la Ley de Propiedad Horizontal 49/1960, de 21 de julio, en sus artículos 17 y 21.5 contemplan la exigibilidad del interés legal del dinero y su correspondiente prelación. En este ámbito, el Libro V, tras la modificación operada por Ley 5/2015, establece expresamente el devengo de intereses en el apartado cuarto, pero no la forma de cálculo ni restringe la posibilidad de reclamación al interés legal del dinero, pero no excluye otras formas de cálculo o modulaciones de este devengo. Por ello, la Dirección, partiendo de esta regulación dispositiva y con cita de consolidada jurisprudencia sobre el régimen de gastos, admite una cláusula como la debatida. El principio de libertad civil resulta invocado por la Dirección General en múltiples resoluciones. Queda el interrogante de si la afección real alcanza a estos intereses de demora, cuestión que no es baladí dado el tenor literal de artículo 553.5. Esta afirmación conlleva referirse brevemente a la naturaleza jurídica del crédito materia sobre la cual el Centro Directivo señaló en resolución de 22 de enero de 2013, reiterada por la de 23 de junio de 2014 y en relación al artículo 9.1 letra e) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, que no se trata de una hipoteca legal, como las previstas por el artículo 168 LH, pues no solo no la enumera como tal sino que tampoco la conceptúa así el artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal. La jurisprudencia menor y la doctrina entienden que la prelación es aplicable en Cataluña, pues la mecánica de esta afección real es muy similar a la que la normativa de Libro V establece en sede de propiedad horizontal, por lo que las consideraciones anteriores serían plenamente operativas en el caso de impago de cuota a los intereses de demora generados en caso de impago. La Dirección apunta asimismo que el juez pueda modular esta cláusula penal. Es relevante destacar que para que esta facultad moderadora opere, se requiere según la jurisprudencia que haya existido un cumplimiento parcial o irregular y que la moderación sea equitativa.

En resumen, es posible aprobar una clausula estatutaria en un régimen de propiedad horizontal por virtud de la cual se devengue una determinada cuantía de intereses de demora y recargos en caso de impago de la cuota.

Resolución 2.217/2016 de 14-9-2016
(*BOE* 21-10-2016)
Registro de la propiedad de Pineda de Mar.

HERENCIA: INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS. ALCANCE DE LA SUSTITUCIÓN VULGAR PARA EL CASO DE FALTA DE ACEPTACIÓN EXPRESA

En materia de Derecho civil aplicable al caso, la Dirección General entiende que es la normativa vigente al tiempo del fallecimiento del causante, como ya ha tenido ocasión de sostener en resoluciones como la de 21 de diciembre de 2007 (fundamento de Derecho 2.1), de conformidad con las Disposiciones Transitorias primera y segunda de la Ley 10/2008, de 10 de julio.

En el presente caso, se discute sobre el alcance de una sustitución vulgar ordenada en testamento. El posible conflicto entre *ius transmisionis* y sustitución ha sido objeto de algunos pronunciamientos. Así, la RDG de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña de fecha 25 de noviembre de 2005 (en interpretación de los artículos 155, 258.1 y 265.3 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 21 de julio de 1960 y de los artículos 29 y 38.3 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, por la que se aprobó el Código de Sucesiones de Cataluña, hoy derogado de idéntico tenor al actualmente vigente), señaló que, no obstante las disquisiciones doctrinales en torno a la operatividad del *ius transmisionis* frente a la sustitución ordenada por el testador, ha de operar siempre frente a la sustitución el derecho de transmisión, dado el tenor literal incluso del propio artículo, que emplea, igual que el actual, el adverbio «siempre». Y ello porque, aunque el testamento se constituye en ley de la sucesión, siendo determinante la voluntad del causante, no cabe presumir que por la existencia de sustitución vulgar se excluya el derecho de transmisión, pues eso sería una aplicación muy extensiva de difícil prueba, aún más si se considera que, en el caso de producirse la aceptación, que puede ser tácita, por parte del primero instituido, los bienes no pasarían al sustituto vulgar, sino a los herederos del instituido en primer lugar, Tanto es así que si quería evitar el juego práctico del derecho de transmisión, es decir, que sus bienes pasaran a los herederos de su heredero, tenía a su alcance las sustituciones fideicomisarias, las fideicomisarias de residuo o hasta las preventivas de residuo, reguladas de manera amplia, completa y detallada en la normativa vigente. Esta postura es reiterada en la resolución de 31 de mayo de 2010 (Fundamento de Derecho Segundo), aplicando ya, por la fecha de la apertura de la sucesión, la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, y la SAP de Barcelona de fecha 10 de noviembre de 2009, citando —además de la resolución de 25 de noviembre de 2005 antes mencionada— la RDGRN 23 de junio de 1986 (Fundamento de Derecho Tercero). En ella se ampara también, para un caso en que sí había aceptación por el hecho de haber dispuesto en testamento de los bienes de la herencia y por tanto se excluía el derecho de transmisión, la resolución de 17 de marzo de 2008, de la Dirección General de Derecho de Entidades Jurídicas. Además, la resolución de dicha Dirección General de fecha 18 de septiembre de 20014 (Fundamento de Derecho Segundo declara preferente el *ius transmisionis*

sobre la sustitución preventiva de residuo ordenada por el testador). Pero en este concreto caso excluye tanto la operatividad del primero como de la sustitución, ya que considera que la heredera instituida aceptó la herencia, aunque no constaba documentalmente. Este punto contrasta con la limitación de medios existentes en el procedimiento registral para calificar (resolución de 29 de marzo de 2016 de la DGRN, dictada en sede mercantil), que no alcanza a las vicisitudes extrarregistrales como se infiere del artículo 18 de la LH, por la que la Dirección considera que esta prueba documental ha tenido lugar cuando la heredera de la heredera acepta la herencia deferida a aquella, pero sin entender que opere el *ius transmisionis* en este caso por la existencia anterior de la aceptación tácita. La DGR en resoluciones como la de 19 de septiembre de 2002 o 19 de julio de 2016 (fundamento de Derecho cuarto) entiende que la mera solicitud de inscripción de la herencia por parte de un heredero o cualquier otro acto que puede deducirse de la documentación presentada y de los asientos del Registro pueden implicar la aceptación tácita. Con ello evita la operatividad de la sustitución y se aleja del tenor literal de la disposición testamentaria, criterio defendido por resolución de 2.444/2013, de 29 de octubre (fundamento de Derecho segundo, con cita de la sentencia del TS de Justicia 6.835/2002, de 27 de mayo de 2002 y del Digesto en el sentido que cuando las palabras utilizadas no hay ninguna ambigüedad, no se tiene que admitir cuestión sobre la voluntad.

Por otro lado, defiende que el plazo de 30 años previsto por el derogado artículo 257 de la Compilación, que también recogía el artículo 28 del Código de Sucesiones, es de caducidad y no de prescripción, a diferencia de la acción para declarar la cualidad de heredero, que es imprescindible como señala la jurisprudencia (STS de Justicia 1/2007, de 12 de febrero) y del actual artículo 461.12 del Código de Sucesiones, que no lo sujeta a plazo alguno, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva del tercero, que no puede ser apreciada de oficio por el registrador, como señala el Centro Directivo (así, resolución de 5 de diciembre de 2014, fundamento de Derecho tercero).

En resumen, en el caso debatido, atendiendo a la voluntad del testador al tiempo de la delación, la sustitución vulgar solo operaba para los casos de no querer o no poder aceptar la herencia, equiparable a no aceptarla de manera expresa.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la acción de impugnación de la misma*

Complacency recognition of paternity. Exercise challenge action

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Universidad Derecho Civil. UCM

RESUMEN: El reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. El encargado del Registro civil no puede negar la inscripción en el Registro de tal reconocimiento de complacencia aunque disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica. Si el autor del reconocimiento de complacencia y la madre del reconocido han contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento de este, estamos ante un reconocimiento matrimonial y la acción de impugnación de la paternidad que dicho reconocedor podrá ejercitar será la regulada en el artículo 136 del Código Civil, durante el plazo de caducidad de un año. Y será la que regula el artículo 140.II del Código Civil si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque esta no persista al tiempo del ejercicio de la acción.

ABSTRACT: The recognition of complacency of the paternity not is null by be of complacency. The civil registrar cannot deny the registration of such recognition of complacency although available in actions of significant and conclusive data that be

* Este trabajo se integra dentro del marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de Daños. Derecho de la contratación», de cuyo equipo de investigación formo parte.

deducted that the recognition does not conform to the biological truth. If the author of recognition of complacency and the mother have married after the birth of the minor, the action contesting paternity that the recognizer may exercise be regulated in the article 136 CC, during the term of expiration of a year. And will be which regulates the article 140.II CC if the paternity is not double and has existed possession of State, although this does not persist to the time of the exercise of the action.

PALABRAS CLAVE: Reconocimiento de complacencia. Paternidad. Acción de impugnación.

KEY WORDS: Complacency recognition. Paternity. Challenge action.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: FILIACIÓN, INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y PROTECCIÓN DE LA FAMILIA.—II. RECONOCIMIENTO DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL. EL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA.—III. RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA. —IV. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA DE LA FILIACIÓN.—V. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.—VI. ACTUALIDAD DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO. CONSECUENCIAS.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: FILIACIÓN, INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

La filiación es la relación o vínculo que se establece entre una persona y sus progenitores. Esta afirmación supone que inicialmente estamos ante un hecho biológico basado en el vínculo natural de sangre que se crea cuando una persona ha sido procreada o engendrada por otra.

La Constitución de 1978 acaba con esta concepción tradicional de la filiación al determinar el principio de igualdad entre todos los hijos, que se consagra en el artículo 14 CE, que señala que «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento…», y que se reitera en el artículo 39.2 CE, que dispone que «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación…».

Por otro lado uno de los principios generales de Derecho que informa nuestro ordenamiento jurídico es el del *favor filii*, o *principio del interés superior del menor* de aplicación en esta materia y en el derecho de familia en general. Este principio tiene una especial importancia en temas de filiación, puesto que es una materia con proyección constitucional, que afecta a derechos esenciales del individuo: su propia identidad, derechos sucesorios y alimentos. Esto determina que exista un elemento de *interés social y de orden público*, de tal forma que cuando entra en colisión con otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad o integridad, deban ceder estos frente al derecho a la filiación (por ejemplo STS de 24 de octubre de 1996)[1].

La relación de filiación se enmarca dentro de la familia materia objeto también de protección por el ordenamiento jurídico y por la CE. El principio de

protección a la familia, como núcleo social de especial relevancia, tiene su reflejo en la *presunción de paternidad en el nacimiento de hijos constante matrimonio*; en la *protección de situaciones preexistentes de convivencia familiar, consagrándose la relevancia jurídica de la denominada posesión de estado*; en la *paz familiar*, que determina ciertas limitaciones en la legitimación para instar las acciones de filiación; y, en la exigencia de un *principio de prueba* para interponer la demanda y los plazos de caducidad en el ejercicio de las acciones.

Por último en esta breve introducción no nos queda más que hacer una alusión al contenido básico de la filiación concretándolo en los siguientes derechos:

1. Derecho a los apellidos, que es el derecho a que el origen familiar aparezca en las señas de identidad del menor (art. 109 del Código Civil en relación con el art. 198 RRC).
2. Patria potestad (art. 154 del Código Civil) siempre que el hijo sea menor de edad o incapacitado[2].
3. Derecho a los alimentos[3].
4. Derechos sucesorios que en nuestro Código Civil se funda en la familia, de tal forma que los hijos son herederos forzosos respecto de sus padres, sin distinción de filiación.

II. RECONOCIMIENTO DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

El medio ordinario de determinación de la *filiación no matrimonial* es el reconocimiento (art. 120.1 del Código Civil). El reconocimiento es una afirmación pura y simple de la paternidad, es la declaración de voluntad por parte del progenitor ante la autoridad competente de que ha existido el hecho biológico de la procreación, del que ha nacido el hijo.

En general, como tal declaración de voluntad debe contener los siguientes requisitos o caracteres:

1. Ser un acto voluntario.
2. Personalísimo [aunque puede hacerse por apoderado con poder en documento público (art. 1280.5 del Código Civil)].
3. Puro, no está sometido a término ni condición.
4. Irrevocable[4] solo pierde su fuerza legal si se acredita que se padeció un vicio de voluntad (STS de 27 de octubre de 1993)[5]
5. Tiene efectos retroactivos (art. 112 del Código Civil).

En cuanto al *reconocedor* debe cumplir también una serie de exigencias:

1. Si realiza el reconocimiento por separado (art. 122 del Código Civil) no debe manifestar la identidad del otro, salvo que esté ya determinada legalmente[6].
2. Que tenga capacidad (art. 121 del Código Civil). El reconocimiento otorgado por incapaces o por quienes no tengan edad para contraer matrimonio (los no emancipados, art. 46 del Código Civil) requiere autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

Y claro, también deben cumplirse unas exigencias *respecto del hijo reconocido*, según sus circunstancias pues puede ser mayor de edad[7], puede haber fallecido el

hijo[8], puede tratarse de un hijo concebido y no nacido[9], puede ser un hijo incestuoso[10]... Pero el supuesto más corriente es el del hijo reconocido menor de edad. En este caso la eficacia del reconocimiento queda supeditada al «consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente reconocido» (art. 124 del Código Civil)[11].

El reconocimiento es una declaración de voluntad de carácter solemne y como tal debe cumplir los requisitos de forma, y hacerse ante encargado del Registro civil (120.1 del Código Civil)[12], a través de testamento (120.1 del Código Civil)[13], o de documento público (120.1 del Código Civil), concretados por el artículo 186 RRC[14].

En resumen, la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente en el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro civil, o por el reconocimiento ante el encargado del Registro civil, en testamento o en otro documento público, o por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro civil, o por sentencia firme. Y respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro civil[15].

III. RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA PATERNA DE FILIACIÓN MATRIMONIAL. EL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA

Llegamos así hacia la verdadera razón de este estudio de comentario jurisprudencial de sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de resoluciones de la DGRN: al *reconocimiento de complacencia paterna de filiación*.

La filiación paterna que determinan legalmente los reconocimientos de complacencia que contemplamos pueden ser no matrimoniales (art. 120.1.º y 2.º del Código Civil) o matrimoniales: artículo 138 del Código Civil, primera frase, en relación con los artículos 117 (reconocimiento expreso o tácito del marido), 118 (reconocimiento implícito en el consentimiento del marido) y 119 del Código Civil; respecto a este último, asumiendo que no requiere que el reconocedor sea el padre biológico del reconocido.

El caso concreto que vamos a estudiar, por ser uno de los más utilizados, es el contenido en el artículo 119 del Código Civil, cuando la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando este tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo a través del reconocimiento por el marido de la madre ante el encargado del Registro civil, (en testamento o en otro documento público) del hijo de esta, sabiendo que no es hijo biológico del reconocedor.

¿Qué es y qué implica el reconocimiento de complacencia de un menor hijo de la esposa? Vamos a centrarnos en este análisis teniendo en cuenta que es un reconocimiento válido (pues se cumplen todos los requisitos formales exigidos por el ordenamiento jurídico) de los denominados «de complacencia», en el que ambas partes (reconocedor y madre progenitora) admiten que el hijo cuya filiación se impugna no fue engendrado por el actor. La madre nunca ha negado que el reconocedor fuera el padre biológico del menor, luego carece de sentido someterle a la prueba biológica de paternidad. Obviamente el reconocimiento implica el nacimiento de las relaciones paternofiliales entre reconocedor y reconocido con todos los efectos que ello conlleva.

Lo que caracteriza a este tipo de reconocimientos es que el autor del reconocimiento, sabiendo o teniendo la convicción de que no es el padre biológico del reconocido, declara su voluntad de reconocerlo con el propósito práctico de tenerlo por hijo biológico suyo: *con la finalidad jurídica de constituir entre ambos una relación jurídica de filiación paterna como la que es propia de la paternidad por naturaleza.*

Ha sido el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de julio de 2016[16], quien ha aclarado diferentes conceptos y posiciones jurisprudenciales y ha establecido una nueva posición doctrinal que vamos a ir analizando.

Lo primero que hay que establecer es la diferencia radical entre los *reconocimientos de complacencia* de los denominados *reconocimientos «de conveniencia»*. Hasta ahora esta confusión de conceptos ha sido la que durante varios años ha impedido la inscripción registral de muchos menores. Los reconocimientos de conveniencia persiguen (con una finalidad análoga a la figura más popular de los matrimonios de conveniencia) crear una mera apariencia de que existe una relación de filiación, en orden a conseguir la consecuencia jurídica favorable de una norma (sobre nacionalidad, permisos de residencia, beneficios sociales, etc.) cuyo supuesto de hecho la requiere[17]. Parte de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha detenido a concretar la nulidad de estos reconocimientos de conveniencia, pues en definitiva son reconocimientos realizados en fraude de ley y por tanto nulos.

Otra cuestión importante sobre la que vamos a centrar nuestro estudio reside en concretar la importancia del momento en que este reconocimiento se lleve a cabo, pues si es un reconocimiento matrimonial la filiación es matrimonial. Reconocimiento matrimonial que se produce aunque el hijo haya nacido antes. De manera que si se le reconoce y se inscribe en el Registro civil estando ya casados los padres estamos ante un reconocimiento de filiación matrimonial. Así lo determina el artículo 119 del Código Civil, y así lo interpretan las STS de 28 de noviembre de 2002[18] y 10 de mayo de 2012[19].

En el tema objeto de comentario la jurisprudencia ha ido evolucionando conforme a la evolución de la sociedad. Así hasta ahora, la jurisprudencia y la doctrina menor del Alto Centro Directivo argumentaba que con base al *principio de veracidad biológica* se podían denegar los efectos a un reconocimiento de complacencia, es decir, al efectuado por quien realmente no resulta ser el progenitor del reconocido.

El planteamiento del argumento de la DGRN de considerar a los reconocimientos de complacencia nulos de pleno derecho no pudiendo ser inscritos cuando de las actuaciones, datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad, se mantiene entre otras en las siguientes resoluciones cuyos supuestos de hecho son todos diferentes, pero que tienen como nexo común el sometimiento al principio de la *verdad biológica*: resoluciones de 7 de mayo de 1998[20], de 28 de diciembre de 2002[21] (en este caso se está confundiendo, a mi juicio, reconocimiento de complacencia con el reconocimiento de conveniencia) de 12 de noviembre de 2004[22], de 5 de junio de 2006[23], la de 29 de octubre de 2012[24], la de 4 de septiembre de 2015[25] y otra de la misma fecha de 4 de septiembre de 2015[26].

Resoluciones que siguieron el criterio mantenido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que en 2005 indicó que «Hay que insistir en la idea de que la regulación de la filiación en el Código Civil español se inspira en el principio de la veracidad biológica (SSTC de 26 de mayo de 2005[27] y de 27 de octubre de 2005[28] que declaran la inconstitucionalidad de los arts. 136.1 y 133.1 del Código Civil respectivamente), de modo que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá

ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad». De donde se deduce que la calificación del reconocimiento como de complacencia no queda al arbitrio del encargado del Registro Civil, sino que ha de surgir de datos objetivos, claros e indubitados[29].

La *sanción de nulidad del reconocimiento de complacencia* también fue establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, como en la de 12 de julio de 2004[30] que recogiendo el argumento de la sentencia de 27 de mayo de 2004, se indicaba que «…La jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil ha iniciado una línea de interpretación para dar prioridad a la verdad biológica ya que la reforma operada en el Código Civil por Ley de 13 de mayo de 1981 manifiesta la tendencia a que en materia de estado civil *ha de prevalecer la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial,* procediendo toda clase de pruebas en los juicios de filiación, de lo que deja constancia el artículo 127 del Código Civil, lo que desvanece por completo, como aquí ocurre, la presunción que establece el artículo 116, toda vez que suficientemente se ha probado que el hijo reconocido no es hijo biológico del recurrente».

Línea jurisprudencial que mantenía que la imperatividad del artículo 39 CE, que exige la protección de los hijos, clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad, con la anomalía de atribuir potestad sobre los mismos a quien no es su padre biológico y la aplicación de un formalismo riguroso vendría a potenciar una situación injusta y hasta en línea de fraude, por lo que se impone la adecuada interpretación de la norma en la línea que marca el artículo 3,1 del Código Civil.

Esta doctrina se reitera en la STS de 15 de septiembre de 2003[31], al otorgar toda eficacia decisiva al hecho de que «el padre que impugnó no era padre biológico, pues la paternidad real, en otro caso, resultaría clamorosamente inexacta si se atribuyera a quien ha probado que no engendró el hijo y solo se limitó a reconocerle como acto de complacencia y, aún más, se llegaría a proteger situaciones de indefensión, que violentan el artículo 24 CE…». Aunque en este caso el supuesto de hecho se refería a la impugnación de la paternidad matrimonial en un caso de paternidad biológica descartada por impotencia del padre.

IV. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA DE LA FILIACIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de mayo de 2005 (que declaró la inconstitucionalidad del antiguo artículo 136,1.º del Código Civil)[32] indica que las exigencias del *principio de veracidad biológica o prevalencia de la verdad biológica* (arts. 10.1 y 39.2 CE) pueden y deben cohonestarse con las que impone el principio de *seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles*, especialmente en *interés de los menores de edad* (arts. 9.3, 39.3 y 39.4 CE).

La STC de 27 de octubre de 2005[33] en la que se planteaba la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 133 del Código Civil, concretó que dicho precepto no vulnera el artículo 14 CE por la presunta desigualdad que se establecería entre los progenitores al favorecer al que primero reconozca a un hijo, pues no se puede olvidar que tal precepto se cuestiona por entender que priva de legitimación a los progenitores para reclamar una filiación no matrimonial, faltando la posesión de estado; por tanto, no se discute el régimen del reconocimiento… En cualquier caso, basta examinar la regulación del reconocimiento contenida en

los artículos 121 a 126 del Código Civil para comprobar que el realizado por el primer progenitor se encuentra sometido a los mismos requisitos que el efectuado por el segundo, pues en ambos casos precisarán del consentimiento del hijo si es mayor de edad (art. 123) o, en su caso, si fuera menor, el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido (art. 124)…».

Planteamiento que ha sido seguido por la doctrina del Tribunal Supremo en las sentencias de 3 de diciembre de 2014[34] y de 30 de junio 2016[35], esta última del Pleno.

No impone, pues, nuestra Ley Fundamental que en la filiación por naturaleza la *verdad biológica prevalezca siempre sobre la realidad jurídica: sobre la determinación legal de esa clase de filiación.* De otro modo, habría que considerar inconstitucionales la totalidad de las limitaciones de la legitimación activa y los plazos de caducidad que resultan de la regulación «De las acciones de filiación» contenida en el Capítulo III del Título V del Libro I del Código Civil.

V. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

La doctrina jurisprudencial se forma con vocación de estabilidad y permanencia por exigirlas la certeza del derecho, y el principio de seguridad jurídica, ello no significa que deba enquistarse, pues debe responder a la evolución y desarrollo jurídico en atención a las circunstancias de los tiempos. No obstante en el tema que nos ocupa se ha producido una variación en la interpretación del artículo 119 del Código Civil, de acuerdo a la realidad social del momento en que se aplica (art. 3.1 del Código Civil), lo cual va a determinar la aplicación del artículo 136 del Código Civil, y no del artículo 140 del Código Civil.

Como hemos indicado anteriormente en un primer momento, tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, la jurisprudencia en su primera labor interpretadora otorgó validez a la nulidad del reconocimiento de complacencia por considerar primordial el dato objetivo de la *realidad biológica y su prevalencia respecto a la filiación normal.* Así surge la línea de interpretación que da prioridad a la verdad biológica de las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 1993[36], de 23 de marzo de 2001[37], de 3 de diciembre de 2002[38], de 15 de septiembre de 2003[39], y de 27 de mayo de 2004[40].

Esta línea jurisprudencial que sigue el principio de veracidad biológica y que exigiría la *nulidad de los reconocimientos de complacencia* quedó ya implícitamente rechazada por la STS de 14 de julio de 2004[41]. Desde entonces nunca ha sido acogida por el Tribunal Supremo que tampoco mantiene desde hace años la doctrina de la nulidad en general de los reconocimientos contrarios a la verdad biológica, y que sí había sido seguida en las sentencias anteriores de 28 de marzo de 1994[42], de 31 de octubre de 1997[43] y de 4 de junio 2004[44].

Por otro lado, se encuentra la jurisprudencia que mantiene un *nuevo criterio doctrinal,* como la declarada en la sentencia de 4 de julio de 2011[45], que consideró que el artículo 140 del Código Civil se aplica en los casos de filiación extramatrimonial, pero que ya fue tímidamente iniciado por las STS de fecha 28 de noviembre de 2002[46] y posteriormente por la de 10 de mayo de 2012[47]. Esta última citó las SSTS de 27 de mayo de 2004[48] y de 12 de julio de 2004[49], cuya doctrina indica que *es posible ejercitar la acción de impugnación de paternidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 140 del Código Civil cuando se trate de un reconocimiento de complacencia en el que no existe paternidad biológica*.

La aplicación del artículo 119 del Código Civil se produce con independencia de la existencia o no de una relación biológica del padre reconocedor con el reconocido, porque se trata de un *efecto legal del reconocimiento, unido al matrimonio de los padres*, y que la restauración de la situación relativa a la coincidencia con la verdad biológica solo puede tener lugar mediante las correspondientes acciones de impugnación de la filiación, que deben ejercitarse en los plazos y condiciones previstos en la ley.

La filiación tiene carácter matrimonial por cuanto una vez contraído matrimonio, el impugnante reconoció al hijo de su esposa, es decir, de acuerdo con uno de los medios para determinar la filiación matrimonial previstos en el artículo 120 del Código Civil, tal como ya se afirmó hace años en la STS de 28 de noviembre de 2002 al decir que «la impugnación de la filiación (ya determinada) después del matrimonio de los padres es el de la filiación matrimonial. Por el matrimonio de los padres, el estado de filiación de los hijos habidos antes cambia de régimen y se cumple la prevención del artículo 119 de que el hecho de la filiación quede determinado legalmente con el hecho del subsiguiente reconocimiento».

Así pues la nueva doctrina mantiene que en el reconocimiento de complacencia matrimonial precisamente no se está cuestionando la verdad biológica de la paternidad pues ella es sabida y reconocida. El reconocedor tras contraer matrimonio con la demandada, reconoce como hija suya a la de su esposa, por lo que estamos ante un caso de reconocimiento de complacencia. Ante tales reconocimientos, ni la doctrina ni la jurisprudencia han interpretado pacíficamente los criterios de impugnación (tal como ya señaló la STS de 26 de noviembre de 2001[50]).

La cuestión que se plantea se concreta en *si esta filiación es matrimonial o no matrimonial,* pues si se le otorga la primera calificación resulta de aplicación el artículo 136 del Código Civil que establece un plazo de un año para la impugnación de la paternidad, mientras que si se califica como no matrimonial es de aplicación el artículo 140 del Código Civil, que establece un plazo de cuatro años para su impugnación. Para lo cual hay que tener en cuenta que el artículo 119 del Código Civil establece: «*La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando este tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente*».

En definitiva, la nueva tendencia doctrinal se aparta de la anterior doctrina donde este precepto había sido interpretado en la STS de 27 mayo de 2004 que indicaba que la filiación será no matrimonial cuando los progenitores se casen con posterioridad al nacimiento del hijo cuando este no sea hijo biológico del padre. En ella se afirmaba que «el artículo 119 determina que la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores, dando a entender que se trata de padre y madre reales y que se casan con posterioridad al nacimiento del hijo o de los hijos habidos de una unión extramatrimonial precedente y siempre que el hecho de la filiación quede determinado en forma legal, (…) por lo que junto a los nacidos constante matrimonio (matrimonios originarios) se colocan los nacidos con anterioridad no estando los padres casados (hijos matrimoniales anticipados). (…) El artículo 140, al referirse expresamente a la filiación extramatrimonial, se está proyectando a los hijos nacidos sin que los padres que se hubieran casado, como a los nacidos antes del matrimonio y no resultan hijos biológicos, no obstante el matrimonio de la madre progenitora y padre no progenitor». Y con ello la nulidad de los reconocimientos de complacencia; lo que vendría confirmado con la subsiguiente cita de un párrafo

de la sentencia de esta sala de 12 de julio de 2004 en el sentido de que «ha de prevalecer la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial».

VI. ACTUALIDAD DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO. CONSECUENCIAS

La nueva tendencia interpretadora concreta que el artículo 119 del Código Civil establece que la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores aun cuando este tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente. Su finalidad es *robustecer la protección jurídica de la familia que se ha convertido en matrimonial haciendo más difícil la impugnación de la filiación*[51].

El TS en su labor interpretadora aclara que el término *progenitor* del precepto no se refiere al padre y la madre biológicos sino legales, esto es, a las personas cuya paternidad y maternidad ha quedado determinada legalmente, aunque tal determinación se produzca con posterioridad a la celebración del matrimonio.

El orden temporal en el que hayan tenido lugar el matrimonio y la determinación legal de la filiación (el reconocimiento de la paternidad) es irrelevante para la consecuencia de que la filiación adquiere a todos los efectos el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio.

Si el reconocimiento es posterior al matrimonio, el *dies a quo* del plazo de caducidad de un año será el día de la perfección del reconocimiento. Si el matrimonio es posterior, el día de su celebración; aunque, si hubiera caducado antes la acción para impugnar la paternidad no matrimonial, debería denegarse también al reconocedor la acción del artículo 136 del Código Civil, pues no parece lógico que disponga de un mayor plazo para impugnar por el simple hecho de haberse casado con la madre[52].

Aunque como hemos visto que en los primeros años había una línea jurisprudencial que consideraba como fundamento el principio de verdad biológica, es cierto que el Código Civil no establece como requisito estructural para la validez del reconocimiento que este se corresponda con la verdad biológica. No figura como tal requisito en los artículos 121 a 126 del Código Civil. Ningún otro artículo del mismo cuerpo legal contempla una acción de anulación del reconocimiento por falta de correspondencia con la verdad biológica; es más, su artículo 138 del Código Civil parece excluir toda acción de anulación del reconocimiento, por falta de dicha correspondencia, que no sea la contemplada en el artículo 141 del Código Civil.

Ninguno de los *requisitos de validez o eficacia del reconocimiento* establecidos en los artículos 121 a 126 del Código Civil buscan asegurar que aquel se corresponda con la verdad biológica como se mantuvo en un principio por la jurisprudencia del TS:

- Ni la aprobación judicial exigida por el artículo 121 del Código Civil para el reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad.

Recordemos que el artículo 26,1.º de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria indica que «El juez resolverá lo que proceda sobre el reconocimiento de que se trate, atendiendo para ello al discernimiento del progenitor, la veracidad o autenticidad de su acto, la verosimilitud de la relación de procreación, sin necesidad de una prueba plena de la misma, y el interés del reconocido cuando sea menor o persona con capacidad modificada judicialmen-

te». Precepto que sí establece que la correspondencia con la verdad biológica sea con carácter general un requisito de validez del reconocimiento. El juez habrá de asegurarse de que el incapaz o el que no puede contraer matrimonio por razón de edad, mantiene su intención de reconocer, teniendo capacidad suficiente para entender y querer los efectos jurídicos de tal reconocimiento (de complacencia).

• Ni la aprobación judicial que requiere el artículo 124 del Código Civil, puesto que la falta de tal correspondencia (del reconocimiento con la verdad biológica) no tiene por qué significar que el reconocimiento sea contrario al interés del menor o incapaz de cuyo reconocimiento se trate.

Esta doctrina jurisprudencial se desliga de la línea anterior también al mantener que considerar que la tesis de que el reconocimiento de complacencia de la paternidad es nulo por falta de objeto *presupondría sin base legal alguna que el reconocimiento equivaldría a una confesión de la realidad* o, al menos, de la convicción que el reconocedor tiene de que el reconocido es hijo biológico suyo.

En este punto la STS de 15 de julio de 2016 indica que esa era la tesis que implícitamente se mantenía en el Voto particular disidente de la STS de 4 de julio de 2011 de Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, aunque en mi opinión lo que se mantenía en ese voto particular realmente no era ese argumento sino que el reconocimiento voluntario, libre, consciente no puede ser objeto de una revocación arbitraria, que hay que ser consecuente con sus propios actos y que admitir su irrevocabilidad implicaría atentar contra la seguridad del estado civil de la persona y provocaría una alteración de efectos otorgados por la ley que los prevé por la declaración de paternidad, pero no establece como determinante de la filiación extramatrimonial que el reconocedor sea padre verdadero, biológico, del reconocido, sino que el ordenamiento contempla otras situaciones en las cuales la normativa permite la filiación no biológica como son los casos de adopción y de la reproducción asistida.

La discrepancia de O'CALLAGHAN se concreta en evitar la inestabilidad que puede suponer el reconocimiento del menor y posteriormente la impugnación de la paternidad, argumentandolo en la protección integral de los hijos del artículo 39.2 de la Constitución Española. Pretende evitar que el reconocimiento quede al arbitrio de un reconocedor y de que mantenga las buenas relaciones con la madre de un hijo biológico de ella y reconocido por él.

No obstante, la nueva doctrina jurisprudencial mantiene la importancia de *la causa del reconocimiento de complacencia originadora de una relación jurídica de filiación* entre él y la persona de la que sabe o tiene la convicción de que no es hijo biológico suyo, y su diferencia con *la causa de la adopción que origina una relación jurídica de filiación adoptiva con el reconocido*. Frente a antiguas tesis mantenidas por la DGRN en resolución de 4 de septiembre de 2015 (*vid.* nota núm. 25).

La posibilidad de impugnación de la filiación por el reconocedor no puede considerarse tampoco una motivación contraria al orden público, cuando el propio legislador (hoy la Ley 17/2006, de 26 de mayo) permite con gran amplitud las técnicas de reproducción humana asistida con gametos o preembriones de donantes.

Los reconocimientos de complacencia de la paternidad son frecuentes, y no se aprecia que susciten reproche social cumpliendo una función que se ajusta a los deseos y satisface bien los intereses de todos. En ningún caso son contrarios a la moral.

No cabe fundar la nulidad de los reconocimientos en el artículo 6.4 del Código Civil (fraude objetivo de las normas sobre la adopción), porque la sanción que

establece no es la nulidad, y obviamente el reconocimiento de complacencia no vale para establecer una filiación adoptiva entre el reconocedor y el reconocido; ni para determinar una filiación por naturaleza. Como se entendió en un inicio al confundir los reconocimientos de complacencia con los de conveniencia.

Todos estos argumentos han llevado al TS a considerar que privar al autor del reconocimiento de complacencia de la acción de impugnación de la paternidad fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido carece de base legal en las normas sobre filiación, ya que ni el artículo 136 del Código Civil ni el artículo 140 del Código Civil privan de dicha acción al marido en el primer caso, o al reconocedor en el segundo que, en los casos que respectivamente contemplan los artículos 117 y 118 del Código Civil, haya reconocido su paternidad expresa o tácitamente, o consentido la inscripción de la filiación como matrimonial, sabe o está convencido de no ser el padre biológico del hijo de su cónyuge.

Recordemos además la doctrina jurisprudencial iniciada por la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de 4 de julio de 2011 que indicó que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad puede ejercitar una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido que de prosperar el reconocimiento devendrá ineficaz. Sentencia que además concretó que la acción procedente será la regulada en el artículo 136 del Código Civil si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el artículo 140.II del Código Civil si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque esta no persista al tiempo del ejercicio de la acción.

El legislador ha atendido las exigencias del *principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares* y de *estabilidad del estado civil* determinado mediante el reconocimiento, especialmente en interés del reconocido, estableciendo los respectivos plazos de caducidad de un año (art. 136 del Código Civil) y cuatro años (art. 140.II del Código Civil), se trate o no de un reconocimiento de complacencia.

Resulta interesante recalcar la diferencia entre el reconocimiento de complacencia y el reconocimiento «de conveniencia» o en fraude de ley, donde la regla *nemo audiatur propriam turpitudinem allegans* («No se escucha a nadie [en juicio] que alega su propia torpeza») no puede valer para impedir al reconocedor de complacencia el ejercicio de la expresada acción de impugnación de la paternidad.

Insiste el Tribunal Supremo, a fin de desmontar la teoria de O'CALLAGHAN que no cabe invocar a dicho efecto lo que dispone el artículo 7.1 del Código Civil (doctrina de los actos propios), pues *las cuestiones de estado civil son de orden público indisponible* (art. 1814 del Código Civil). Frente al criterio del citado magistrado que mantuvo que «la doctrina de los actos propios no permite que un acto jurídico como el reconocimiento voluntario, libre, consciente, pueda ser objeto de revocación arbitraria, simplemente porque el sujeto activo ha roto su relación con la madre».

El reconocimiento *es irrevocable pero eso significa que el reconocedor no puede hacerlo ineficaz mediante una declaración de retractación*. Con esta afirmación se considera incorrecto calificar de revocación la ineficacia sobrevenida del reconocimiento, sea o no de complacencia, a consecuencia de haber prosperado la acción de impugnación de la paternidad por no ser el reconocedor el padre biológico del reconocido (ver los arts. 737 y 741 del Código Civil). También aquí el TS se aparta y critica el voto particular reseñado de O'CALLAGHAN que estableció que «El reconocimiento, como declaración de afirmación y como creador de un estado civil, no puede ser revocado; admitir su revocabilidad implicaría atentar contra la seguridad del estado civil de la persona y provocaría una alteración de

efectos no otorgados por el que reconoce, sino por la ley que los prevé por la declaración de paternidad (recuérdese que el reconocimiento es un acto jurídico). Esta irrevocabilidad se da incluso cuando se plasma el reconocimiento en un acto externo esencialmente revocable como el testamento (art. 741 del Código Civil)».

Es cierto que el artículo 8.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, prohíbe impugnar su paternidad al marido que haya prestado consentimiento formal, previo y expreso a la fecundación de su mujer con contribución de donante o donantes; pero la diferencia entre ese tipo de casos y los reconocimientos de complacencia de la paternidad es clara y decisiva: el reconocedor de complacencia es ajeno a la decisión de la madre de engendrar al que será reconocido por aquel.

La jurisprudencia determina que no debe darse una visión general de los reconocedores de complacencia como personas frívolas o inconstantes, cuyos caprichosos cambios de opinión no pueda el Derecho tolerar. Lo que equivale a decir que no debe privárseles a los reconocedores de toda posibilidad de reconstruir su vida afectiva y familiar, aunque se haya quebrado la convivencia con la madre del reconocido a pesar de lo que, en la normalidad de los casos, preveían y deseaban que ocurriera. Alegación que se realiza para desmontar una de las alegaciones formuladas en el voto particular en su día por O'CALLAGHAN, quien señaló que «el estado civil, del que forma parte la filiación de una persona, se considera un atributo esencial de la misma, de orden público sometido a normas imperativas e indisponibles por los interesados, quedando fuera de la autonomía de la voluntad. Por lo que mal puede el reconocedor, por sus cambios de humor (o de amor) disponga del estado civil de filiación que el mismo ha reconocido conscientemente».

De hecho la jurisprudencia considera acertada la solución del ordenamiento jurídico de que los reconocedores de complacencia puedan tener la posibilidad de impugnar su paternidad abierta durante los breves plazos de caducidad establecidos con carácter general en los artículos 136 y 140.II del Código Civil. Frente a la tesis mantenida por O'CALLAGHAN quien consideró que «El artículo 140, 1.º del Código Civil no admite plazo de caducidad, por lo que si se admite la posición que sustenta la sentencia de la que respetuosamente disiento, el reconocedor tiene toda la vida, o un hermanastro, u otro «a quien perjudique» para eliminar una filiación que simplemente le molesta. Mantener que al párrafo primero se le aplica la caducidad del segundo, es ir contra ley, lo que ni el sentido jurídico, ni el principio constitucional de seguridad jurídica permiten: no puede la jurisprudencia, aunque quiera, poner una caducidad, donde no la hay en el Código Civil y la doctrina es unánime en afirmar su imprescribilidad».

El planteamiento de esta cuestión presupone distinguir las *acciones de anulación del reconocimiento en sí*, que combaten directamente la validez del reconocimiento como título de determinación legal de la filiación paterna, de las *acciones de impugnación de la paternidad* legalmente determinada mediante el reconocimiento. Estas últimas acciones se basan en la inexistencia del título de constitución de la filiación paterna —en no ser el reconocedor el padre biológico del reconocido—, y que, de prosperar, provocarán la ineficacia sobrevenida del reconocimiento. La STS de 5 de julio de 2004[53], dejó sentado que «según dispone el artículo 138 del Código Civil, tratándose de una filiación matrimonial determinada por el reconocimiento (el formal, que regula el artículo 120.1.º, el expreso o tácito al que se refiere el artículo 117, y el implícito en el consentimiento para la inscripción de la filiación como matrimonial, que contempla el artículo 118), cabe una impugnación del título de determinación, por existencia de vicio en la

formación o exteriorización de la voluntad, mediante la llamada *acción declarativa negativa que regulan los artículos 138 y 141*, y una impugnación por causas distintas, entre ellas la inexistencia de una realidad biológica (mediante una acción de impugnación en sentido estricto), que regulan el mismo artículo 138 y, por remisión, las normas contenidas en la sección y capítulo terceros del título quinto del libro primero del Código Civil, entre otras, la del artículo 136».

En definitiva, la acción de impugnación de la paternidad en caso de filiación no matrimonial es la regulada en el artículo 140.II del Código Civil, sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años. Cuando la filiación paterna que determine legalmente el reconocimiento de complacencia sea matrimonial, la acción que podrá ejercitar el reconocedor es la regulada en el artículo 136 del Código Civil, sujeta a un plazo de caducidad de un año.

VII. CONCLUSIONES

I. El reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. No debe confundírsele con el reconocimiento de conveniencia.

II. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica.

III. El sujeto que realiza válidamente un reconocimiento de complacencia de la paternidad está legitimado activamente para ejercitar una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido.

IV. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente será la regulada en el artículo 136 del Código Civil si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el artículo 140.II del Código Civil si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque esta no persista al tiempo del ejercicio de la acción.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STC, Pleno, sentencia 138/2005 de 26 de mayo de 2005, Rec. 929/1996. Ponente: Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ. *(La Ley* 2005, 1328).
- STC, Pleno, sentencia 273/2005 de 27 de octubre de 2005, Rec. 1687/1998. Ponente: Elisa PÉREZ VERA. *(La Ley* 2005, 1947).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 494/2016 de 15 de julio de 2016, Rec. 1290/2015. Ponente: Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO. *(La Ley* 2016, 85462).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 441/2016 de 30 de junio de 2016, Rec. 1957/2015. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. *(La Ley* 2016, 71613).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 707/2014 de 3 de diciembre de 2014, Rec. 1946/2013 *(La Ley* 2014, 175706).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 300/2012 de 10 de mayo de 2012, Rec. 19/2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. *(La Ley* 2012, 58421).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 318/2011 de 4 de julio de 2011, Rec. 385/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. *(La Ley* 2011, 165555).

- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 793/2004 de 14 de julio de 2004, Rec. 2576/2000. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. *(La Ley* 2004, 167521).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 738/2004 de 12 de julio de 2004, Rec. 4233/2000. Ponente: José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ. *(La Ley* 2004, 165150).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 579/2004 de 5 de julio de 2004, Rec. 2303/1998. Ponente: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL. *(La Ley* 2004, 13308).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 498/2004 de 4 de junio de 2004, Rec. 2338/1998. Ponente: José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ. *(La Ley* 2004, 13021).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 453/2004 de 27 de mayo de 2004, Rec. 2002/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. *(La Ley* 2004, 13004).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 825/2003 de 15 de septiembre de 2003, Rec. 2786/2000. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. *(La Ley* 2003, 2832).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 1140/2002 de 3 de diciembre de 2002, Rec. 1465/1997. Ponente: Román GARCÍA VARELA. *(La Ley* 2003, 152).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 1162/2002 de 28 de noviembre de 2002, Rec. 1362/1997. Ponente: Clemente AUGER LIÑÁN. *(La Ley* 2003, 598).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 1131/2001 de 26 de noviembre de 2001, Rec. 2380/1996. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. *(La Ley* 2002, 1644).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 276/2001 de 23 de marzo de 2001, Rec. 655/1996. Ponente: Román GARCÍA VARELA. *(La Ley* 2001, 4332).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 31 de octubre de 1997, Rec. 2916/1993. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. *(La Ley* 1997, 11283).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 24 de octubre de 1996, Rec. 3902/1996. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. *(La Ley* 1997, 33).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 28 de marzo de 1994, Rec. 1574/1991. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. *(La Ley* 1994, 6086-R).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 27 de octubre de 1993. Ponente: Gumersildo BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE. *(La Ley* 1994, 15791-R).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 30 de enero de 1993. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA. *(La Ley* 1993, 448-5).

- RDGRN de 4 de septiembre de 2015 *(La Ley* 2015, 225180).
- RDGRN de 29 de octubre de 2012 *(La Ley* 2012, 252641).
- RDGRN de 5 de junio de 2006 *(La Ley* 2006, 84038).
- RDGRN de 16 de mayo de 2006 *(La Ley* 2006, 82125).
- RDGRN de 19 de octubre de 2005 *(La Ley* 2005, 13966).
- RDGRN de 12 de noviembre de 2004 *(La Ley* 2004, 289250).
- RDGRN de 28 de diciembre de 2002 *(La Ley* 2003, 12116).
- RDGRN de 3 de mayo de 2001 *(La Ley* 2001, 89481).
- RDGRN de 7 de mayo de 1998 *(La Ley* 1999, 401).

IX. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN CITADA

- Constitución Española (arts. 14, 39)
- Código Civil (arts. 119, 136 a 141)
- Código Civil de Catalunya (art. 235-27-4.º)
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida del artículo 7-3.
- Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (*BOE* 14 de julio).
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE* 29 de julio)

NOTAS

[1] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 24 de octubre de 1996, Rec. 3902/1996. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA *(La Ley* 1997, 33). En un supuesto de investigación de la paternidad, se consideró que es posible la negativa a someterse a análisis hematológicos, pero tal negativa tiene el carácter de *ficta confessio* cuando se rehúsa su práctica de forma injustificada. La obligación a someterse a tal prueba para determinar la paternidad en los procesos sobre filiación no supone una vulneración a los derechos fundamentales de intimidad e integridad física pues es prevalente el interés social de protección de los hijos y la familia. El ordenamiento otorga cobertura legal a dicha medida.

[2] Artículo 111. Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor: 1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

2.º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En ambos supuestos, el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo necesita él mismo o su representante legal. Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad. Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.

Exclusiones de la patria potestad: se produce en supuestos especiales cuando se le ha condenado en sede penal por relaciones sexuales que produjeron la generación o cuando la filiación se ha determinado en sentencia civil contra su oposición.

Efectos: Privación del ejercicio de la patria potestad y de las funciones tuitivas, la pérdida de derechos reconocidos por ley respecto de hijo o descendientes del hijo (herencia)…

[3] El artículo 110 del Código Civil señala que el padre o la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y prestar alimentos. La exclusión de la patria potestad deja a salvo el derecho a alimentos, según determina el artículo 111 del Código Civil. Derecho en sentido amplio, pues la filiación determina el nacimiento de todas las funciones tuitivas.

[4] RDGRN de 29 de octubre de 2012 *(La Ley* 2012, 252641). Los promotores instaron la inscripción de reconocimiento paterno del hijo de ambos, nacido en M. en 2008 e inscrito únicamente con filiación materna. Ambos recurrentes, solteros en el momento de la solicitud, comparecieron conjuntamente ante la encargada del Registro reconociendo la filiación no matrimonial paterna y materna de su hijo. En esta situación, a pesar de la retractación de ambos, debe practicarse la inscripción en los términos acordados por el auto recurrido porque, en armonía con *el carácter de interés público que tiene en el plano jurídico todo estado civil, la cuestiones relativas al mismo están, en principio, sustraídas a la autonomía de la voluntad, lo que determina que no pueda darse relevancia a las decisiones de los interesados fuera de los supuestos permitidos por la legislación.* Así, el declarante no puede después, ni aun con el consentimiento de la madre, renunciar a las consecuencias que su acto jurídico comporta ni arrepentirse o retractarse de su declaración revocándola.

Esta doctrina tiene su reflejo expreso en los preceptos del Código, pues ni siquiera en el caso de que el reconocimiento se haya efectuado en un acto tan esencialmente revocable como el testamento es posible la revocación de dicho reconocimiento (art. 741 del Código Civil). Todo ello se entiende sin perjuicio de que los interesados puedan impugnar la filiación paterna en la correspondiente vía judicial.

[5] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 27 de octubre de 1993. Ponente: Gumersildo BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE. *(La Ley* 1994, 15791-R). Reconocimiento de paternidad, hecho por el padre en acta notarial, tiene el carácter de acto unilateral, personalísimo, formal y, sobre todo, irrevocable. Solo pierde su fuerza si se acredita haber incurrido en un vicio de voluntad. En autos no se menciona ningún vicio de dolo, violencia e intimidación, y hay pruebas de que siempre reconoció el actor la paternidad de la menor.

[6] El antiguo 132.2.º del Código Civil prohibía a los funcionarios autorizar documento alguno que infringiere este principio, bajo multa de 125 a 500 Ptas. Actualmente el problema es cerciorarse de cuando está legalmente determinada.

[7] El reconocimiento del hijo *mayor de edad* no surtirá efectos sin su reconocimiento expreso o tácito. El reconocedor queda vinculado por su declaración de reconocimiento, pero no tiene efectos hasta que sea aceptada por el hijo mayor de edad. (art. 123 del Código Civil)

[8] Cuando se reconoce a un *hijo fallecido* se requiere el consentimiento de sus descendientes (126 del Código Civil).

[9] En cuanto al *hijo concebido y no nacido*, conforme al artículo 29 del Código Civil no puede impedirse este reconocimiento. Pero la exigencia del artículo 122 (no revelar el otro progenitor) impide el reconocimiento unilateral por el padre, pues no puede individualizarse al concebido no nacido más que por referencia a la madre. Por tanto, solo sería posible el reconocimiento conjunto de ambos progenitores.

[10] En cuyo caso se requiere previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Se exige que convenga al menor o incapaz. Y cuando el hijo alcance la plena capacidad puede invalidar esta determinación, siempre que no la haya consentido. (125 del Código Civil).

[11] Es inscribible el reconocimiento de la paternidad no matrimonial de un menor de edad declarado en desamparo, cuando ha prestado su consentimiento el organismo público que había asumido la tutela y representación del mismo. RDGRN de 3 de mayo de 2001 *(La Ley* 2001, 89481).

El reconocedor puede acudir a cualquiera de los dos procedimientos (RDGRN 2 de junio de 1981. *La Ley* 11696-NS/0000). Excepción: Artículo 124.2 del Código Civil.— cuando el reconocimiento se hace en testamento o dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento (de 24 h, a 8 días o 16 con justa causa). En estos casos, a petición de la madre durante el año siguiente, puede suspenderse, aunque el padre puede pedir confirmación por aprobación judicial con audiencia del M.º Fiscal.

RDGRN de 19 de octubre de 2005 *(La Ley* 2005, 13966) dispone que siendo válido formalmente el reconocimiento, este se ha efectuado dentro del plazo extraordinario de treinta días, a contar desde el nacimiento, establecido en el artículo 166 RRC, por lo que no es necesario la concurrencia del consentimiento del progenitor primeramente conocido, sin perjuicio del derecho de la madre a pedir la suspensión de la inscripción de paternidad

[12] Puede hacerse por el padre o la madre en cualquier tiempo. Si se realiza dentro del plazo de inscripción no requiere consentimiento de nadie

[13] No es cualquier testamento, sino el otorgado en documento público. Es irrevocable, aunque luego se revoque el testamento (741 del Código Civil) o se declaren nulas otras estipulaciones del testamento. El reconocimiento efectuado por medio de testamento con el consentimiento de la madre, prestado mediante comparecencia ante el juez de distrito, produjo formalmente sus efectos. No afecta a esta eficacia el hecho de que el testador aún viva ni de que pudiera revocar el testamento. (RDGRN de 16 de mayo de 2006 [*La Ley* 2006, 82125]).

[14] Escritura pública; Acta civil de celebración de matrimonio de los padres; Expediente de inscripción de matrimonio fuera de plazo; Capitulaciones matrimoniales y Acto de conciliación.

[15] Artículo 120 del Código Civil redactado por la disposición final segunda 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 (*BOE* 14 de julio).

[16] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia 494/2016 de 15 julio de 2016, Rec. 1290/2015. Ponente: Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO. *La Ley* 2016, 85462.

[17] Estos reconocimientos se contemplan en el apartado 4 del artículo 235-27 del Código Civil de Cataluña, a cuyo tenor: «El reconocimiento de paternidad hecho en fraude de ley es nulo. La acción de nulidad es imprescriptible y puede ser ejercida por el Ministerio Fiscal o por cualquier otra persona con interés legítimo y directo».

[18] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia 1162/2002 de 28 de noviembre de 2002, Rec. 1362/1997. Ponente: Clemente AUGER LIÑÁN *(La Ley* 2003, 598). Legitimación para el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación matrimonial que es mucho más restringida que la que se fija para impugnar una filiación no matrimonial. Después del matrimonio de los padres, el régimen aplicable a la acción de impugnación de la filiación ya determinada mediante su reconocimiento es el de la filiación matrimonial.

«Como expresa la sentencia y se pronuncia el Ministerio Fiscal, la reglamentación del Código Civil sobre legitimación para el ejercicio de acciones de impugnación de la filiación aparece inspirada por el principio de que la investigación de la verdad biológica debe resultar atemperado por la necesidad de preservar la paz familiar y la intimidad de las relaciones matrimoniales, de tal forma que se establece un sistema en el que la legitimación activa para impugnar una filiación matrimonial aparece mucho más restringida que aquella que se fija para impugnar una filiación no matrimonial, en cuyo caso es también más limitada si media posesión de estado (arts. 136 a 141 del Código Civil)».

La doctrina aclara que la impugnación de la filiación (ya determinada), después del matrimonio de los padres, es el de la filiación matrimonial. Por el matrimonio de los padres, el estado de filiación de los hijos habidos antes cambia de régimen y se cumple la prevención del artículo 119 de que el hecho de la filiación quede determinado legalmente con el hecho del subsiguiente reconocimiento.

[19] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia 300/2012 de 10 de mayo de 2012, Rec. 19/2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. *(La Ley* 2012, 58421).

[20] No hay duda de que respecto de la filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento las normas forales navarras contienen una regulación completa, de modo que es improcedente completarlas con normas contenidas en el Código Civil. La Ley 68 del Fuero Nuevo de Navarra señala que la filiación no matrimonial se determina para cada uno de los progenitores por su reconocimiento, «sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación del Registro civil», porque esta salvedad ha de interpretarse en el sentido de que siguen vigentes las formas de determinación de la filiación no matrimonial reguladas especialmente en la Ley del Registro civil, …la determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento voluntario está regulada íntegramente por la Ley Foral y su aplicación no puede quedar desvirtuada exigiendo, contra la letra de las normas, requisitos no impuestos por estas». RDGRN de 7 de mayo de 1998 *(La Ley* 1999, 401).

[21] RDGRN de 28 de diciembre de 2002 *(La Ley* 2003, 12116). «La filiación paterna no matrimonial queda determinada legalmente por reconocimiento del que afirme ser padre efectuado por comparecencia ante el encargado del Registro civil (art. 120.1 del Código Civil) y, si el reconocido es menor de edad, el reconocimiento es eficaz si presta su consentimiento expreso la madre y representante legal del menor (cfr. art. 124, I del Código Civil).

Todas estas condiciones concurren en los reconocimientos discutidos y, si bien es cierto, que, aun así, esos reconocimientos no serían inscribibles si hay datos objetivos que permitan estimar los mismos como reconocimiento de complacencia que no se ajustan a la realidad, a la vista de que el principio de veracidad biológica es el inspirador de la regulación del Código Civil en materia de filiación, también es cierto que las simples sospechas de que el reconocimiento no responde a la verdad es cuestión que escapa a la calificación del encargado que solo puede denegar la inscripción cuando de las manifestaciones solemnes de los interesados se deduce, sin lugar a dudas, la falta de veracidad del reconocimiento».

El supuesto de hecho, era el reconocimiento por un sujeto español de los dos hijos de una mujer ecuatoriana, ejercitado el reconocimiento en la embajada de España en Quito, aludiendo que realiza el reconocimiento de los hijos pero que él no era el padre biológico de los mismos.

[22] RDGRN de 12 de noviembre de 2004 *(La Ley* 2004, 289250). «La filiación paterna no matrimonial queda determinada legalmente por reconocimiento del que afirme ser padre efectuado por comparecencia ante el encargado del Registro civil (art. 120.1 del Código Civil) y, si el reconocido es menor de edad, el reconocimiento es eficaz si presta su consentimiento expreso la madre y representante legal del menor (art. 124.1 del Código Civil). Todas estas condiciones concurren en los reconocimientos discutidos y, si bien es cierto, que, aun así, esos reconocimientos no serían inscribibles si hay datos objetivos que permitan estimar los mismos como reconocimiento de complacencia que no se ajustan a la realidad, a la vista de que el principio de veracidad biológica es el inspirador de la regulación del Código Civil en materia de filiación, también es cierto que las simples dudas o sospechas de que el reconocimiento no responde a la verdad es cuestión que escapa a la calificación del encargado que solo puede denegar la inscripción cuando de las manifestaciones solemnes de los interesados se deduce, sin lugar a dudas, la falta de veracidad del reconocimiento».

[23] RDGRN de 5 de junio de 2006 *(La Ley* 2006, 84038). Estamos ante el supuesto de hecho del reconocimiento del menor por la pareja femenina de una relación materna no matrimonial, donde el menor se ha realizado por medio de Técnicas de Fecundación artificial. Se deniega la inscripción respecto de la pareja de hecho de la madre biológica que consintió su inseminación artificial. La maternidad es única y viene determinada por el hecho del nacimiento, sin que pueda sobrevenir otro reconocimiento de maternidad por otra mujer. El vínculo intentado solo puede obtenerse a través de la adopción. Inaplicación analógica del precepto conforme al cual los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la madre se considerarán hijos del hombre que la ha consentido previamente en documento público.

Resolución dictada antes de la modificación en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida del artículo 7-3 que indica que «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge». (Redactado por el apartado uno de la disposición final quinta 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 [*BOE* 14 de julio]).

[24] RDGRN de 29 de octubre de 2012 *(La Ley* 2012, 252641). Los promotores instaron la inscripción de reconocimiento paterno del hijo de ambos, nacido en M. en 2008 e inscrito únicamente con filiación materna. La encargada del Registro acordó la práctica de la inscripción solicitada y la consiguiente atribución al menor del apellido paterno. El auto fue recurrido por ambos solicitantes, que se retractaron de su declaración inicial, negando la paternidad biológica del promotor respecto del nacido y solicitando que la inscripción se mantenga solo con la filiación y los apellidos maternos. Se trata pues de un reconocimiento voluntario formalizado en comparecencia ante la encargada del Registro civil, es decir, en una de las formas solemnes establecidas en el Código Civil (art. 120 del Código Civil) y cumpliendo la exigencia de consentimiento expreso del otro progenitor que se requiere para la eficacia del reconocimiento cuando este se ha efectuado fuera del plazo establecido para practicar la inscripción (art. 124,1.º del Código Civil).

[25] RDGRN de 4 de septiembre de 2015 *(La Ley* 2015, 225180). Se pretende la atribución de filiación paterna no matrimonial a una menor nacida en 2013 asegurando que, a pesar de que la madre estaba casada con otro hombre en el momento del nacimiento de su hija, el marido, de quien se encuentra separada de hecho desde hace años, no es el padre. El encargado del Registro, sin embargo, ordenó la práctica de la inscripción con filiación matrimonial por no considerar destruida la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil. En este caso no se ha aportado ninguna prueba que permita acreditar la existencia de separación de hecho de los cónyuges antes del nacimiento de la hija, por lo que, de acuerdo con la legislación aplicable, no es posible en esta instancia dar por destruida la presunción de paternidad matrimonial. *La mera declaración de los interesados carece de carácter objetivo y de virtualidad como prueba con fuerza suficiente para destruir la presunción de paternidad matrimonial, de modo que la filiación pretendida no puede quedar*

determinada en este momento por la vía del expediente gubernativo y tendrán que intentarla los recurrentes en la judicial ordinaria.

[26] RDGRN de 4 de septiembre de 2015 *(La Ley* 2015, 225176). En el caso, los interesados han reconocido expresamente que la menor no inscrita no es hija biológica del ciudadano español, quien conoció a la madre cuatro años después del nacimiento de la niña. A la vista de ello, no cabe practicar la inscripción pretendida. «La regulación de la filiación en el Código Civil se inspira en el principio de la veracidad biológica, de modo que la declarada no podrá ser inscrita cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal filiación no se ajusta a la realidad. Así ocurre en este caso, a la vista de las declaraciones realizadas por los interesados, quienes han reconocido expresamente que la menor no inscrita no es hija biológica del ciudadano español, quien conoció a la madre cuatro años después del nacimiento de la niña. A la vista de ello, *no cabe practicar la inscripción pretendida en las actuales circunstancias porque no afecta a españoles, sin perjuicio de lo que pudiera decidirse en un expediente de adopción, que sería la vía adecuada en este caso, según la legislación española, para el acceso al Registro Civil de la inscripción solicitada*».

[27] STC, Pleno, sentencia 138/2005 de 26 de mayo de 2005, Rec. 929/1996. Ponente: Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ *(La Ley* 2005, 1328).

[28] STC, Pleno, sentencia 273/2005 de 27 de octubre de 2005, Rec. 1687/1998. Ponente: Elisa PÉREZ VERA *(La Ley* 2005, 1947).

[29] RDGRN de 28 de diciembre de 2002 *(La Ley* 2003, 12116). La filiación paterna no matrimonial queda determinada legalmente por reconocimiento del que afirme ser padre efectuado por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil (art. 120-1-del Código Civil) y, si el reconocido es menor de edad, el reconocimiento es eficaz si presta su consentimiento expreso la madre y representante legal del menor (art. 124, 1 del Código Civil). Todas estas condiciones concurren en los reconocimientos discutidos y, si bien es cierto, que, aun así, esos reconocimientos no serían inscribibles si hay datos objetivos que permitan estimar los mismos como reconocimiento de complacencia que no se ajustan a la realidad, a la vista de que el principio de veracidad biológica es el inspirador de la regulación del Código Civil en materia de filiación, también es cierto que las simples sospechas de que el reconocimiento no responde a la verdad es cuestión que escapa a la calificación del encargado que solo puede denegar la inscripción cuando de las manifestaciones solemnes de los interesados se deduce, sin lugar a dudas, la falta de veracidad del reconocimiento. En idéntico sentido, la RDGRN de 15 de enero de 2004, de 12 de noviembre de 2004 *(La Ley* 2004, 289250) de 27 de abril de 2005 *(La Ley* 2005, 93556). En todas las resoluciones se acuerda la inscripción de la filiación paterna no matrimonial.

[30] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 738/2004 de 12 de julio de 2004, Rec. 4233/2000. Ponente: José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ *(La Ley* 2004, 165150). No procede el reconocimiento de la filiación extramatrimonial pretendida cuando de la prueba practicada no se deduce tal situación. El requisito de procedibilidad pasado por la parte actora y que se ha traducido en la admisibilidad de la demanda de filiación no conlleva que el fallo de la sentencia tenga que ser a favor de quien ha interpuesto inicialmente la demanda si no existen pruebas para determinarla.

[31] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 825/2003 de 15 de septiembre de 2003, Rec. 2786/2000. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. *(La Ley* 2003, 2832). El formalismo del artículo 136 no puede llevarse a extremos tales que conllevarían a instaurar situaciones de indefensión en el padre atribuido por la Ley que llega a conocer no es el progenitor del menor, como aquí ocurre, al estar el actor afectado de impotencia y no podría en modo alguno impugnar la asignación registral, llegándose así a situaciones fraudulentas que no autoriza el artículo 6.4 del Código Civil.

[32] El actual artículo 136 ha sido redactado por el apartado cuatro 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 (*BOE* 29 de julio) en los siguientes términos: «1. El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero.

2. Si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.

3. Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en los párrafos anteriores, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo».

[33] STC, Pleno, sentencia 273/2005 de 27 de octubre de 2005, Rec. 1687/1998. Ponente: Elisa PÉREZ VERA. *(La Ley* 2005, 1947). «El artículo 133 del Código Civil no contempla un régimen sustantivo que establezca un diferente trato para la filiación no matrimonial respecto de la matrimonial, que es lo que, en definitiva, proscribe la Constitución al disponer en su artículo 39 que los poderes públicos aseguran «la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación» (apartado 2) y que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio» (apartado 3)… Esto es, lo que hace el Código Civil establecer un sistema para la determinación, prueba, reclamación e impugnación de la filiación que se articula en función del carácter matrimonial o no matrimonial de la filiación y que, en el supuesto concreto que se nos plantea, se traduce en un diferente régimen para la reclamación de la filiación, cuando falte la posesión de estado, según sea aquella matrimonial o no matrimonial, pues aunque esta diferencia no puede tener consecuencias sobre sus efectos, por determinación constitucional, sí cabe otorgarle relevancia en relación con la forma de determinar la filiación, que es un aspecto previo, y que puede regirse por criterios distintos».

«La filiación no matrimonial puede quedar establecida por reconocimiento efectuado ante el encargado del Registro civil, en testamento o en otro documento público, por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro civil… En suma, aun faltando la posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial descansa sobre presupuestos diferentes que la acción referida a la filiación no matrimonial, regulada en el artículo 133 del Código Civil, de manera que queda justificado el distinto trato que el legislador otorga en un supuesto y en otro, sin que, en razón a las consideraciones expuestas, esta diferencia normativa pueda ser tachada de arbitraria, discriminatoria o carente de fundamento…».

[34] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia 707/2014 de 3 de diciembre de 2014, Rec. 1946/2013 *(La Ley* 2014, 175706). Estimación de la acción de reclamación e impugnación de la filiación contradictoria. La práctica de la prueba pericial, a la que se han negado las hijas injustificadamente, no vulnera sus derechos fundamentales. La falta de dicha prueba no permite, declarar la filiación por sí misma, pero es un elemento probatorio de la filiación reclamada, unido a los restantes indicios y pruebas aportadas.

[35] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia 441/2016 de 30 de junio de 2016, Rec. 1957/2015. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ *(La Ley* 2016, 71613). La madre ejercita las acciones de reclamación de la filiación no matrimonial y de impugnación de la filiación matrimonial en representación de su hija menor de edad. Se considera que hay una falta de legitimación activa de la madre por existir conflicto entre el interés de la progenitora y el superior interés de la menor. Con la doble solicitud de la madre se abocaría a la hija a una nueva y muy perjudicial situación con la pérdida del núcleo familiar actual, plenamente satisfactorio para ella. Lo procedente habría sido el nombramiento de un defensor que representase a la menor en juicio. Como no se hizo así, la relación jurídico procesal está mal planteada por carecer la madre de la representación legal de la menor para el ejercicio, en interés de esta, de las citadas acciones.

[36] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 30 de enero de 1993. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA *(La Ley* 1993, 448-5).

[37] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia 276/2001 de 23 de marzo de 2001, Rec. 655/1996. Ponente: Román GARCÍA VARELA *(La Ley* 2001, 4332).

[38] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia 1140/2002 de 3 de diciembre de 2002, Rec. 1465/1997. Ponente: Román GARCÍA VARELA. *(La Ley* 2003, 152).

[39] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia 825/2003 de 15 de septiembre de 2003, Rec. 2786/2003. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL *(La Ley* 2003, 2832). Se otorga toda eficacia decisiva al hecho de que el padre que impugnó no era padre biológico, pues la

paternidad real, en otro caso, resultaría clamorosamente inexacta si se atribuyera a quien ha probado que no engendró el hijo y solo se limitó a reconocerle como acto de complacencia y, aún más, se llegaría a proteger situaciones de indefensión, que violentan el artículo 24 CE. La sentencia de 28 de marzo de 1994, en caso igual que el presente, salvo que el reconocimiento del hijo lo llevó a cabo el padre impugnante a medio de escritura pública, tuvo en cuenta que la acción impugnatoria de la paternidad lo fue al amparo del artículo 140 del Código Civil y no del 141, y viene a reconocer y declarar la legitimación activa del padre con independencia de darse posesión de estado, como si falta esta situación, para poder impugnar la filiación no matrimonial, y es la que la sentencia reconoce, pues en todo caso la acción se ejercitó en el plazo legal de los cuatro años y partiendo del hecho probado de no ser la menor reconocida hija biológica del recurrente, la sentencia decretó la nulidad del reconocimiento realizado por su falta de exactitud y había de rectificarse la inscripción registral del nacimiento de la menor, accediendo a lo solicitando en la demanda inicial.

[40] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 30 de enero de 1993. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA *(La Ley* 448-5/1993).

[41] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia 793/2004 de 14 de julio de 2004, Rec. 2576/2000. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN *(La Ley* 2004, 167521). Sentencia en la que se cuestiona la impugnación de la filiación paterna tras el reconocimiento de la menor de forma voluntaria tras contraer matrimonio con la madre y de igual forma lo hace en el procedimiento de separación. La impugnación de la filiación por tanto debe sujetarse al plazo de un año legalmente previsto, sin que exista causa alguna que justifique la aplicación del plazo de cuatro años previsto para la filiación extramatrimonial.

[42] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 28 de marzo de 1994, Rec. 1574/1991. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA *(La Ley* 6086-R/1994).

[43] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 31 de octubre de 1997, Rec. 2916/1993. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA *(La Ley* 1997, 11283).

[44] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia 498/2004 de 4 de junio de 2004, Rec. 2338/1998. Ponente: José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ *(La Ley* 2004, 13021). Nulidad del reconocimiento de complacencia que el actor efectuó sobre el hijo que ya tenía su compañera sentimental cuando se conocieron. Inaplicación de la doctrina de los actos propios.

[45] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 318/2011 de 4 de julio de 2011, Rec. 385/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS *(La Ley* 2011, 165555). En ella se establece que «el reconocimiento de hijo extramatrimonial, prescindiendo de que sea un reconocimiento de complacencia, está sometido a la normativa general de todo reconocimiento, como medio de determinación de la filiación extramatrimonial (art. 120. 1.º del Código Civil), y dentro del mismo, a la acción de impugnación que contempla el artículo 140 del Código Civil.

Acción que es distinta de la que contempla el artículo 141 del Código Civil, que es la acción de impugnación, no de la filiación en sí misma considerada, sino del reconocimiento, que lleva consigo necesariamente la de la filiación, y se ejerce con fundamento en la existencia de un vicio de la voluntad: error, violencia e intimidación —sin que se mencione el dolo el precepto, aunque este no es otra cosa que el error provocado— con la breve caducidad de un año.

La acción de impugnación derivada del artículo 141 del Código Civil no tiene como fin poner en entredicho determinadas situaciones que, por el transcurso del tiempo, pueden entenderse como situaciones sociales o familiares consolidadas, por haber alcanzado permanencia y general reconocimiento, en las que debe prevalecer el principio de seguridad jurídica y el carácter indisponible del estado civil. Sin embargo, nada obsta al ejercicio de la acción de impugnación durante el plazo de caducidad de cuatro años establecido con carácter general para la impugnación de la filiación ordinaria. En este sentido se pronunció la STS de 29 de noviembre de 2010, RC núm. 1064 / 2007, la cual, partiendo de la posibilidad de utilizar la vía del artículo 140 del Código Civil para la impugnación de la filiación paterna extramatrimonial, determinada por un reconocimiento de complacencia, apreció la caducidad de la acción por el transcurso del plazo de cuatro años.

Sentencia en la que hubo un *Voto Particular formulado por Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ* quien entendía que «las sentencias de instancia no han infringido el artículo 140, párrafo primero (en el presente caso, el reconocedor ya no tenía posesión de estado al

interponer la demanda) porque carece de motivo de impugnación, por la razón de que reconoció a sabiendas, libre y conscientemente de que no era el padre y ahora no puede revocar unilateralmente, simplemente porque rompió su relación con la madre».

[46] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia 1162/2002 de 28 de noviembre de 2002, Rec. 1362/1997. Ponente: Clemente AUGER LIÑÁN *(La Ley* 2003, 598). Después del matrimonio de los padres, el régimen aplicable a la acción de impugnación de la filiación ya determinada mediante su reconocimiento es el de la filiación matrimonial.

[47] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 300/2012 de 10 de mayo de 2012, Rec. 19/2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS *(La Ley* 2012, 58421). El demandante reconoció al hijo de su esposa después de haber contraído matrimonio con ella. Este reconocimiento atribuye a la filiación reconocida el carácter de matrimonial, puesto que el matrimonio de los padres produce el cambio de régimen de la filiación. Por tanto, la acción a ejercitar era la del artículo 136 del Código Civil, no la del 140; sin embargo, ello no era posible por haber transcurrido el plazo de caducidad de un año desde la inscripción de la filiación. Pero aun en el hipotético caso de que se tratara de una filiación no matrimonial, también había transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el artículo 140.2.º del Código Civil desde la fecha del reconocimiento.

[48] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia 453/2004 de 27 de mayo de 2004, Rec. 2002/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL *(La Ley* 2004, 13004).

[49] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia 738/2004 de 12 de julio de 2004, Rec. 4233/2000. Ponente: José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ *(La Ley* 2004, 165150).

[50] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia 1131/2001 de 26 de noviembre de 2001, Rec. 2380/1996. Ponente: José ALMAGRO NOSETE *(La Ley* 2002, 1644). Conforme a los hechos establecidos y determinaciones legales del artículo 119 y 120.1.º del Código Civil, la menor tiene la cualidad de hija matrimonial. Desde esta perspectiva el recurrente no puede apoyarse en el artículo 140 del Código Civil para fundar su pretensión, dado que la filiación tiene el carácter de matrimonial, mientras que las hipótesis prevenidas por el expresado precepto son las referidas a «filiación no matrimonial».

[51] Las diferencias de régimen jurídico de la impugnación de la paternidad, en atención al carácter no matrimonial o matrimonial no constituye discriminación contraria al artículo 14 CE (*Vid*. las SSTS 1012/2008, de 29 de octubre *(La Ley* 2008, 164123), y 1177/2008, de 5 de diciembre *(La Ley* 2008, 189371) y en análogo sentido, sobre las diferencias de régimen jurídico de la reclamación de la paternidad, STC 273/2005, de 27 de octubre *(La Ley* 2005, 1947).

[52] La STS 751/2010, de 29 de noviembre. (Rec. 1064/2007 *[La Ley* 2010, 204555]) consideró aplicable el artículo 140.II del Código Civil al decidir un caso en que el reconocimiento fue anterior al matrimonio entre el reconocedor de complacencia y la madre del reconocido.

También la STS 300/2012, de 10 de mayo, pareció limitar la aplicación del artículo 136 del Código Civil al supuesto de reconocimiento posterior a ese matrimonio; supuesto, este, para el que ya la sentencia 1162/2002, de 28 de noviembre (Rec. 1362/1997 *[La Ley* 2003, 598]), había declarado aplicable el artículo 119 del Código Civil, lo que excluía la aplicación del artículo 140 del Código Civil. Y antes, la sentencia 1131/2001, de 26 de noviembre *(La Ley* 2002, 1644), había decidido en igual sentido en un caso en el que el reconocimiento se realizó el mismo día de la celebración del matrimonio.

[53] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 579/2004 de 5 de julio de 2004, Rec. 2303/1998. Ponente: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL *(La Ley* 2004, 13308).

1.2. Derecho de Familia

La «revitalización» de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (y II)

The «renovations» of the guard of fact gives after the Law 26/2015, 28 july of modification of the protection system to the infancy and to the adolescence (and II)

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia introduce oportunas modificaciones en la regulación de la tutela ordinaria de menores y personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo contenida en los artículos 239 y 239 bis del Código Civil. Asimismo, modifica en parte la regulación de la guarda de hecho, en concreto el artículo 303, incluyendo la posibilidad de otorgar judicialmente al mismo facultades tutelares. Además de establecer los supuestos de guarda de hecho que deben motivar la declaración de desamparo y la posibilidad del guardador de hecho de promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela y el nombramiento del tutor. Además de poder constituirse en acogedores temporales de menores de edad. Con ello se avanza paso a paso en la calificación de la guarda de hecho como medida de apoyo en la línea de la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad. Sobre el alcance de esta reforma en la regulación de la guarda de hecho es lo que se va a centrar el presente estudio.

ABSTRACT: The Law 26/2015, of July 28 of modification of the protection system to the infancy and to the adolescence it introduces opportune modifications in the regulation of the ordinary guardianship of minors and persons with the capacity modified judicially in situation of abandonment contained in the articles 239 and 239 bis of the Civil Code. Likewise, it modifies partly the regulation of the guard of fact, in I make concrete the article 303, including the possibility of granting tutelary powers judicially to the ismo. Beside establishing the guard's suppositions of fact that must motivate the declaration of abandonment and the possibility of the guardian of fact of promoting the privation or suspension of the native legal authority, removal of the guardianship and the appointment of the tutor. Beside establishing the guard's suppositions of fact that must motivate the declaration of abandonment and the possibility of the guardian of fact of promoting the priva-

tion or suspension of the native legal authority, removal of the guardianship and the appointment of the tutor. Beside being able to be constituted in cozy temporary of minors. With it it is advanced stepwise in the qualification of the guard of fact as measure of support in the line of the Convention of the ONU on rights of the persons by disability. On the scope of this reform in the regulation of the guard of fact it is what is going to centre on the present study.

PALABRAS CLAVE: Guarda de hecho. Menores. Personas con capacidad modificada judicialmente. Desamparo. Tutor. Patria potestad. Acogimiento.

KEY WORDS: Guards of fact. Minors. Persons with capacity modified judicially. Abandon. Tutor. Native legal authority.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA GUARDA DE HECHO.—III. SUPUESTOS DE GUARDA DE HECHO. SITUACIÓN DE DESAMPARO Y ACOGIMIENTO.—IV. FUNCIONES DE LA GUARDA DE HECHO.—V. LA ACTUACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO: 1. El deber de información del guardador de hecho. 2. Obligación de notificar o comunicar la existencia de la guarda de hecho. 3. La adopción de medidas de control y vigilancia. 4. Facultades tutelares y de acogimiento. 5. La actuación del guardador de hecho en relación con la tutela o la patria potestad. 6. Los actos realizados por el guardador de hecho. Su posible impugnación si no redundan en su utilidad. 7. El alcance de derechos del guardador de hecho. 8. La responsabilidad civil del guardador de hecho por hechos propios y ajenos.—VI. LA GUARDA DE HECHO Y EL REGISTRO CIVIL.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

V. LA ACTUACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO

Existe una tendencia bastante extendida que propugna la plena equiparación del guardador de hecho al tutor formal, al menos en cuanto a deberes y obligaciones se refiere[1]. Sin embargo, nos parece más acertada aquella postura que no opta por una aplicación indiscriminada de todas las normas relativas a la tutela formal a la guarda de hecho, sino que solo considera que se han de aplicar aquellas, cuando no sean inadecuadas al propio régimen de la guarda de hecho, o no exista una norma específica como los actuales artículos 303 a 306 del Código Civil[2].

Lo cierto es que, como se pronunció para el régimen derogado ESCOBAR (1943, p. 253), el tutor de hecho debería actuar con «toda la diligencia de un buen padre de familia»[3]. Y, asimismo, se ha de señalar que, puede alcanzar su actuación, —antes de que sea conocida por la autoridad judicial su existencia—, tanto al ámbito personal como patrimonial del sujeto guardado; si bien en este último supuesto solo respecto a los actos de administración ordinaria y no de disposición.

Sobre tales bases, procede analizar la regulación específica que, en torno al guardador de hecho se contienen en los citados preceptos del Código Civil, y en las demás regulaciones autonómicas referidas en líneas precedentes.

1. El deber de información del guardador de hecho

El artículo 303 dispone que «*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas*»[4]. Este precepto deja a salvo los supuestos de declaración de incapacidad y constitución de la tutela de oficio, cuando tengan conocimiento de la existencia de una persona, que incurra en causa de incapacitación o deba ser sometida a tutela.

Por su parte, el artículo 52.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria establece que, a instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga interés legítimo, el juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo y de su actuación en relación con los mismos.

Existen ciertas diferencias entre ambos preceptos. Mientras que, el artículo 303.1 no especifica las personas que pueden poner en conocimiento la situación de guarda de hecho, el artículo 52 se refiere al Ministerio Fiscal, al sometido a guarda o de cualquiera que tenga interés legítimo. Asimismo, el artículo 303 habla de menores o personas que pueden necesitar de una institución de protección y apoyo; el artículo 52 se refiere a personas que tienen ya la capacidad modificada judicialmente o que habría de estar en esa situación. Más amplia es la redacción del citado artículo 303 en los supuestos descritos que la que se contienen en el artículo 52.

Una vez que el juez tenga conocimiento oficial de la guarda de hecho, esta entra en fase de interinidad; y se mantiene, mientras, —si se considera necesario—[5], se sustancia el proceso de modificación de la capacidad y se ordena debidamente la representación legal del menor o incapacitado. Al respecto, en esta fase, el juez puede requerir al guardador para que le informe de la situación de la persona y bienes del menor o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección o apoyo, y de su actuación en relación con los mismos. Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1986, p. 789) existe un paralelismo entre este deber de información y el contemplado para el tutor en el artículo 233; y, naturalmente ese deber de información se extiende en principio tanto a la persona como a los bienes, quedando limitado en cada caso, al ámbito en el que se está desarrollando la guarda, sin perjuicio de que el guardador pueda completar la información con otros datos que conozca, ajenos a su actividad de protección y custodia[6].

El juez, de oficio, no promueve la incapacitación, pero el Ministerio Fiscal según el artículo 228 del Código Civil y artículo 752.2 de la LEC, deberá promover la incapacitación, si las personas legitimadas no existieran o no la hubieran solicitado. Por tanto, puede el Ministerio Fiscal optar por no promover la incapacitación, en atención a las circunstancias, cuando considere que los inconvenientes que se derivan de un proceso de las características de la incapacitación, no se van a ver compensados por los beneficios esperables[7].

Por otra parte, el citado artículo 303, pese a la reforma, sigue señalando que «*podrá requerir*» al guardador de hecho, lo que ya en su momento ya planteó la duda de si nos encontrábamos en presencia de una obligación o de una simple

facultad de la autoridad judicial. Parece que el sentir mayoritario de la doctrina se ha inclinado siempre por su obligatoriedad. LETE DEL RÍO (1985, p. 490) señala al respecto que «debería haberse dicho "deberá"; si no se entiende así, ¿qué valor se le dará a la actitud de un juez que teniendo conocimiento de la existencia de una guarda de hecho no exige de quien la desempeña el correspondiente informe?». A lo que, añade el autor, «sería afirmación de una ilegalidad inadmisible; además, si esto pudiera acontecer, indudablemente resultaría más ventajosa la situación de un guardador de hecho que la de un tutor legal»[8]. Igualmente, RUEDA ESTEBAN (2015, p. 1027) considera que de no ser así, supondría un trato privilegiado e injustificado del guardador de hecho respecto al tutor de derecho[9]. Me inclino, pese a la reiteración en la redacción del legislador, por la exigencia de cierta obligatoriedad. No obstante, esta medida de información de la situación de la guarda de hecho beneficia al propio guardador de hecho, al que el juez le puede «mantener» en la guarda, bien hasta que se constituya regularmente la tutela o, bien hasta que lo considere conveniente para el interés del menor o persona con capacidad modificada judicialmente o incapaz de hecho, e incluso dotarle con funciones tutelares.

Ahora bien, en el contexto actual, no sería improbable que el juez en situaciones de disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, y ante colectivos especialmente vulnerables, personas mayores, discapacitados, *border line*, incluso, menores de edad, una vez que conociera la existencia de una guarda de hecho, la autoridad judicial optase por su mantenimiento, como lo más beneficioso para los intereses de la persona susceptible de protección, sin perjuicio de imponer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas, o incluso, como hemos señalado, dotarle cautelarmente de funciones tutelares.

De todas formas, nada impide al propio guardador de hecho promover la modificación judicial de la capacidad del guardado[10].

2. Obligación de notificar o comunicar la existencia de la guarda de hecho

Tanto el artículo 157 del CDFA, como el artículo 225-2 del Código Civil catalán, mencionan, —a diferencia del Código Civil español que no lo hace en sede de guarda de hecho—, la obligación del guardador de notificar la existencia de esta a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, para que estos puedan valorar la situación y, si fuese necesario, proceder a incoar el correspondiente procedimiento de incapacitación.

No obstante, mientras que, en el artículo 157 del CDFA tal deber alcanza a todos los supuestos de guarda de hecho; en el Código Civil catalán, sin embargo, solo se exige para dos supuestos: 1) El de acogimiento transitorio de un menor, que se encuentra en situación de desamparo, ante la desatención de quienes tienen la obligación de cuidarlo. El guardador de hecho deberá comunicarlo a la entidad pública competente en materia de protección de menores, o a la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda (art. 225-2.1); 2) En caso de guarda de hecho de una persona mayor de edad en quien concurre causa de incapacitación, si está se encuentra en un establecimiento residencial; no si está residiendo en su propio domicilio, o en el de otros parientes. La persona titular del establecimiento residencial (guardador de hecho) deberá comunicarlo a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal en el mismo plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda (ingreso en la residencia). Por tanto, la obligación de comunicar en este segundo caso, solo

opera, si la persona mayor de edad incurre en causa de incapacitación; y, está en un establecimiento residencial (art. 225-3.2).

Ahora bien, como hemos indicado, nada impide que el propio guardador de hecho promueva la modificación judicial de la capacidad del guardado y promueva el nombramiento de tutor. De hecho, el artículo 229 del Código Civil señala quienes están obligados a promover la tutela desde el momento que conocieran el hecho que la motivare y entre los mismos incluye a la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor e incapacitado, y asimismo, se hace responsable solidario de los daños y perjuicios que se puedan derivar del incumplimiento de tal deber. Por lo que, sobre tales bases nada impide que notifiquen o comuniquen a la autoridad judicial la existencia de guarda de hecho y puedan, asimismo, poner en conocimiento del juez o del Ministerio Fiscal la existencia de una persona que debe ser sometida a tutela (art. 228 del Código Civil). No obstante, teniendo conocimiento el juez de la situación de guarda hecho, nada impide que la mantenga, incluso le atribuya funciones tutelares, si es lo mejor para el interés del menor o del incapacitado. De todas formas, la realidad práctica demuestra que no son frecuentes las notificaciones o comunicaciones al juez de la existencia de tal guarda de hecho, porque habitualmente las personas guardadas se encuentran bien atendidas y sin sufrir ningún daño ni peligro —especialmente, personas de edad avanzada[11].

3. La adopción de medidas de control y vigilancia

Durante este proceso de interinidad, y a la luz de lo dispuesto en el artículo 303, asimismo, el juez puede establecer medidas de control y vigilancia respetando la situación de hecho existente[12]. Señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1986, p. 790) que «dichas medidas no son sino las ya previstas con carácter general en los artículos 203.II, 209 y 299 *bis*. Al igual que ocurre con la referencia a los artículos 203 y 228 contenida en el comienza del artículo 303, el único valor de esta parte final del mismo es el de mero recordatorio»[13]. Entre estas medidas se pueden incluir, además de la prevista en el artículo 158 (por remisión expresa del art. 216.II) y el artículo 299 *bis* del Código Civil de nombramiento de un administrador para los bienes; las del artículo 757.2 y 3 y las cautelares del artículo 762 de la LEC, medidas todas ellas que, desde luego se han definido como provisorias y caducas, pues, «su mayor o menor duración depende de que el juez haya dado inmediata aplicación al artículo 299 bis o no»[14]. Por otra parte, estas medidas, cuya solicitud puede tener lugar a instancia también del Ministerio Fiscal —y que, venían recogidas en los derogados artículos 203.2 y 209 del Código Civil—, pueden adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación[15].

En esta línea, el artículo 52.2 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, si bien añade que, tales medidas se adoptará, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte, al guardador de hecho, al guardado y al Ministerio Fiscal; y, asimismo que, todo ello tendrá lugar sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o la curatela; por su parte, el artículo 762.2 de la LEC autoriza al Ministerio Fiscal, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de una posible causa de incapacitación de una persona, solicitar al tribunal la inmediata adopción de las medidas que estime necesaria para la adecuada protección de la personas que pueda necesitar de una institución de protección y apoyo, o de su patrimonio. Las mismas medidas pueden adoptar de oficio o a instancia de parte,

en cualquier estado del procedimiento de incapacitación. Si bien, como regla general, estas medidas se acordarán previa audiencia de las personas afectadas (art. 762.3) entre las que puede, incluirse, tal como ha precisado, el mencionado artículo 52.2 de la Ley 15/2015 al guardador de hecho.

Ahora bien, como señala ROGEL VIDE (1991, p. 865) tales medidas «han de adoptarse inmediatamente, sin que pueda retrasarse esperando la elaboración del informe del guardador de hecho y su ulterior recepción y conocimiento por la autoridad judicial»; lo contrario, añade «podría redundar en perjuicio del guardado, cuando es ello, precisamente, lo que se trata de evitar»[16].

No obstante, la inmediatez en la adopción de las medidas, ha de relacionarse también con su provisionalidad, ya que el Juez habrá de promover, a través del Ministerio Fiscal, la declaración de incapacitación y la constitución de la tutela, cesando, por tanto, la guarda de hecho, y asumiendo temporalmente la representación y defensa del tutelado el Ministerio Fiscal, y el cuidado de los bienes el administrador judicial nombrado. Si bien, ello no obsta, para que tales medidas judiciales respeten la situación de hecho existente, y el juez opte por nombrar como defensor del menor o incapaz, o administrador de sus bienes al guardador, ya que la actuación de este no tiene porqué merecer un reproche, sino todo lo contrario[17].

4. Facultades tutelares y de acogimiento

Mientras se mantenga la guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, el juez cautelarmente podrá otorgar facultades tutelares a los guardadores. Dotando y consolidando la situación del guardador de hecho. Si bien, aunque el legislador emplea el término cautelar y en consecuencia, operar como medida cautelar, lo cierto es que supone un avance en su consolidación como posible medida de apoyo con cierta estabilidad, aunque no necesariamente con carácter permanente. Y, con ello, se le dota de cierta legitimidad representativa. Esto supone dotar de una mayor operatividad a una figura de guarda tan denostada por algunos.

Si el guardado fuera menor de edad, asimismo, podrá nombrarse por la Entidad Pública como acogedores a los guardadores, en una suerte de acogimiento familiar temporal[18].

5. La actuación del guardador de hecho en relación con la tutela o la patria potestad

Siempre que no exista una situación de desamparo, y fuese conocida la situación de guarda de hecho y su materialización como mecanismo de apoyo, se concede legitimación al guardador de hecho promover la privación o suspensión de la patria potestad, remover la tutela o el nombramiento, en su caso, de tutor.

El artículo 170 del Código Civil se limita a precisar como causa genérica, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, sin calificar dicho incumplimiento. Contiene una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva[19], pues, la naturaleza jurídica de la patria potestad, concebida como derecho de carácter social, imprescriptible e indisponible, impone, precisamente, una interpretación restrictiva de sus limitaciones[20]. De ahí, la exigencia que en el caso concreto resulte claramente probado que el progeni-

tor al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma. Asimismo, esta medida que implica la privación, por su especial gravedad, ha de ser excepcional, y, adoptarse con suma cautela, atendiendo a las circunstancias del caso concreto[21]; lo que implica que no basta para su adopción cualquier clase de incumplimiento, sino que este debe ser grave, bien por la intensidad del peligro o ataque que supone la conducta paterna para los intereses del hijo, o bien por su reiteración o duración en el tiempo, constituyendo en todo caso, principio normativo esencial a tener en cuenta en esta decisión judicial, como en cualquier otra que afecte a los hijos, el beneficio o interés de los mismos, en orden a la plena satisfacción de sus derechos legalmente sancionados en el propio artículo 170 en relación con el artículo 39 de la CE, y los artículos 92 y 154 del Código Civil[22]. Al respecto, señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de marzo de 1998 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 que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige siempre tener presente el interés del menor (…)»[23].

En fin, se trata de una medida temporal[24], —salvo en el supuesto de adopción—, que no tiene carácter irreversible, en cuanto es posible su recuperación, siempre que haya cesado la causa que motivó la privación, y lo aconseje el beneficio o interés del hijo[25]; ha de ser decretada judicialmente, y fundada precisamente en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, que ha de probarse[26], y, puede ser total o parcial. La sentencia que dictamina la privación de la patria potestad puede alcanzarse por tres cauces distintos, todos ellos presididos siempre por la acreditación del incumplimiento de los deberes inherentes a aquella. De este modo, se puede dictar sentencia de privación en un procedimiento *ad hoc* iniciado al efecto, o decretarse a través de una resolución judicial que ponga fin a un proceso matrimonial, o bien mediante una sentencia dictada en causa criminal.

Lo más frecuente es que la privación tenga lugar por un procedimiento *ad hoc* acordado para resolver específicamente la cuestión litigiosa relativa a la privación de la potestad paterna, correspondiendo, usualmente, el ejercicio de la acción, bien a los familiares de los progenitores, cuando se ha detectado por estos el posible incumplimiento de los deberes que corresponden a ambos padres, bien a uno de los progenitores cuando es el otro el que incumple las obligaciones paternas, o, en última instancia, al Ministerio Fiscal o al propio Tribunal, quien la podrá determinar de oficio en un proceso matrimonial (ZURITA MARTÍN, 2003, p. 867)[27].

En cuanto a la remoción de la tutela, durante el ejercicio de la misma puede incurrir el tutor en alguna causa de inhabilidad de las contempladas en los artículos 234 y 244, o conducirse mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o porque el ejercicio del cargo haya hecho notaria su ineptitud para el mismo (art. 247). Ello daría lugar a su remoción, con la consiguiente extinción de la tutela en cuanto al tutor removido y la posibilidad de nombrar al guardador como nuevo tutor, puesto que el artículo 234 del Código Civil permite al juez cierto margen de actuación no solo en cuanto al orden de prelación establecido, sino también en relación con las personas mencionadas.

Como establece el artículo 291 del Código Civil son aplicables a los curadores las causas de remoción de los tutores, con lo que igualmente, podrá solicitar el guardado de hecho la remoción del curador que no desempeña adecuadamen-

te sus funciones frente a su curatelado y, del mismo modo, eventualmente ser nombrado tal guardador de hecho como nuevo curador.

Igualmente, podrá promover el nombramiento de tutor poniendo para ello en conocimiento del Ministerio Fiscal o del juez competente la necesidad de que una persona sea sometida a tutela. Por lo que no solo se podrá ofrecer como tutor, sino que podrá poner de manifiesto quien considera que es la persona idónea para el ejercicio de tal cargo, pensado en el interés del menor o incapacitado.

Ciertamente, el guardador de hecho podrá promover —no está obligado— la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor y dice, el artículo 303.2 apartado segundo en los demás casos, esto es, cuando no los menores y las personas con la capacidad modificada judicialmente no están en situación de desamparo ya que están bajo guarda de hecho y asistidos en los términos fijados en los artículos 172 y 239 bis del Código Civil. De estar en situación de desamparo constatado por el juez, pese a estar en situación de guarda de hecho, en este caso, el artículo 299.3 del Código Civil en sede de tutela de menores por ministerio de la ley señala como legitimadas para el ejercicio de las acciones de privación de patria potestad —aunque no dice nada el citado precepto también de suspensión, pues el apartado segundo habla de la misma—, remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo. Entendemos que, también lo está el Ministerio Fiscal, la Entidad Pública y los llamados a ejercer la tutela respecto del desamparo de personas con la capacidad modificada judicialmente legitimados o bien para solicitar el nombramiento de tutor o la remoción en el cargo cuando la persona quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes por la persona designada como tutora. De todas formas, recordemos que puede poner en conocimiento de la autoridad judicial su propia existencia como guardador de hecho.

6. Los actos realizados por el guardador de hecho. Su posible impugnación si no redundan en su utilidad

Finalmente, conviene señalar que, el artículo 304 del Código Civil dispone que «*los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no pueden ser impugnados si redundan en su utilidad*»[28]. Esta norma sanciona la inimpugnabilidad de los actos realizados por el guardador si redundan en utilidad del guardado[29]. En realidad, como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (2008, pp. 290-291) lo que quiere significar el precepto «es que no podrán ser declarados nulos en esa hipótesis, pues carece de lógica que se niegue una legitimación para accionar *a priori*, siendo así que, la prueba de la utilidad debe producirse en el proceso, a cargo de quien sostenga la validez del acto impugnado»[30]. El ámbito del precepto comprende todos los actos realizados por el guardador, sean de naturaleza patrimonial, con carácter preferente; o sean de naturaleza personal, pues, el Código Civil no los excluye.

En relación con los de carácter patrimonial, parecen comprenderse todos los actos realizados en interés del menor o incapaz, sean de administración ordinaria, extraordinaria y los dispositivos[31]; lo que supone un tratamiento más favorable que el otorgado al tutor de derecho[32], siempre que redunden en utilidad del guardado. Entre los actos de esta naturaleza podemos destacar la constitución de patrimonio protegido[33]; y la solicitud de declaración de persona en situación

de dependencia en cualquiera de los grados del guardado; y del derecho a alguna prestación o ayuda que, fija la citada Ley 39/2006[34].

Con respecto a los de naturaleza personal, ha de entenderse comprendidos, especialmente, aquellos que se deriven del cumplimiento por el guardador de los deberes consignados en el artículo 269 del Código Civil —velar por el tutelado, y, en particular, procurarle alimentos, educación y formación integral, promoviendo la adquisición o recuperación de la capacidad de este y su mejor inserción en la sociedad—[35].

En todo caso, se trate de actos de naturaleza patrimonial y personal, lo importante es que redunden en beneficio o utilidad del guardado, y se hayan realizado en «interés» del mismo[36]. Referente al concepto de utilidad, cabe plantearse, si este ha de entenderse o no objetivamente; si ha de medirse con criterios exclusivamente patrimoniales o no; si la utilidad ha de apreciarse o no respecto de la totalidad del acto llevado a cabo por el guardador de hecho; y, en fin, si la utilidad ha de ser inmediata o no[37]. En el sentir mayoritario de la doctrina se señala que: a) Esta utilidad debe ser objetiva, esto es, se ha de prescindir de la motivación subjetiva del guardador o de valoraciones personales suyas; b) No debe medirse necesariamente en función de criterios patrimonialistas o económicos, ya que la guarda de hecho debe buscar el beneficio global y el bienestar personal del menor o incapaz, más que un mero beneficio económico. Se debe prescindir de criterios de rentabilidad exclusivamente económica; c) No cabe plantear una valoración fraccionada de la utilidad que produzca el acto; la valoración ha de ser global, sin que pueda pretenderse una anulación parcial, limitada a las consecuencias perjudiciales; d) Finalmente, debe ser también inmediata, de acuerdo con la naturaleza del acto y la previsibilidad de sus consecuencias; de manera que si el acto realizado por el guardador en el momento de llevarlo a cabo, no es útil para el guardado pero, por circunstancias sobrevenidas, cuando el acto debe valorarse judicialmente el mismo reviste caracteres de utilidad; estas circunstancias sobrevenidas sanarían el acto *a posteriori*, y el mismo sería plenamente válido. Esta misma validez debería, asimismo, mantenerse en el supuesto inverso, esto es, que el acto fuera útil al tiempo de ejecución que, posteriormente, por circunstancias no previstas racionalmente, deriven en perjuicios para los intereses del guardado[38]. En todo caso la utilidad es una cuestión de hecho que habrá de ser objeto de prueba en el proceso, correspondiendo a quien mantiene la validez o utilidad del acto y sobre la que habrá de pronunciarse el juez[39]. Al hilo de esta interpretación, si el resultado útil ha de demostrarse en el proceso, como acertadamente señala DE COUTO GÁLVEZ (2000, p. 2083), la expresión «no podrán ser impugnados» no es correcta porque «precisamente la impugnación dará lugar al pronunciamiento judicial acerca de la utilidad en interés del sometido a tutela»[40]. Será, por tanto, el procedimiento impugnatorio, el momento adecuado para probar la utilidad del acto.

Respecto al requisito consistente en que el acto se haya realizado en «interés» del menor o incapaz, ha de ser interpretado en el sentido de que dicho acto debe ser efectuado en representación del guardado, aun cuando el guardador actúe en ejercicio de una representación que no ostenta[41]. Se entiende que «interés» no es en un sentido subjetivo de «intención», sino en el objetivo de «actuar en representación» (directa o indirecta) del guardado[42].

De una forma u otra, los actos, personales o patrimoniales, así realizados por el guardador, cumpliendo los requisitos previstos, han de ser válidos; y sin posibilidad de impugnación, como dice la norma ni por el guardado, ni por el tutor constituido posteriormente. Como señala claramente ÁLVAREZ LATA (2006,

p. 479) «lo que se establece en el artículo 304 es una regla *a posteriori* para dotar de validez a los actos realizados por el guardador y de esta manera favorecer la protección de este y brindarle un medio de dinamizar su precaria situación en el tráfico jurídico, desde el momento en que se comprueba que dichos actos afectan positivamente a sus intereses, reportándole una objetiva utilidad; pero ello no implica que sirva *a priori*, esta regla, como un mecanismo de representación o sustitución de la actuación del menor o incapaz, o sea, de traspaso de la legitimidad activa al guardador de hecho». En fin, concluye la autora, que «del artículo 304 no se desprende un principio de posibilidad de actuación del guardador de hecho en lugar del sometido a guarda, sino un mecanismo de convalidación de sus actos, cuando estos sean beneficiosos para el guardado»[43]. Efectivamente, la utilidad del acto para los intereses del menor o incapaz, salva el defecto de representación, lo confirma y lo valida, pues, por aplicación del artículo 1259 del Código Civil estaría viciado de nulidad, al tratarse de actos realizados por persona no legitimada por autorización o representación legal y resultaría menos coherente con el hecho de que solo prosperaría la impugnación del acto cuando no resultase útil al menor o incapaz[44]. De todas formas, los actos que no sean realizados en interés del menor o incapaz o carezcan de utilidad para ellos podrá ser impugnados. Frente a la opción mayoritaria de considerar que, estamos ante un supuesto de anulabilidad, que podrá ser instada por el propio menor o incapaz, una vez adquirida la capacidad de obrar y en el plazo de cuatro años a contar desde su recuperación (art. 1301), o desde este momento, si es capaz (art. 1259) o la ejercita su guardador legal[45], pronunciándose, igualmente, en esta línea el legislador aragonés en el artículo 159.3 de CDFA al entender anulables los actos de administración de bienes realizados por el guardador de hecho, que no sean necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida. En todo caso, para justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes de la persona protegida[46]. El momento para valorar la utilidad y la posible impugnación del acto resulta discutible en la doctrina. Mientras que, para PARRA LUCÁN (2014, p. 2497) es cuando se realiza el acto y no debería admitirse la impugnación cuando nuevas circunstancias sobrevenidas han convertido en útil lo que inicialmente resultaba perjudicial[47], para otros autores aunque deben tenerse en cuenta por el juez las circunstancias existentes en el momento inicial de consumarse el acto, debe atenderse al momento en que se impugna el acto para determinar la utilidad[48]. En todo caso, de prosperar la acción de anulabilidad, habrá de procederse a la restitución de las prestaciones conforme el artículo 1304 del Código Civil. De todas formas, si el menor o incapaz es sometido a tutela, el tutor precisará autorización judicial para entablar demanda de impugnación en los términos del artículo 271.6 del Código Civil[49]. Si bien, en este contexto, recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de marzo de 2016[50] ha optado en línea con las sentencias del Pleno 225/2010, de 22 de abril y 447/2010, de 8 de julio, establecer como doctrina jurisprudencial la aplicación de la norma general del artículo 1259 del Código Civil a los actos realizados por el guardador de hecho que no sean en interés del menor o presunto incapaz o que no redunden en su utilidad. Y la nulidad, salvo ratificación, que sanciona el segundo párrafo de dicho artículo no esté sujeta a plazo de caducidad alguno[51]. Por su parte, LEÑA FERNÁNDEZ (2000, p. 213) distingue al respecto dos supuestos: 1. La impugnación del acto o negocio jurídico celebrado por quien dice ser guardador de hecho y realmente no lo es. En tal caso el cauce adecuado sería la acción de nulidad; y 2. En cambio, si el acto o negocio es realizado por

quien es el verdadero guardador de hecho y resulta impugnado por ser perjudicial para el guardado, operaría la anulabilidad[52]. Para LECIÑERA IBARRA (2015, p. 182) considerando que las posiciones expuestas tienen un cómodo encaje en el régimen del artículo 304 del Código Civil, opta por entender que «estamos ante un supuesto especial de ineficacia por falta de consentimiento que "es difícil de armonizar con el resto del sistema"»[53].

En todo caso, la problemática de la propia actuación del guardador de hecho descansa en la falta de legitimación representativa para actuar en el otorgamiento de un determinado negocio, por ejemplo, de venta de un inmueble. Será lógico que si se pretende realizar ante notario, este no admita la realización del mismo ante tal falta de representación y la inseguridad que ello conlleva. Todo ello salvo que la actuación del guardado de hecho resultase amparada por el otorgamiento de funciones tutelares con alcance representativo, o se le hubiera otorgado un poder, pero en este caso no actuaría como guardador de hecho, sino como apoderado —poder que puede ser además preventivo, si así se ha establecido—[54]. De no optar por la vía notarial, y el tercero realiza el correspondiente negocio dispositivo, conociendo la situación de guarda de hecho con la limitación funcional indicada, debe ser responsable de las consecuencias negativas que para el mismo pueda derivarle al carecer el guardador de hecho de legitimación para actuar en nombre del guardado y, por ende, para realizar actos jurídicos que vinculen su patrimonio. Ahora bien, si desconoce tal situación —la falta de representación y se genera una apariencia de esta— y resulta impugnado el acto por falta de utilidad, no parece descartable que puede exigir indemnización de daños y perjuicios al guardador de hecho, si prueba la existencia de los mismos[55].

7. El alcance de los derechos del guardador de hecho

El artículo 306 del Código Civil, último de los preceptos que se dedican a la guarda de hecho, señala que será aplicable a esta lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor. Con esta remisión abre la posibilidad que pueda ser indemnizado el guardador de hecho por los daños y perjuicios que sufra en el ejercicio de sus funciones, sin culpa por su parte y a cargo de los bienes del guardado, siempre que no se pueda obtener por otro medio su resarcimiento[56]. Se entiende que, tales daños en el desempeño de sus funciones sea como consecuencia de una actuación que redunda en utilidad (objetiva) para el menor o incapaz y que *ex* artículo 304 va a ser válida[57]. En todo caso, el daño del que habla el citado artículo 220 ha de entenderse en sentido amplio, comprendiendo todo daño material o moral, daño emergente o lucro cesante, causado como consecuencia del ejercicio de su función[58]. Ahora bien, para que los daños sean indemnizables, resulta necesario que exista una relación de causalidad entre el ejercicio de la guarda y la producción de los perjuicios; y que se produzcan como consecuencia del ejercicio de una función tutelar; y no mientras se ejerce la misma[59]. En cualquier caso, se requiere que tales daños se hayan producido sin culpa del guardador[60].

En este contexto, el ejercicio por el guardador de la acción del artículo 306 puede servir para poner en marcha los mecanismos del artículo 303; y que el juez tome las medidas oportunas o para que promueva a través del Ministerio Fiscal la incapacitación del guardado o la constitución de la tutela o curatela[61].

Por otra parte, cabe preguntarse si se puede reconocer al guardador un derecho de retribución. Las opiniones en este punto son contradictorias, pues,

mientras algunos autores, como PARRA LUCÁN (2013, p. 2550)[62] y FÁBREGAS RUIZ (2010, p. 312)[63] niegan tal posibilidad; otros, en cambio, como SANCHO REBULLIDA (1989, p. 287)[64] y ROGEL VIDE (1991, p. 869)[65] consideran que lo dispuesto en el artículo 306 no es óbice, aunque algunos piensen lo contrario, para que el juez pueda aprobar la actuación del guardador de hecho y arbitrar a su favor una retribución homologable con los criterios del artículo 174. Por su parte BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1986, pp. 791-792) después de señalar que «de los tres artículos que el Código dedica a la guarda de hecho, quizá sea el artículo 306 el más desafortunado, no por lo que en él se dice, que parece razonable, sino por el sistema utilizado por remisión al artículo 220», añade que «a resultados similares se podría haber llegado recurriendo a la regulación de la gestión de negocios ajenos (art. 1893 del Código Civil), o del mandato (art. 1729 del Código Civil)»[66]. No obstante, para RUEDA ESTEBAN (2015, p. 1031) habría que distinguir dos momentos: «a) Retribución por el trabajo realizado por el guardador en la fase previa a que se tenga conocimiento por el juez de esta situación —en este caso habría que negar este derecho ya que el sentido de la retribución es estimular al tutor a un buen funcionamiento de la tutela, y esto se compadece mal con su aplicación a actos ya realizados—; b) Por el contrario, en relación con los actos futuros, una vez el juez ha conocido ya esta situación de guarda y, por considerarla conveniente, la mantiene durante un tiempo, no cabe duda de que podría fijar una retribución al guardador conforme a los criterios del artículo 274 del Código Civil»[67]. De todas formas, normalmente el guardador de hecho se mueve por fines altruistas por lo que no parece que, piense en ser retribuido por ello y poco importa desde cuándo desempeñe el cargo; aunque no es desdeñable la posibilidad de poder abonarle algunos de los gastos ordinarios que, haya realizado en el desempeño de la guarda, siempre que sean en beneficio del menor o incapaz.

En todo caso, está legitimado para ejercer cualquier acción de responsabilidad extracontractual, como por ejemplo, consecuencia de accidentes de circulación, del fallecido que estaba bajo su guarda y declarado incapaz[68]; y de ser informado de las actuaciones que, tengan lugar en cualquier procedimiento, que se entable a favor o en contra de la persona que está bajo su guarda[69].

Y, asimismo, puede ser nombrado tutor, en la mayoría de las ocasiones, por su especial vinculación familiar, porque se trata de una institución jurídica regulada en nuestro Derecho, donde se toman decisiones en interés del presunto incapaz o menor, protegiendo su persona y patrimonio; y, porque viene a ser la medida más adecuada en interés del tutelado, si se tiene en cuenta la precedente relación de guarda que ha existido entre las partes[70].

En todo caso, la remisión que el artículo 306 del Código Civil hace a la regulación de la tutela es únicamente al artículo 220, por lo que no parece que el legislador tenga intención de ampliarla a más supuestos regulatorios de la tutela al menos en derechos y obligaciones, ni tampoco una equiparación de la guarda de hecho al tutor formal, salvo que le otorgue determinadas funciones tutelares.

8. La responsabilidad civil del guardador de hecho por hechos propios y ajenos

El artículo 229 del Código Civil impone al guardador la obligación de promover la constitución de la tutela. Y, si no lo hace es responsable solidario junto a los parientes llamados a la tutela, de la indemnización de daños y perjuicios causados. Aunque no está legitimado activamente para promover la declaración

de incapacitación (art. 757.1 LEC), su obligación es poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que sea promovida por este (art. 757.2 y 3 LEC). Por otra parte, es responsable por hecho propio de los daños y perjuicios que cause al guardado como consecuencia de su gestión y determina la aplicación del artículo 1902 del Código Civil como un supuesto más de responsabilidad extracontractual[71].

No obstante, cabe plantearse si es, asimismo, responsable por hecho ajeno y, en consecuencia, responder por los daños y perjuicios ocasionados por el menor o incapaz que están bajo su guarda. Aunque el artículo 1903 del Código Civil no menciona al guardador de hecho, precisamente, entre los responsables civiles por hecho ajeno, tratándose de ilícito civil; sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 1994[72] establece que «por lo que concierne al artículo 1903 del Código Civil hay que considerar que la enumeración de los casos que comprende dicho precepto no es cerrada ni exhaustiva, sino simplemente enunciativa», por lo que podrán plantearse una hipotética responsabilidad del guardador de hecho por culpa propia por la vía del artículo 1903, aunque no lo mencione expresamente sobre la base de la exigencia de guarda y de una culpa *in vigilando*; si bien, operaría cuando se tratase de un guardador de hecho en sentido propio y no un simple cuidador provisional del menor o incapaz —aunque podría concurrir con la responsabilidad de los padres o tutor o curador—[73]. De todas formas, la mayoría de la doctrina, aunque no descarta la responsabilidad del guardador de hecho por los daños que cause la persona que está bajo su guarda, consideran que, aquella opera por la vía del artículo 1902 del Código Civil, si el hecho dañoso se debe a su culpa o negligencia[74].

Ahora bien, cuando se trata de actuaciones que constituyen ilícitos penales, si el causante del daño es imputable penalmente también lo es civilmente conforme el artículo 116 del Código Penal —la edad penal es a los 18 años—. Si el causante del daño es penalmente inimputable, el artículo 118.1 del Código Penal señala que «son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quien los tenga bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia». No obstante, añade que, los jueces pueden graduar de forma equitativa la medida en que deben responder estos con sus bienes, esto es, moderar su responsabilidad civil, pero no eximirles de ella. En todo caso, la inimputabilidad penal no excluye que el juez pueda considerar al autor de los hechos imputable civilmente. Lo cierto es que, el artículo 118.1 del Código Penal consagra una responsabilidad solidaria de los responsables penales con quienes los tienen bajo su guarda en los casos de los números 1 y 3 del artículo 20 —causas que eximen de responsabilidad penal por anomalía o alteración psíquica o por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia que, alteran gravemente la conciencia de la realidad—. Ahora bien, si se trata de menores mayores de 14 años y menores de 18 años, se aplica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores y en su artículo 61.3 ante un hecho delictivo (ilícito penal) consideran como responsable al guardador de hecho de la responsabilidad civil derivada del delito cometido por su guardado[75]. Precisamente, el citado artículo 61.3 establece la responsabilidad solidaria del guardador de hecho con los menores y aunque alude a un orden de responsables; lo cierto es que, responde quien lo tenga bajo su guarda sin atender al mismo. Se atiende al control efectivo de quien tiene, precisamente, la guarda. Se trata de responsabilidad rigurosamente objetiva y que puede ser moderada por el juez, si demuestra que no han facilitado la conducta dañosa del guardado con una

conducta dolosa o con negligencia grave[76]. Por último, si se trata de menor de 14 años es inimputable penalmente en todo caso, pero no civilmente por lo que responde por hecho propio y sus guardadores por hecho ajeno[77].

Finalmente, también en el ámbito penal, se puede considerar al guardador de hecho responsable penalmente por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones en el feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que los comenta contra los menores e incapaces que convivan con él[78]. De todas formas, si se cometen en el seno de la convivencia familiar, serán competentes los juzgados de violencia de género[79].

VI. LA GUARDA DE HECHO Y EL REGISTRO CIVIL

La guarda de hecho puede acceder al Registro civil. Así la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro civil —que entrará en vigor de forma completa el 30 de junio de 2017 con las excepciones indicadas en la Disposición Final 10.ª— en su artículo 40.3.9.º considera que puede ser objeto de anotación «el acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho». Las anotaciones registrales son una modalidad de asiento que, en ningún caso tendrán el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán un valor meramente informativo, salvo en los casos en que la Ley les atribuya valor de presunción que, no es el supuesto de la guarda de hecho (art. 40.1). En todo caso, las anotaciones registrales se extenderán a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado. En este contexto, la guarda judicializada, esto es, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento del guardador de hecho y le mantenga en el cargo, puede acceder al Registro civil. Si bien, conviene aclarar que la legitimación para el ejercicio de las funciones que se le hayan atribuido de forma puntual, provisional y, por ende, con cierta estabilidad en los casos por lo que se opten por reforzar su posición de guarda, derivan de la sentencia judicial no del asiento practicado. Ahora bien, la anotación en el Registro Civil al tener valor informativo, no supone con ello legitimar la actuación del guardador de hecho frente al tercero que quieran contratar con el guardado[80]. Recordemos lo que establece el artículo 304 del Código Civil respecto de la posible validez de los actos llevados a cabo por el guardador de hecho, si redundan en su utilidad.

VII. CONCLUSIONES

La Convención de las Naciones Unidas de las personas con discapacidad de 2006 reconoce la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso y obliga a los Estados a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que, sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en esta Convención. Se opta por un modelo social que pone el acento en la consideración de las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y en el reconocimiento de una capacidad jurídica en iguales condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida (art. 12.4). Sobre tales bases, los Estados deberán adoptar medidas pertinentes que proporcionen acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar para el ejercicio

de su capacidad jurídica. Con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se modifica la regulación de la guarda de hecho incluyendo la posibilidad de otorgar judicialmente facultades tutelares a la misma. Además de establecer los supuestos en que la guarda de hecho deben motivar el desamparo; si bien, se parte mayoritariamente por considerar que no hay desamparo cuando hay un guardador de hecho. Asimismo se posibilita a este promover la privación y suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento del tutor. Con esta reforma, además de dotar de cierta estabilidad a la guarda de hecho y de funciones representativas, se mueve en la línea de encajar en el marco tuitivo de las medidas de apoyo que, la Convención de las Naciones Unidas de las personas con discapacidad anima a los Estados a fijar, a la guarda de hecho, «revitalizando» con ello su posición jurídica; todo ello sin dejar de señalar la importancia de la curatela también como medida de apoyo. Se tiende a proteger a las personas con discapacidad mediante la constitución de «trajes a medida» adaptados a discapacidad y, dejando como último recurso, la incapacitación judicial. En esta línea, la guarda de hecho viene a representar, también, un papel —si bien menor en su alcance— en la protección de las personas con discapacidad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AFONSO RODRÍGUEZ, E. (1995). La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores, *Actualidad Civil, número 2*, 317-331.

BERCOVTIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). De la guarda de hecho. Comentario a los artículos 303 a 306 del Código Civil, En: M. Amorós Guardiola y R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid: Tecnos, pp. 784-794.

CARCABA FÉRNANDEZ, M. (1984). Consideraciones sobre la guarda de hecho. En: J. M. González Porras (dir.), *La Tutela de los Derechos del Menor, Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba.

DÍAZ ALABART, S. (2004). El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda. En: S. Díaz Alabart (dir.), *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad),* Madrid: Ibermutuamur.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2008). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, décima edición, Madrid: Tecnos.

FÁBREGA RUIZ, C. FCO. (2010). Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado. En: S. De Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad,* Zaragoza: El Justicia de Aragón, pp. 295-338.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil,* vol. IV, Familia, 4.ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, VI, Derecho de Familia, decimocuarta edición, Madrid: Marcial Pons.

LECIÑERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, Navarra: Civitas, Thomson Reuters.

— (2014). Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación

ex voluntate y figuras tuitivas de apoyo. En: M. García-Ripoll Montijano y A. Leciñera Ibarra (coords.). *Estudios Jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad,* Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 131-182.

LETE DEL RÍO, M. (1985). De la guarda de hecho. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales,* T. IV, 2.ª ed., Madrid: Edersa, pp. 1980 y siguientes.

MORENO QUESADA, B. (1985). El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho, *Revista de Derecho Privado,* abril.

MUÑOZ GARCÍA, C. (2016). Responsabilidad civil de los grandes menores a la luz de las últimas reformas, *Diario La Ley,* núm. 8719, Sección Doctrina, 10 de marzo de 2016, Ref. D-102, 1-13.

ORTEGA PARDO, G. (1947). La tutela de hecho, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* año XCII.

PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013). La guarda de hecho de las personas con discapacidad. En: S. De Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas,* Madrid: Dykinson, pp. 211-264.

— (2013). Comentario a los artículos 303 a 313 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil,* T. II, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 2531-2555.

— (2014). La guarda de hecho de las personas con discapacidad. En: L. Díez-Picazo (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel,* T. II, Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, pp. 2482-2509.

PRATS ALBENTOSA, L. (1995). *Derecho de familia*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

ROGEL VIDE, C. (1986). *La guarda de hecho*, Madrid: Tecnos.

— (2003). Sobre la guarda de hecho, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* año CL, octubre-diciembre, 579-596.

— (1991). Comentario al artículo 303 del Código Civil. En: C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovtiz Rodríguez Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil,* T. I, Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 863-870.

RUEDA ESTEBAL, L. (2015). La Institución tutelar. En: V. M. Garrido de Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado,* T. IV Familia, vol. 1.º, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

SANCHO REBULLIDA, FCO. (1989). La guarda de hecho. *Elementos de Derecho Civil* de Lacruz Berdejo J.L., et al., T. IV, vol. 2.º Derecho de familia, Barcelona: Bosch.

SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª (2002). La institución tutelar. En: J. Fco. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado,* T. IV Familia, vol. 2.º, Madrid: Civitas.

VENTOSO ESCRIBANO, A (1985). *La reforma de la tutela*, Madrid: Colex.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (1984). La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho. *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid.

— (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General: Delimitación y especies. Elementos. Efectos y consecuencias*, Madrid: Dykinson.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 24 de abril de 2000
- STS, Sala de lo Civil, 12 de julio de 2004

- STS, Sala de lo Civil, 29 de abril de 2009
- STS, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 2012
- STS, Sala de lo Civil, 16 de febrero de 2012
- STS, Sala de lo Civil, 1 de julio de 2014
- STS, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 2016
- STS, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2016
- SAP Barcelona, secc. 18.ª, 29 de octubre de 1999
- SAP Zaragoza, secc. 4.ª, 8 de mayo de 2000
- SAP Córdoba, secc. 3.ª, 13 de mayo de 2001
- SAP Asturias, secc. 5.ª, 7 de junio de 2004
- SAP Cádiz, secc. 1.ª, 22 de diciembre de 2004
- SAP Valladolid, secc. 3.ª, 1 de febrero de 2005
- SAP Ourense, secc. 1.ª, 14 de julio de 2008
- SAPA Barcelona, secc. 12.ª, 29 de julio de 2009
- SAP León, secc. 2.ª, 14 de julio de 2010
- SAP Pontevedra, secc. 1.ª, 15 de octubre de 2013
- SAP Córdoba, secc. 1.ª, 15 de junio de 2015

NOTAS

[1] *Vid.*, por todos, LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV, Familia, 4.ª edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid: Dykinson, p. 448. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1.ª, de 24 de noviembre de 2005 *(JUR* 2006, 28448).

[2] ROGEL VIDE, C. (1986). *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 98; del mismo autor (1991). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.*, p. 864. En el mismo sentido, ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario al artículo 303 del Código Civil, En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2.ª ed., Navarra: Thomson-Aranzadi, p. 478; DÍAZ-ALABART, S. *et al.* (2004). El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda, *op. cit.*, p. 74.

Sin embargo, para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1985). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.*, p. 783, pese a cumplir ambas figuras una función similar, la realidad normativa actual, sin embargo, no permite realizar una asimilación entre la tutela y la guarda de hecho, pues, los preceptos del Código Civil solo equiparan guarda de hecho y guarda legal en lo que atañe al deber de información del guardador (art. 303) y al deber de indemnización (art. 306). Además, ni siquiera la ubicación sistemática podría servir de argumento, si se tiene en cuenta, además que, el artículo 215 no enumera a la guarda de hecho dentro de las instituciones tutelares. Siendo así, que el régimen jurídico del guardador de hecho debería sujetarse únicamente a lo establecido en los artículos 303 a 306, sin que las normas relativas a la tutela sean de aplicación analógica.

[3] ESCOBAR DE LA RIVA, E. (1943). *La tutela*, Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 253.

[4] En el mismo sentido, el artículo 158.1 CDFA «*cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, le requerirá para que informe de la situación de la persona bajo su guarda y de sus bienes, así como de la actuación del guardador en relación con ambos extremos*». *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1.ª, de 22 de diciembre de 2004 *(LA LEY* 2004, 269719); y, los Autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 13 de febrero de 2008 *(LA LEY* 2008, 52542); y, de 25 de febrero de 2008 *(LA LEY* 2008, 52418), manifiestan que naturalmente ese deber de información se extiende en principio tanto a la persona como a los bienes, quedando limitado en cada caso al ámbito en el que se está desarrollando la guarda de hecho, sin perjuicio de que el guardador pueda completar la información con otros datos que conozca, ajenos a su actividad de protección y custodia. La información, en cuanto a los bienes, puede consistir en su caso en un inventario y en una rendición de cuentas.

[5] *Vid.,* el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 23 de enero de 2007 *(LA LEY* 2007, 18071), señala que, la situación fáctica de la guarda de hecho en la persona de la abuela, consentida por el padre y la madre biológicos de las menores, debe legitimarse en beneficio del interés del menor; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 11 de abril de 2008 *(LA LEY* 2008, 145022).

[6] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.,* p. 789. *Vid.,* asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 13 de febrero de 2008 *(LA LEY* 2008, 52542).

[7] PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, En: S. De Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid: Dykinson, p. 225.

[8] LETE DEL RÍO, J. M. (1985). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.,* p. 490. *Vid.,* también, MARTÍNEZ DÍE, R. (2000). Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección, *La Notaría,* número 2, febrero 2000, p. 36. *Vid.,* asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 13 de febrero de 2008 *(JUR* 2008, 174192). Para LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 401, en cambio, la actividad de la autoridad judicial es meramente facultativa.

[9] RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La institución tutelar, *op. cit.,* p. 1027.

[10] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3.ª, de 13 de mayo de 2001 *(LA LEY* 2002, 91255).

[11] Con todo, señala PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2014). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, en L. Díez-Picazo (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel, T. II*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p. 2489 «no hay que desconocer el riesgo de que la persona guardada carezca de otros parientes que puedan denunciar el mal uso y abuso que el guardador de hecho realice al gestionar el patrimonio del guardado en su exclusivo beneficio e interés».

[12] *Vid.,* asimismo, el artículo 159.2 del CDFA.

[13] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.,* p. 790.

[14] LETE DEL RÍO, J. M. (1985). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.,* p. 490; SANCHO REBULLIDA, FCO. (1984). El nuevo régimen de la familia, *op. cit.,* pp. 162-163; LACRUZ BERDEJO J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 448. El Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, de 24 de marzo de 1992 *(AC* 1992, 516) se establece como medida cautelar interesada por el Ministerio Fiscal consistente en que los menores queden bajo la guarda y custodia de su tía materna para evitar el desamparo y desprotección en tanto se resuelve sobre su custodia.

[15] *Vid.,* el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 8 de julio de 2004 *(LA LEY* 2004, 162406).

[16] ROGEL VIDE, C. (1991). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.,* p. 865. Sin embargo, LETE DEL RÍO, J. M. (1985). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.,* p. 490, dispone que «estas medidas habrán de ser lógicamente subsiguientes al informe, pues en función de este se adoptarán aquellas que la autoridad judicial estima más procedentes en beneficio de la persona y de los bienes de la persona sometida a la guarda de hecho».

[17] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1985). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.,* p. 790.

[18] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 29 de julio de 2009 *(AC* 2004, 2020); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 5 de julio de 2005 *(JUR* 2005, 238160).

[19] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000 *(RJ* 2000, 2982); y, de 16 de febrero de 2012 *(RJ* 2012, 3923); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 27 de febrero de 1996 *(AC* 1996, 358); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.ª, de 9 de junio de 1999 *(AC* 1999, 1219); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 18 de enero de 2000 *(AC* 2000, 157); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 8 de febrero de 2000 *(AC* 2000, 513); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 19 de octubre de 2001 *(JUR* 2001, 331523); de la Audiencia Provin-

cial de Barcelona, sección 12.ª, de 19 de noviembre de 2008 *(LA LEY* 2008, 246312); de la misma Audiencia y sección, de 29 de julio de 2009 *(LA LEY* 2009, 179528); de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.ª, de 4 de septiembre de 2009 *(LA LEY* 2009, 261948); y, de la Audiencia Provincial de León, sección 2.ª, de 14 de julio de 2010 *(LA LEY* 2010, 130899).

[20] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.ª, de 5 de marzo de 2001 *(JUR* 2001, 139719).

[21] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 6 de julio de 1996 *(RJ* 1996, 6608); de 18 de octubre de 1996 *(RJ* 1996, 7507); y, de 10 de noviembre de 2005 *(LA LEY* 2006, 10099) que, como precisa «la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia, imputable de forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basado en datos contratados y suficientemente significativos de lo que puede inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo», y añade «se requiere, por tanto, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo»; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida de 18 de febrero de 1993 *(AC* 1993, 567); de la Audiencia Provincial de Ávila de 16 de noviembre de 1995 *(AC* 1996, 481); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 2.ª, de 12 de enero de 1999 *(AC* 1999, 3464); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.ª, de 9 de junio de 1999 *(AC* 1999, 3464); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1.ª, de 22 de junio de 1999 *(AC* 1999, 8394); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 8 de febrero de 2000 *(AC* 2000, 513); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 3.ª, de 1 de marzo de 2000 *(AC* 2000, 3914); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 19 de diciembre de 2000 *(AC* 2001, 74); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 30 de mayo de 2008 *(LA LEY* 2008, 90413), señala que «la privación reviste un carácter excepcional y debe basarse en circunstancias extremas en las que la continuidad de las relaciones paterno-filiales vengan a poner en peligro la educación o formación, en sus distintos aspectos, del sujeto infantil, de manera que, cuando se hable de incumplimiento de los deberes inherentes a tal potestad, en cuanto causa de privación de la misma, ello no conlleva un significado de pura censura o sanción de una conducta omisiva, habiendo de valorarse esta en función del antedicho principio de *favor filii* que imponga o aconseje, a favor del interés a proteger, tan drástica medida»; de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 1.ª, de 11 de diciembre de 2000 *(JUR* 2001, 54306); de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.ª, de 16 de abril de 2010 *(LA LEY* 2010, 97598); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 24 de junio de 2010 *(LA LEY* 2010, 147092); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 3 de noviembre de 2014 *(JUR* 2015, 42850).

[22] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 2844) además de señalar que, requiere ineludiblemente la inobservancia de deberes de modo constante, grave y peligroso para el hijo, dispone que, la declaración de desamparo es el momento de determinación de estar incurso en causa de privación; y, de 9 de noviembre de 2015 *(RJ* 2015, 5157) que, igualmente, se constata que para la privación de patria potestad resulta necesario la existencia de un incumplimiento de los deberes de forma grave y reiterada, y que, ha de tratarse tal privación de una medida beneficiosa para el hijo; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 28 de septiembre de 1992 *(AC* 1992, 1175); asimismo, sobre la base del principio del interés del menor, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 26 de marzo de 2009 *(LA LEY* 2009, 169920) se pone de manifiesto que, para resolver sobre la privación de la patria potestad hay que considerar el efecto que ello tendría sobre la menor, más que la intencionalidad o no del progenitor en el incumplimiento de sus deberes como padre.

[23] En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2012 *(RJ* 2012, 2041) que, además, añade que, las causas de privación de la patria potestad están formuladas en forma de cláusula general en el artículo 170 del Código Civil y requieren ser aplicadas en cada caso según las circunstancias concurrentes.

[24] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de julio de 2004 *(RJ* 2004, 4371); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, de 19 de septiembre de 2008 *(LA LEY* 2008, 225497).

[25] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Ávila de 18 de junio de 1999 *(AC* 1999, 2279), y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.ª, 22 de mayo de 2014 *(AC* 2014, 1408).

[26] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 25 de junio de 1994 *(LA LEY* 1994, 13968); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 27 de diciembre de 2002 *(JUR* 2003, 44131). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 12 de febrero de 2003 *(JUR* 2003, 186517) señala que «la doctrina jurisprudencial existente, constante y pacífica desde diciembre de 1992, limita la privación de la patria potestad a supuestos de índole excepcional, basados, además, no en meras sospechas o alegaciones afirmativas de una de las partes, sino en una sólida resultancia probatoria demostrativa del perjuicio que para el hijo implica el que uno de los padres siga ostentando, conjuntamente con el otro, la referida potestad».

[27] ZURITA MARTÍN I. (2003). «La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal», *Actualidad Civil,* núm. 32, 1 al 7 de septiembre, p. 867.

[28] En similares términos, se pronuncia el artículo 159.3 CDFA cuando referido al acto declarado necesario por la Junta de Pariente, dispone que: «*El acto declarado necesario por la Junta de Parientes será válido; los demás serán anulables, si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida*».

[29] *Vid.,* el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.ª, de 19 de diciembre de 2000 *(LA LEY* 2000, 231054); la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2.ª, de 9 de marzo de 2001 *(LA LEY* 2001, 53742); la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 3.ª, de 12 de mayo de 2004 *(LA LEY* 2004, 111969); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 1 de febrero de 2005 *(LA LEY* 2005, 24967); de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1.ª, de 14 de julio de 2008 *(JUR* 2008, 344718); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 8 de septiembre de 2008 *(LA LEY* 2008, 227882).

[30] DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2008). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, décima edición, Madrid: Tecnos, pp. 290-291.

[31] PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, *op. cit.,* p. 240; LECIÑERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.,* pp. 151-152. *Vid.,* asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 25 de mayo de 2012 *(JUR* 2012, 235604). En cambio, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (1988). *Curso de Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 259, considera que «el régimen de la eficacia extraordinaria en beneficio del menor solo podrá extenderse a los actos conservativos…, pues, como señala, si los actos de administración extraordinaria del tutor legal sin autorización pueden ser impugnados, con más razón los del tutor de hecho».

[32] SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª (2002). «La institución tutelar», En: J. Fco. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia, vol. 2.º,* Madrid: Civitas, p. 580.

[33] El artículo 3.1 a) de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en relación con la constitución del patrimonio protegido dispone que: «*El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de este un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquellos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil*».

[34] Para MORETÓN SANZ, M.ª F. (2009). El guardador de hecho ante la dependencia: revisión de los procedimientos autonómicos y las declaraciones «bajo su responsabilidad», *LA LEY,* número 7246, de 22 de septiembre de 2009, p. 2, la presentación de la solicitud para la declaración de dependencia por el guardador puede ser incluida en la órbita de los actos de administración.

[35] NÚÑEZ MUÑIZ, C. (1999). La guarda de hecho, *op. cit.,* p. 441; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª (2002). La institución tutelar, *op. cit.,* p. 580; ROGEL VIDE, C. (1991). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *Comentario del Código Civil, T. I,* Madrid: Ministerio de Justicia, p. 867, precisa que «estos deberes juegan también para los guardadores de hecho, junto con los derechos correspondientes, siendo —en tales casos— difíciles de

conjugar sus límites, sobre todo el representado por la intervención y control de la autoridad judicial». Precisamente por ello, y a su entender «los actos que, en base a los deberes y derechos antes citados, realice el guardador de hecho, en relación con la persona del guardado, han de ser susceptibles de impugnación».

[36] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 1 de febrero de 2005 *(AC* 2005, 550) se considera válido el rescate del plan de pensiones con objeto de destinarlo al sostenimiento de su madre; y el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Córdoba de 29 de abril de 2013 *(JUR* 2013, 208043) autorización para los guardadores de hecho para disponer de los fondos de la cuenta que el menor a su cargo tiene abierta en una sucursal bancaria.

[37] Señala LETE DEL RÍO, J. M. (1985). De la guarda de hecho. Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* p. 491 que «la utilidad es un concepto relativo; como es sabido, lo que es útil para unas personas puede no serlo para otras». Asimismo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1985). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* p. 790, se pregunta, si un concepto como el de utilidad tan indeterminado suscita la duda acerca de la oportunidad de constituirlo en límite de impugnabilidad de los actos del guardador, sobre todo si se tiene en cuenta que normalmente no se impugna un acto que ha resultado beneficioso.

[38] SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª (2002). La institución tutelar, *op. cit.,* p. 580; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1985). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* p. 791 quien, asimismo, precisa que «la valoración debe ser objetiva, aunque tenga en cuenta las circunstancias del cada caso, incluidos los aspectos personales del menor o incapaz» y añade además que «no cabe plantearse una valoración fraccionada de la utilidad que produzca un acto: la valoración debe ser global, sin que pueda pretender una anulación parcial limitada a consecuencias perjudiciales»; LETE DEL RÍO, J. M. (1985). De la guarda de hecho. Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* p. 491; MORENO QUESADA, B. (1985). El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho, *op. cit.,* pp. 329-330; ROGEL VIDE, C. (1991). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* pp. 867-868; PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* p. 2548; de la misma autora (2014). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, *op. cit.,* p. 2497 señala que «la valoración de la utilidad comprende los aspectos personales, el cuidado, la atención al menor o incapacitado, por lo que no debe efectuarse exclusivamente en atención a criterios económicos de rentabilidad económica»; FÁBREGA RUIZ, C. FCO. (2010). Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado, *op. cit.,* p. 320; LECIÑERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.,* p. 171 que, lo hace con el matiz «de que en lo personal lo objetivo será atenderse al entender y querer del afectado, mientras que en lo patrimonial el criterio es la mera ventaja económica obtenida».

[39] LETE DEL RÍO, J. M. (1985). «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.,* p. 491; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.,* p. 791 quien señala que «esta inversión de la carga de la prueba es favorable para el menor o incapaz».

[40] DE COUTO GÁLVEZ, R. M.ª (2000). «De la guarda de hecho», En: J. Rams Albesa y R. Moreno Flórez, *Comentarios al Código Civil, T. II, vol. 2,* Barcelona: Bosch, p. 2083.

[41] SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª (2002). La institución tutelar, *op. cit.,* p. 580.

[42] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* p. 790.

[43] ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* p. 479. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 1994 *(RJ* 1994, 834).

[44] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994.

[45] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* p. 790; ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* p. 479; PARRA LUCÁN M.ª Á. (2013). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* p. 2548; de la misma autora (2014). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, *op. cit.,* p. 2495; DÍAZ ALABART, S., *et al.* (2004). El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda, *op. cit.,* p. 76.

[46] PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* p. 2547 *nota* 1 señala al respecto que: «se trata de una regulación novedosa que permitirá atender, en particular, a la realizada social de las personas incapaces que no están incapacitadas. La intervención de la Junta de Parientes garantiza la imparcialidad de la decisión de quien está actuando de hecho, sin tener atribuida una función tutelar. También ofrece garantía suficiente a terceros que, podrán confiar en la validez del acto que celebran con el guardador».

[47] PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2014). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, *op. cit.,* p. 2497; de la misma autora (2013). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, en: S. De Salas Murillo, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid: Dykinson, p. 241. En el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.,* p. 791 se refiere a nuevas circunstancias (previsibles e imprevisibles) que transformar en útil lo que inicialmente era perjudicial, por lo que no debería admitirse la impugnación.

[48] LECIÑERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.,* p. 173 si bien, precisa que «si al inicio de la gestión el acto no resultaba beneficioso para el guardado pero por circunstancias sobrevenidas acaba arrojando ventajas para él, cree la autora, que carecería de fundamento que se cuestionase el juicio favorable de utilidad preciso para salvar la validez de lo actuado». DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). «Instituciones de guarda y protección de menores. Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento». En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. VI,* Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 444-445.

[49] PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* p. 2549.

[50] *RJ* 2016, 845.

[51] Para FÁBREGA RUIZ, C. FCO. (2010). Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado, *op. cit.*, p. 317 «estamos ante un verdadero contrato en nombre de otro que adquiere su validez si le beneficia. El guardador no actúa en representación del discapaz, de acuerdo, pero si como si actuara e mismo discapaz. Es una actuación no por representación, sino por sustitución si se nos permite aplicar la nomenglatura anglosajona en lo que se refiere a actos personalísimos». Por lo que, considera «esta sustitución se vería convalidada después, bien porque nadie la impugne, bien porque el Juez declara el acto válido por beneficiar al incapaz». Por su parte DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Instituciones de guarda y protección de menores. Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento, *op. cit.*, pp. 445-446 da por supuesto la aplicación del artículo 1259 del Código Civil para los actos impugnables por no cumplir los requisitos del artículo 304 del Código Civil.

[52] LEÑA FERNÁNDEZ, R. (2000). El tráfico jurídico negocial y el discapacitado, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. En: R. Martínez Díe (dir.), Consejo General del Notariado, Madrid: Civitas, p. 213.

[53] LECIÑERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.,* p. 182.

[54] Sobre la actuación del guardador de hecho con mandato o poder representativo y sus consecuencias, *vid.,* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* p. 791; LEÑA FERNÁNDEZ, R. (2000). El tráfico jurídico negocial y el discapacitado, *op. cit.,* pp. 194-212. Por su parte, PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013) Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.,* p. 2536 se pregunta si en los poderes preventivos puede considerarse al apoderado como mero guardador de hecho, a lo que contesta que «parece dudoso que en este caso estemos ante un guardador de hecho, puesto que la actuación del apoderado aparece respaldada, precisamente, por el apoderamiento y no actúa «por iniciativa propia», sino del propio poderdante». Además añade acertadamente que «en el caso de otorgamiento de un poder preventivo ni se dan los presupuestos ni parece razonable tener en cuenta las consecuencias que, para la guarda de hecho establece el artículo 304 del Código Civil». Por lo que concluye que «en realidad los efectos de la gestión del apoderado serán los propios de la actuación representativa».

[55] PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2014). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, *op. cit.,* pp. 2497-2498.

[56] En este sentido, también se pronuncia el artículo 225-4 del Código Civil catalán: *«El guardador de hecho tiene derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización por daños por razón de la guarda, a cargo de los bienes de la persona protegida»*.

[57] ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* p. 480.

[58] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1984). En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, pp. 505-506; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª (2002). «La institución tutelar», *op. cit.,* p. 581; RUEDA ESTEBAN, L. (2015). «La institución tutelar», *op. cit.,* p. 1030. Para ROGEL VIDE, C. (1991). «Comentario al artículo 306 del Código Civil», *op. cit.,* p. 870, cabe englobar dentro de la indemnización como lucro cesante, lo dejado de ganar por el guardador de hecho, en el ejercicio de su profesión u oficio durante el tiempo dedicado a la guarda; y este mismo autor (2003). Sobre la guarda de hecho, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia, año CL, núm. 4, octubre-diciembre*, p. 592, señala, asimismo, que entre los daños y perjuicios indemnizables, cabe citar tanto los que pudiera haber causado, al guardador, terceras personas, como los que —con frecuencia, incluso— le pudiera haber causado el mismo guardado.

[59] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1984). En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* p. 503.

[60] SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª (2002). «La institución tutelar», *op. cit.,* p. 581.

[61] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALGAZ, C. (1984). En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil, *op. cit.,* p. 516.

[62] PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013). Comentario al artículo 306 del Código Civil, *op. cit.,* p. 2550.

[63] FÁBREGA RUIZ, C. FCO. (2010) «Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado», *op. cit.,* p. 312.

[64] SANCHO REBULLIDA, FCO. (1989). *Elementos de Derecho Civil*, de LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al., op. cit.,* p. 287.

[65] ROGEL VIDE, C. (1991). Comentario al artículo 306 del Código Civil, *op. cit.,* p. 869; del mismo autor (1986). *La guarda de hecho*, *op. cit.*, pp. 143-144; y (2003). «Sobre la guarda de hecho», *op. cit.,* p. 592; LECIÑERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.,* p. 194. *Vid.,* asimismo, el artículo 225-4 del Código Civil Catalán que señala que, el guardador de hecho tiene derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización de los daños por razón de la guarda, a cargo de los bienes de la persona protegida; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.ª, de 5 de julio de 2001 *(JUR* 2001, 268305).

Para un mejor enfoque de este problema SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª (2002). La institución tutelar, *op. cit.,* pp. 581-582 considera que habría que distinguir dos momentos: «a) Retribución por el trabajo realizado por el guardador en la fase previa a que se tenga conocimiento por el Juez de esta situación. En este caso, habría que negar este derecho, ya que el sentido de la retribución es estimular al tutor a un buen funcionamiento de la tutela, y esto se compadece mal con su aplicación a actos ya realizados; b) Por el contrario, en relación con los actos futuros, una vez que el Juez ha conocido ya esta situación de guarda, y por considerarla conveniente, la mantiene durante un tiempo, no cabe duda de que podría fijar una retribución al guardador, conforme a los criterios del artículo 274 del Código Civil». *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.ª, de 5 de julio de 2001 *(JUR* 2001, 268305); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 17 de marzo de 2004 *(LA LEY* 2004, 66789).

[66] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* pp. 791-792.

[67] RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La institución tutelar, *op. cit.,* p. 1031.

[68] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 7 de junio de 2004 *(LA LEY* 2004, 134557).

[69] *Vid.,* el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.ª, de 21 de marzo de 2001 *(LA LEY* 2001, 61662).

[70] *Vid.,* el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.ª, de 12 de noviembre de 2002 *(JUR* 2002, 9136), nombramientos como tutores a los abuelos que, antes actuaban como guardadores de hecho; la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.ª, de 17 de marzo de 2004 *(JUR* 2004, 129314); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 10 de enero de 2005 *(JUR* 2005, 267726) igualmente, el nombramiento como tutores a los abuelos, que antes actuaban como guardadores de hecho del menor; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 28 de junio de 2007 *(LA LEY* 2007, 135400).

[71] SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª (2002). La institución tutelar, *op. cit.,* p. 582; ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.,* p. 479.

[72] *RJ* 1994/4568. *Vid.,* asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 11 enero 1994 *(AC* 1994, 39).

[73] Para YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Madrid: Dykinson, pp. 305-306 señala al respecto que «distinguiendo entre la aplicación analógica y la interpretación extensiva, lo primero estaría vedado en el terreno del artículo 1903, pero no así lo segundo. Por otra parte, es bastante sólida la idea de que la responsabilidad del guardador de hecho bien podrían fundamentarse sobre la negligencia propia». Y añade «(…) lo cierto es que, al menos para los casos de exención de responsabilidad criminal a que se refiere la regla primera del artículo 118 Código Penal, la cuestión ha quedado resuelta de manera afirmativa como también ocurre para el caso de menores —por *lapsus* tipográfico dice el autor mayores— de dieciocho años y mayores de catorce autores de actos penalmente típicos (art. 61.3)». En esta línea, RUEDA ESTABEAN, L., La institución tutelar, *op. cit.,* p. 1031 manifiesta al respecto que, la responsabilidad por los perjuicios causados a terceros es equiparable a la del tutor que, tiene su fundamento en la norma del artículo 1903 del Código Civil.

[74] PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013). Comentario al artículo 306 del Código Civil, *op. cit.,* p. 2552; FÁBREGA RUIZ, C. FCO. (2010). Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado, *op. cit.,* p. 312; LECIÑERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.,* p. 220.

[75] DÍAZ-ALABART, S. (1987). La responsabilidad por actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad y tutela, *Anuario de Derecho Civil*, p. 835; YZQUIERDO TOLSADA, M. (1997). *Aspectos civiles del nuevo Código Penal (Responsabilidad Civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos),* Madrid: Dykinson, p. 247; NÚÑEZ MUÑIZ, C. (1999). La guarda de hecho, *op. cit.,* p. 445. *Vid.,* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1984 *(RJ* 1984, 4296); y, la de 5 de marzo de 1997 *(RJ* 1997, 1650); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.ª, de 18 de julio de 2001 *(LA LEY* 2001, 145831), señala que, su responsabilidad no tiene el carácter cuasiobjetivo que se deriva de la condición de tutor que, no ostenta; de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 5 de abril de 2005 *(LA LEY* 2005, 75479) atribución de responsabilidad a la Junta de Extremadura por ejercer la guarda de hecho de la menor al estar ingresado en un centro de acogida dependiente de la misma por orden judicial en el momento de cometerse los hecho. Falta de concurrencia de circunstancias específicas que, permiten al Juez de instancia hacer uso de la facultad de moderar la responsabilidad civil del guardador de hecho en caso de no apreciar dolo o negligencia en su conducta; de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 7.ª, de 5 de diciembre de 2005 *(LA LEY* 2005, 286418); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1.ª, de 20 de julio de 2010 *(JUR* 2010, 417447) falta de hurto cometido por un menor sometido a la guarda de la Comunidad Autónoma de Canarias. Esta es la primera llamada a responder civilmente a pesar de la existencia de concretos guardadores de hecho; y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 4.ª, de 14 de julio de 2011 *(JUR* 2011, 338604). En contra, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (1992). *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona: Bosch, p. 266.

[76] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 26 de septiembre de 2003 *(JUR* 2003, 236568); y, de la Audiencia Provincial de Huesca, sección 1.ª, de 25 de enero de 2005 *(JUR* 2005, 92563).

[77] Un estudio muy interesante sobre la responsabilidad civil y penal de los menores, *vid.,* MUÑOZ GARCÍA, C. (2016). Responsabilidad civil de los grandes menores a la luz de

las últimas reformas, *Diario La Ley,* núm. 8719, Sección Doctrina, 10 marzo de 2016, Ref. D-102, pp. 1-13.

[78] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.ª, de 25 de marzo de 2014 *(RJ* 2014, 1760) utilización del menor para la elaboración de material pornográfico agravado por la utilización de menor de 13 años por quien es guardador de hecho.

[79] *Vid.,* los Autos de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 1.ª, de 29 de abril de 2009 *(LA LEY* 2009, 1346927); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 9 de marzo de 2010 *(LA LEY* 2010, 72653).

[80] En esta línea, PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, *op. cit.,* p. 233 que añade, además que «con más razón debe negarse el reconocimiento de la eficacia legitimadora a otros posibles documentos (como una certificado acreditativo concedido por el Juez en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, un decreto del Ministerio Fiscal dictado en expediente informativo o el acto notarial de notoriedad)».

1.3. Derechos reales

La protección registral del tercero hipotecario en el ámbito penal

The land registry protection of the third party in the criminal area

por

ANTONIO J. VELA SÁNCHEZ

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

La verdad es lo que es,
y sigue siendo verdad aunque se piense al revés.

Antonio Machado

RESUMEN: Con alguna excepción anómala, tanto la Sala Civil como la Penal del Tribunal Supremo mantienen la doctrina consolidada y acertada de proteger, sin necesidad de transmisión intermedia, al adquirente que confía en el Registro de la propiedad, aunque la inscripción a favor del disponente resulte de un acto o contrato nulo o delictivo, aplicándose el artículo 34 y no el 33 de la Ley Hipotecaria. Por consiguiente, el deber general de restitución del inmueble litigioso no procede en los delitos patrimoniales, tampoco en el delito de estafa, cuando el tercero de buena fe haya adquirido la propiedad de forma irreivindicable (art. 111,2 del Código Penal).

ABSTRACT: With some anomalous exception, both Civil and Criminal Supreme Court support the consolidated and guessed right doctrine of protecting, without need of intermediate transmission, to the acquirer who trusts in the Land Registry, though the registration of seller comes from an invalid or criminal act or contract, implementing article 34, not 33 of Land Registry Law. Consequently the general statutory duty of restitution of the contentious real property does not applicable in the property offences, neither in the swindle offence, when a good faith third party has acquired the property irrevocably (article 111,2 of Criminal Code).

PALABRAS CLAVE: Legislación registral. Protección judicial del adquirente de buena fe. No restitución de la propiedad irrevocable. Delito de estafa.

KEY WORDS: Land Registry Law. Judicial protection of the good faith acquirer. Not restitution of the irrevocable property. Swindle offence.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DOCTRINA CONSOLIDADA POR LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA LA PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO: 1. VIRTUALIDAD DEL ARTÍCULO 34 LH SIN NECESIDAD DE TRANSMISIÓN INTERMEDIA EN LA QUE CONFÍE EL TERCERO HIPOTECARIO. 2. ALCANCE DEL ARTÍCULO 33 LH EN ESTA SEDE.—III. REFERENCIA A LOS PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL DEL ARTÍCULO 34 LH: 1. EXISTENCIA DE TERCERO. 2. LEGITIMACIÓN REGISTRAL DEL DISPONENTE. 3. ADQUISICIÓN ONEROSA QUE NO GRATUITA. 4. ADQUISICIÓN DE PROPIEDAD O DERECHO REAL SOBRE INMUEBLE. 5. BUENA FE DEL TERCERO ADQUIRENTE. 6. INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DEL TERCERO ADQUIRENTE. 7. VALIDEZ INTRÍNSECA DEL TÍTULO ADQUISITIVO INSCRITO DEL TERCERO.—IV. LA EFICACIA DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL EN EL ÁMBITO PENAL. 1. EMBARGO Y TERCERO HIPOTECARIO: *A) El anotante de embargo no tiene la consideración de tercero hipotecario del artículo 34 LH. B) Ineficacia del embargo no anotado frente al tercero hipotecario*. 2. DEBER DE RESTITUCIÓN DEL INMUEBLE EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO (*EX* ART. 111 CPE): *A) La restitución como regla general. B) La irreivindicabilidad a favor del tercero adquirente y sus consecuencias*. 3. LA DEFENSA DEL TERCERO HIPOTECARIO EN EL DELITO DE ESTAFA: *A) Preliminar. B) Existencia de legitimación registral del disponente. C) La concurrencia de buena fe del tercero adquirente D) Supuesta aplicación del artículo 33 LH en esta sede de delito de estafa. E) El posible juego del artículo 1305 del Código Civil en estas hipótesis. F) Referencia a la plausible justicia de la nulidad de los contratos realizados por el estafador*.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Las variadas cuestiones relativas a la protección registral del tercero hipotecario del artículo 34 LH no solo surgen en la jurisdicción civil, sino que también son frecuentes en el ámbito penal. En consecuencia, en este estudio voy a tratar diversas problemáticas relativas al juego del principio de fe pública registral del artículo 34 LH en la esfera de la jurisprudencia penal, a saber y esencialmente, la eficacia del embargo no anotado respecto del tercero adquirente que tenga la condición de tercero hipotecario, el deber de restitución del inmueble adquirido por tercero en los supuestos de responsabilidad civil derivada de delito patrimonial, salvo en los supuestos de irreivindicabilidad a favor del tercero hipotecario (básicamente, *ex* art. 111 CPe) y los presupuestos para la posible salvaguarda específica del tercero hipotecario en el delito de estafa.

Pues bien, cabe preguntarse, ante todo, si son o no idénticos los criterios empleados por las Salas Primera y Segunda de nuestro Tribunal Supremo para la defensa del tercero hipotecario del artículo 34 LH. Por ello, comenzaré exponiendo, a grandes rasgos, cuál es la doctrina consolidada por la Sala Primera, de lo Civil, de nuestro Alto Tribunal, acerca de la virtualidad protectora del susodicho artículo 34 LH, y cuáles son los requisitos cardinales que derivan de dicha posición jurisprudencial. Posteriormente, en los distintos apartados tratados, se analizará si tal posición judicial ya diáfana en la Sala Primera se asume o no por la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo en sede de delitos patrimoniales en general, y, especialmente, en el delito de estafa.

II. LA DOCTRINA CONSOLIDADA POR LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA LA PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO

1. Virtualidad del artículo 34 LH sin necesidad de transmisión intermedia en la que confíe el tercero hipotecario

Conforme a la fundamental STS, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007[1] —seguida por las de 16 y 20 de marzo y 7 de septiembre de ese mismo año, y confirmada por las de 5 y 14 de mayo, 8 de octubre, 20 de noviembre y 18 de diciembre de 2008 y 6 de marzo de 2009 (todas de la Sala Primera)—, en sede de venta judicial, aunque el criterio fijado es también aplicable a las adquisiciones voluntarias —como se comprueba en las SSTS, Sala Primera, de 30 de abril y 20 de julio de 2010 y 31 de marzo de 2011—, confirmada tabularmente la cualidad dispositiva del transmitente, en cuyo título confía de buena fe el tercero adquirente, y no siendo nula o inválida la adquisición realizada (*ex* art. 33 LH), prevalecerá esta por el principio de fe pública registral consagrado en el artículo 34 LH. En esta misma línea, la indicada STS, Sala Primera, de 31 de marzo de 2011 dice que la doctrina jurisprudencial que se fija es que el artículo 34 LH «ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o se resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente». Esto es, puede quedar protegido el tercero hipotecario por confiar de buena fe en el contenido del Registro de la Propiedad, aunque este no coincida exactamente con la realidad extrarregistral, y sin necesidad de que exista una transmisión intermedia respecto de la que sea verdadero tercero. Así, la misma citada STS, Sala Primera, de 31 de marzo de 2011, expone que el tercero «otorgó hipoteca, como acreedor hipotecante, sobre las fincas cuya titularidad de los contratantes deudores hipotecarios constaba inscrita en el Registro de la Propiedad; dándose la buena fe de aquel y habiendo inscrito su derecho, queda protegido por la aludida presunción de exactitud registral llegando incluso a la posible adquisición *a non domino*, pese a que la sentencia de instancia ha anulado las adquisiciones de aquellos titulares (por simulación absoluta), lo que contempla expresamente el artículo 34 de la Ley Hipotecaria»; y la indicada STS, Sala Primera, de 30 de abril de 2010 indica que distinto «es el caso de la ineficacia *stricto sensu* por falta de poder de disposición, como es el de la venta de cosa ajena. Los hermanos concedentes del derecho de opción carecían de poder de disposición sobre la finca objeto del mismo, pese a lo cual la vendieron a un tercero y este resulta ser tercero hipotecario, protegido por la fe pública registral que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y así lo expuso con detalle la sentencia del pleno de esta Sala de 5 de marzo de 2007 seguida por una larga serie de sentencias posteriores. Por tanto, la compraventa no es nula y el adquirente está protegido como tercero hipotecario»[2].

Como concluye, por ejemplo, la relevante STS, Sala Primera, de 23 de abril de 2010, la consecuencia fundamental y directa de la aplicación del principio de fe pública registral del artículo 34 LH es la adquisición definitiva del tercero hipotecario, lo que supone que «no pueda condenarse a indemnizar al adquirente

de buena fe (respecto del propietario afectado), cuya posición es inatacable en todos los aspectos porque se realiza en virtud de la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 34 LH, consolidando su adquisición *a non domino*».

2. Alcance del artículo 33 LH en esta sede

La configuración causal y no abstracta del sistema inmobiliario español justifica la existencia del artículo 33 LH, que destaca la necesidad de la validez del acto o contrato inscribible, dado que la inscripción no purifica los vicios intrínsecos de dicho acto o contrato. El acto o contrato constituye la causa de la inscripción, de ahí la necesidad de calificar registralmente la validez del susodicho acto o contrato antes de proceder a su registración. Como advierte, por ejemplo, la ya aludida STS, Sala Primera, de 18 de diciembre de 2008, el artículo 33 LH, que establece que la «*inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*», «podrá impedir la aplicación del artículo 34 si lo nulo es el acto o contrato adquisitivo de quien inscribe, por ejemplo, por falta de consentimiento (simulación absoluta, por ejemplo) pero no si el problema consiste en que ha adquirido de quien ha vendido y entregado anteriormente la finca a otro que no inscribió su adquisición…». Recalca la ya indicada STS, Sala Primera, de 20 de julio de 2010, que en la venta de cosa ajena no «hay nulidad, contemplada en el artículo 6.3 del Código Civil, sino que la falta de poder disposición del que no es propietario y vende la cosa ajena puede caer directamente bajo el supuesto del artículo 34». En efecto, como ya había dicho la STS, Sala Primera, de 22 de junio de 2001, la «fe pública registral sí salva el defecto de titularidad del transmitente, aunque no las del propio título adquisitivo del tercero». Es decir, el principio de fe pública registral consagrado por el artículo 34 LH queda sin efecto si el tercero adquirente protegible recibe la propiedad de lo comprado por título nulo, de modo que dicha nulidad no queda sanada por la inscripción de la adquisición y el juego del postulado indicado. Como concluye, acertadamente, algún autor[3], no opera la protección registral del artículo 34 LH en caso de nulidad absoluta o inexistencia del negocio en que intervenga el tercero adquirente, conforme al aludido y específico artículo 33 LH, ya que respecto a dicho negocio jurídico, el indicado tercero no es ajeno a las causas de nulidad concurrentes. También en el ámbito penal concluye claramente, por ejemplo, la STS, Sala Segunda, de 27 de octubre de 2001, que lo «que quiere decir (el art. 33 LH) es que mientras el derecho continúe según el Registro en la misma persona que inscribió el acto nulo tiene pleno vigor, pero si lo adquiere un tercero dicha adquisición se regirá por la norma del artículo siguiente (art. 34 LH), es decir, la nulidad del acto anterior produce sus efectos entre las partes que lo otorgaron pero no perjudica al tercero adquirente mediante un acto aparentemente válido. Desde luego tampoco un acto nulo en sí mismo puede quedar purgado del vicio que lo invalida por el hecho de inscribirle si el tercero ha participado en dicha causa de nulidad».

III. REFERENCIA A LOS PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL DEL ARTÍCULO 34 LH

El artículo 34 LH dice que el «*tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para trans-*

mitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro…»[4]. Este precepto se basa en la idea de confianza, como nota fundamental de la seguridad jurídica, pues basa su protección en el tercero que adquiere fundándose en la previa inscripción del transmitente, y de ahí la calificación de principio de fe pública registral. En consecuencia, como señala la ya aludida STS, Sala Primera, de 20 de julio de 2010, «se mantienen, aun contra la realidad extrarregistral, las adquisiciones que por negocio jurídico oneroso haya realizado un tercero confiado en el contenido del Registro de la Propiedad. Lo cual implica que si el transmitente era titular registral y tenía inscrito a su favor el derecho real, pero no era verdadero titular (por ejemplo y como caso frecuente, lo había transmitido a otro en documento no inscrito), careciendo por tanto de poder disposición y, pese a ello, lo transmite a título oneroso a un tercero de buena fe y este inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad va a quedar protegido registralmente y mantenido materialmente en su adquisición, pese a ser *a non domino…*». En definitiva, como entiende también en el ámbito penal la STS, Sala Segunda, de 23 de noviembre de 1998, «la valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico» inmobiliario. Veamos someramente cuáles son las condiciones para que tenga virtualidad el principio de fe pública registral derivado del artículo 34 LH.

1. Existencia de un tercero

Aunque el tercero protegido por la fe pública registral es quien cumple todos los requisitos derivados del artículo 34 LH, debe concretarse su definición, empezando desde su concepción en el Derecho Civil. Así, civilmente hablando, tercero es quien no es parte, ni originaria ni sobrevenidamente —artículo 1257 del CC: «*Los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos*»—, ni se identifica materialmente con quien efectivamente lo es. Partiendo de esta idea, el sujeto de la fe pública registral tendrá que ser, en cuanto tercero, un tercero civil, en cuanto debe compartir la anterior nota negativa, esto es, la de ser ajeno a la constitución de una situación jurídica cuyos efectos podrían llegar a afectarle[5].

2. Legitimación registral del disponente

Este presupuesto para la protección del tercero hipotecario, explícitamente exigido por el artículo 34 LH —adquisición de derecho «*de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo*» dice el precepto—, es consecuencia necesaria del propio sistema registral pues, primero, solo el titular registral[6] se encuentra legitimado para disponer de los derechos inscritos (*ex* art. 38 LH), y, segundo, es un corolario imprescindible del principio hipotecario de tracto sucesivo contenido en el artículo 20 LH[7]. El fundamento cardinal de este requisito es, pues, la legitimación registral de disposición que tiene el que figura en el Registro de la Propiedad como titular, lo que, en caso de no coincidir con la realidad extrarregistral, provocará la adquisición *a non domino* a favor del tercero hipotecario que adquiere confiado en esa legitimación aparente de disponer que publica el asiento de inscripción correspondiente.

3. Adquisición onerosa que no gratuita

Para que proceda la salvaguarda del tercero hipotecario es preciso también que este haya adquirido mediante contraprestación por su parte, esto es, a título oneroso y no a título gratuito. Este presupuesto de la onerosidad de la adquisición lo confirma, en forma negativa, el párrafo 3.º del propio artículo 34 LH: «*Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere el causante o transferente*», o sea, «su *dante causa* registral»[8].

La exigencia de onerosidad para la aplicación del principio hipotecario de fe pública registral del artículo 34 LH se ha querido fundar en que es razonable que en el conflicto entre quien ha realizado un sacrificio patrimonial y quien nada ha dado en contraprestación debe ser preferido aquel[9].

4. Adquisición de propiedad o derecho real sobre inmueble

Es llamado tercero hipotecario aquel que adquiere onerosamente un inmueble o derecho real de quien en el Registro aparece con facultades para trasmitirlo, y que inscribe después. El tercero a quien protege la fe pública registral es un tercero que adquiere algún derecho real. En efecto, como declara, por ejemplo, la STS, Sala Segunda, de 13 de diciembre de 1991, la «protección no solo se reconoce al adquirente del bien, sino a quien con los requisitos del artículo 34 de la Ley hipotecaria adquiere un derecho real sobre él, como el de hipoteca». Por otra parte, el Registro publica solo la propiedad o derecho real sobre inmuebles, por lo que es tercero hipotecario solo el adquirente de aquellos a título oneroso que inscribe, no el que anota un crédito o quien obtiene una mención registral de su derecho. En consecuencia, como se verá más adelante, el anotante de embargo en el Registro de la Propiedad no goza de la condición de tercero hipotecario del artículo 34 LH.

5. Buena fe del tercero adquirente

Otro requisito básico en esta sede de protección del tercero hipotecario del artículo 34 LH es la exigencia de su buena fe, buena fe que, no se olvide, se presume salvo prueba en contrario (art. 34, 2 LH), por lo que para desvirtuarla ha de ser con «probanzas auténticas y fehacientes», y no con simples afirmaciones o deducciones infundadas (STS, Sala Primera, de 16 de febrero de 1981), de manera que la buena fe del artículo 34 LH «tiene una formulación ciertamente presuntiva y desplaza la carga probatoria al contradictor» (STS, Sala Primera, de 17 de febrero de 1998). El tercero adquirente debe desconocer o ignorar la inexactitud del Registro o, según otros autores, tener una «creencia fundada en la inscripción a favor del transferente de que este es el titular real y puede disponer (libremente) de dicho derecho» real[10]. Naturalmente, si el tercero actúa fraudulentamente o es cómplice en el fraude, también incurre en mala fe.

Respecto del momento en que debe existir la buena fe del tercero, frente a la tesis de que solo debe exigirse a la perfección del contrato[11], este autor ha defendido[12] su exigencia hasta el momento de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Si el tercero va a ser protegido en la medida en que sea de buena fe, esta ha de darse todo el tiempo, y parece contrario a la ética indicada que quien ha llegado a tener conocimiento de la inexactitud registral acuda al Registro de

la Propiedad para buscar su amparo. La adquisición *a non domino* supone una derogación al principio de autonomía privada —fundamentador de la doctrina del título y el modo—, pues el propietario real debe consentir la pérdida de su propiedad, y como tal abolición de una regla general y básica requiere una justificación especial. La propiedad hecha eficaz por la fe pública registral no supone una adquisición derivativa ordinaria, sino una peculiar forma de adquisición *a non domino*, en la que la inscripción es requisito —uno más— del complejo mecanismo convalidador de la adquisición, dispositivo que, en su íntegra verificación o desarrollo, exige la concurrencia de la buena fe. Para que opere una adquisición mediante un negocio jurídico en el que no interviene el verdadero titular ha de imputarse a este una conducta contraria a las exigencias de la buena fe (objetiva) —negligencia en la constancia registral de su derecho—, y la adquisición ha de ser en favor de quien a su vez actúa de buena fe (subjetiva) hasta el momento en que se completa su protección registral, la inscripción.

6. Inscripción del derecho del tercero adquirente

La adquisición *a non domino* que implica el artículo 34 LH —«*una vez que haya inscrito su derecho*», dice el precepto—, requiere la inscripción del título del adquirente en el Registro de la Propiedad, tesis que se confirma, por ejemplo, en el artículo 36, b LH, que, refiriéndose al tercero del artículo 34 LH, habla del «*adquirente inscrito*». La seguridad del tráfico jurídico inmobiliario se quiere fortalecer a través del instrumento del Registro de la Propiedad, de modo que si se protege al adquirente que de buena fe confía en la publicidad registral, aunque no coincida con la verdad extrarregistral, debe también exigírsele que inscriba su derecho para evitar la inexactitud que supondría, a su vez, la falta de registración de su adquisición. El requisito de la inscripción, pues, es un añadido registral a las exigencias esenciales de la protección de la apariencia jurídica, que, en principio, solo requiere la actuación del tercero confiando en lo que objetivamente aparece como expresión de la realidad. Además de adquirir al amparo de una apariencia jurídica creíble de titularidad, la que le proporciona el Registro de la Propiedad, el tercero hipotecario del artículo 34 LH necesita el presupuesto complementario de la inscripción de su propio derecho real como corolario ineludible de su especial adquisición *a non domino*. Como acertadamente declara, en el ámbito penal, la ya citada STS, Sala Segunda, de 27 de octubre de 2001, «sin inscripción no hay protección, y debe operar la regla general del artículo 111.1 CP», esto es, procede la restitución del inmueble litigioso en cuestión.

7. Validez intrínseca del título adquisitivo inscrito del tercero

El ya aludido y cardinal artículo 33 LH dice que la «*inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*». Ejemplos de la nulidad o vicio intrínseco al que se refiere este precepto serían la falta de consentimiento —así la violencia o intimidación realizada por el tercero o la concurrencia de simulación absoluta—, de objeto o causa —o ser esta ilícita— del negocio o contrato correspondiente (*ex* arts. 1261 y 1275 del CC). De entrada, no obstante, téngase en cuenta que este presupuesto de la validez intrínseca de la adquisición del tercero no viene contemplado expresamente en el artículo 34 LH, aunque la doctrina unánime lo considera esencial, indicándose que por la «propia definición

del concepto de tercero, consistente en ser ajeno a las causas de ineficacia del negocio jurídico, resulta en términos generales el requisito de la validez de la propia adquisición en que interviene el tercero»[13].

IV. LA EFICACIA DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL EN EL ÁMBITO PENAL

1. Embargo y tercero hipotecario

A) El anotante de embargo no tiene la consideración de tercero hipotecario del artículo 34 LH

Coincide la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con la de la Sala Primera respecto de la virtualidad de la anotación preventiva de embargo en cuanto a la condición registral del anotante. Como indica, por ejemplo, en el ámbito penal, la STS, Sala 2.ª, de 12 de noviembre de 2003, debe partirse de la idea fundamental de que la anotación preventiva de embargo «no modifica la naturaleza del crédito anotado y menos lo convierte en real o hipotecario, la acción no tiene tal condición, ni tampoco atribuye al anotante la consideración de tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria». En efecto, como ya consagró, anteriormente, en el ámbito civil, la Sala Primera del Alto Tribunal[14], el anotante de embargo no puede ser considerado tercero hipotecario «porque no ha adquirido en las condiciones por él definidas (por el art. 34 LH) ningún derecho real sobre la cosa y, en consecuencia, si la cosa se demuestra que no pertenece al titular registral es posible… que su propietario obtenga resolución judicial que le tenga por tal aun con base en documento privado, pues todo documento privado es apto para, en unión de las demás pruebas, desvirtuar la presunción de legitimación registral de que goza el titular inscrito» (STS, Sala Primera, de 19 de noviembre de 1992, confirmada, entre otras, por las SSTS, Sala Primera, de 22 de septiembre de 2001 y de 4 de noviembre de 2005); en consecuencia, el favorecido por la anotación preventiva de embargo no goza, respecto de los actos dispositivos anteriores del inmueble, «de los beneficios protectores de la fe pública registral, que otorgan los artículos 32, 34 y 37 de la LH, y solo se antepone en absoluto a los títulos otorgados con posterioridad a ella, pero sin que prevalezcan sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente aunque no están inscritos, ni atribuya por sí solo, rango preferente, al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos o negocios obligacionales preferentes» (STS, Sala Primera, de 14 de diciembre de 1968).

B) Ineficacia del embargo no anotado frente al tercero hipotecario

Mantiene también la Sala Primera del Tribunal Supremo que el embargo no inscrito no perjudica al tercero adquirente que reúne todas las condiciones del artículo 34 LH (por ejemplo, SSTS de 9 de abril de 1997 y la ya citada de 22 de septiembre de 2001). En efecto, aunque la anotación registral de embargo no tiene valor ni eficacia constitutiva —a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho real de hipoteca—, de manera que su incidencia en la tercería de dominio se remite al tiempo del embargo, que existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta, con independencia, repito, de su anotación en el Registro —que no puede condicionar su virtualidad—, no obstante, la existencia

de un embargo no anotado no perjudica al tercero del artículo 34 LH. En realidad, adquirido ya conforme a nuestro ordenamiento jurídico un derecho real por la concurrencia del título y el modo —originado este por la posesión real o por el otorgamiento de escritura pública o de documento público asimilado (*ex* art. 1462, 2 del CC)—, elementos exigidos por el artículo 609 del Código Civil, la salvaguarda definitiva del tercero hipotecario aparece como una anomalía, como una privación de derechos adquiridos legalmente y con anterioridad, que no puede justificarse, tratándose de inmuebles inscritos, sino por la conjunción de los presupuestos del principio de fe pública registral contemplados en el artículo 34 LH. Por tanto, entre otros requisitos, se requiere la buena fe del tercero, que no existirá, por ejemplo —caso recogido por la STS, Sala Primera, de 18 de diciembre de 2001— si se adquiere estando un embargo anotado y, por tanto, conociéndose o debiéndose conocer su existencia, y se pospone la inscripción del derecho real adjudicado hasta que aquel asiento preventivo caduca. Frente a la postura de la indicada sentencia que protegió a este adquirente malicioso con el argumento de que «la caducidad de los asientos que nacen con duración predeterminada actúa de modo automático, llegado el día prefijado», debe alegarse que se olvida la exigencia de que el adjudicatario que inscribe debe contar, como ya se ha dicho, con buena fe para merecer la protección registral derivada del principio de fe pública del susodicho artículo 34 LH[15].

En definitiva, el único sujeto a quien podría perjudicar la falta de anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad es al propio ejecutante, lo que implica que solo él podría exigir la eventual responsabilidad surgida del incumplimiento del específico artículo 43, 2 LH. Si no solicita tal registración, oportunamente, el ejecutante habrá de estar y pasar por las consecuencias desfavorables que eventualmente puedan surgir de dicha falta de anotación preventiva de embargo, como que un tercero hipotecario del artículo 34 LH adquiera el inmueble amparado en los datos registrales y obtenga por ello una propiedad irreivindicable.

Esta misma doctrina se mantiene, sin contradicción alguna, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por ejemplo, en la ya aludida y cardinal STS de 12 de noviembre de 2003 que mantiene que no constando sobre el bien adquirido ninguna anotación preventiva de embargo, el tercero adquirente del inmueble goza «de la protección que al tercer (*sic)* adquiriente de buena fe le confiere el artículo 606 del Código Civil, del que es trascripción literal el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, trasunto de la protección del tercero por el principio de la fe pública registral, al que también se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria»[16].

2. Deber de restitución del inmueble en la responsabilidad civil derivada de delitos contra el patrimonio (*ex* art. 111 CPe)

A) La restitución como regla general

Indica el artículo 111,1 CPe que: «*Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y este lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito*». Téngase en cuenta en este punto que este precepto penal vigente presenta como novedad esencial sobre su precedente del derogado

Código Penal de 1973, la mención expresa de que la buena fe en la adquisición del tercero no excluye la restitución del bien indebidamente salido del patrimonio del autor del delito. Por consiguiente, para el tercero adquirente que no puede ampararse en una adquisición irreivindicable del bien en cuestión (*ex* art. 34 LH respecto de los inmuebles), «la restitución constituye un supuesto de evicción, pues el propietario actual, adquirente del bien anteriormente sustraído, se ve privado de él por sentencia judicial en virtud de un derecho anterior a su adquisición: el derecho al resarcimiento que ostenta la víctima del delito»[17].

Cuando se declara, pues, la responsabilidad civil derivada de delitos contra el patrimonio[18] —con especial relevancia en el delito de alzamiento de bienes—, la regla general es que procede «la restauración del orden jurídico alterado por las acciones fraudulentas, declarando la nulidad de los negocios jurídicos así otorgados, con la cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad, reponiendo los inmuebles objeto de la disposición a la situación jurídica preexistente, reintegrando de esta forma al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sustraídos del mismo» (STS, Sala Segunda, de 15 de octubre de 2002). En particular, el bien jurídico protegido por el delito de alzamiento de bienes «lo constituye el derecho del acreedor a la satisfacción de sus créditos y viene a ser la contrapartida a la responsabilidad patrimonial universal establecida en el artículo 1911 del Código Civil, en el que se reconoce al acreedor el derecho a satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor por las obligaciones incumplidas» (STS, Sala Segunda, de 25 de mayo de 2012, siguiendo, entre otras, a la STS, Sala Segunda, de 9 de mayo de 1986). En efecto, como destaca la doctrina especializada[19], el criterio jurisprudencial sobre la responsabilidad civil en el concreto delito de alzamiento de bienes responde, claramente, a una idea distinta a otros supuestos de exigencia de responsabilidad patrimonial, puesto que la «sentencia ordena que los bienes que salieron ilegalmente del patrimonio del autor del delito vuelvan a él, es decir, que sean restituidos precisamente al autor del delito para quedar sometidos a la acción de sus acreedores, objeto este último que se alude como finalidad ulterior del pronunciamiento judicial, sin que la sentencia penal alcance a decretar el resarcimiento efectivo de los acreedores defraudados, que deberán conseguirlo después a través del procedimiento civil». Como señala la STS, Sala Segunda, de 11 de junio de 2013 (criterio compartido por la reciente STS, Sala Segunda, de 12 de mayo de 2015), «la restitución a que obliga la consecuencia jurídica civil derivada del delito de alzamiento de bienes es la nulidad de los contratos que han posibilitado la acción delictiva, lo que se concreta en la declaración de nulidad de los actos de despatrimonalización». Por tanto, debe procurarse, en primer lugar, como primera vía de reparación, *ex* artículos 110 y 111 del CP, la restitución de los bienes alzados o afectados por el delito correspondiente, de manera que «la forma de restaurar el orden jurídico perturbado es declarar la nulidad de los negocios jurídicos concertados como medio para vaciar de contenido el patrimonio del deudor… con la declaración de nulidad de los negocios jurídicos de disposición realizados ilícitamente por el deudor, salvo cuando los bienes se encuentren en poder de terceras personas que no hayan participado en el *consilium fraudis* y sean irreivindicables, como establecía el artículo 102 del CP/1973 reproducido en lo esencial en el artículo 111 del CP vigente… (en este sentido sentencias de 14 de marzo de 1985, 20 de febrero de 1987, 15 de junio de 1990 y 12 de julio de 1996)» —STS, Sala Segunda, de 29 de diciembre de 2000—. Como añade, más recientemente, la ya citada STS, Sala Segunda, de 25 de mayo de 2012, «la responsabilidad civil por los delitos de alzamiento de bienes ha de contraerse según una jurisprudencia conocida, a una peculiar forma de restitución consistente en

la anulación de los negocios jurídicos fraudulentos para reintegrar al patrimonio los bienes extraídos»; confirmando la también aludida STS, Sala Segunda, de 11 de junio de 2013, que la «restauración del orden jurídico perturbado debe restablecerse… incluso con la declaración de nulidad de los negocios jurídicos de disposición realizados ilícitamente por el deudor».

Ahora bien, como señala la STS, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 1999, «el proceso penal y el enjuiciamiento de lo que es su objeto propio no justifica que en él se incluyan cuantas cuestiones propias del Derecho Civil pudieran suscitar los hechos, actos y comportamientos integrados en el relato histórico, para proceder a clarificar las relaciones jurídico-civiles mediante pronunciamientos judiciales de validez o invalidez de las mismas, salvo en la medida, y solo en la medida, que ello sea necesario para juzgar las responsabilidades penales y las civiles que del delito pudieran derivarse. Por ello, extendiéndose la responsabilidad civil derivada del delito a la restitución, reparación del daño e indemnización de daños y perjuicios (art. 110 CP) y comprendiendo aquella la de la misma cosa cuando sea ello posible, en los términos que establece el artículo 111 (con relación a la hipótesis de encontrarse en poder de tercero) cabe que en los delitos en los que haya habido un desplazamiento patrimonial que constituya el instrumento del delito o se encuentre en íntima conexión con él, la restitución que proceda acordar (como responsabilidad del delito, insistimos en ello) pueda conllevar la declaración del negocio jurídico subyacente (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 15 de febrero de 1995 y la ya citada de 12 de julio de 1996). En definitiva, los Tribunales penales tienen competencia en orden a disponer la adopción de las medidas necesarias, incluidas las que exceden en significación a la simple entrega material, para la restitución de la cosa a quien legítimamente le corresponda como víctima del delito o falta cometido; pero teniendo presente: A) que las medidas decretadas deben ser necesarias para la restitución, pues solo así pueden considerarse incluidas en el párrafo segundo del artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y B) que en la adopción de las medidas debe estarse a lo dispuesto en el Derecho Privado» (*vid.,* también, en este sentido y entre otras, la importante y ya citada STS, Sala Segunda, de 27 de octubre de 2001).

Por otro lado, debe tenerse muy en cuenta que a virtud de la figura del litis consorcio pasivo necesario, deben llamarse al proceso todas las personas que pudieran verse afectadas por la nulidad de los contratos que ocasionaron, en su caso, el alzamiento de bienes o el delito patrimonial en cuestión[20], pues contra todas ellas «ha de ejercitarse la correspondiente acción civil de nulidad, bien exclusivamente tal acción civil figurando solo como demandados civiles en el seno del proceso penal, bien acumulada a la acción penal porque el procedimiento se dirija contra todos los intervinientes en el contrato al haber sido todos ellos acusados como partícipes en el delito y consiguientemente como responsables civiles» (STS, Sala Segunda, de 19 de febrero de 2001, seguida por la STS, Sala Segunda, de 16 de junio de 2003); en idéntico sentido, la STS, Sala Segunda, de 12 de mayo de 1997 consideró ya que la «declaración de nulidad de las operaciones de transmisión efectuadas sobre (el inmueble objeto de la controversia)… afectarían directamente a los derechos e intereses legítimos de personas a las que no consta se les haya dado la posibilidad de defenderlos en la presente causa penal, y ello impide cualquier pronunciamiento en el sentido pretendido por la recurrente». Criterio este confirmado, más recientemente, por la ya aludida e importante STS, Sala Segunda, de 25 de mayo de 2012, cuando se declara que en el supuesto resuelto judicialmente no se ha procedido a las declaraciones de nulidad de los negocios jurídicos fraudulentos «porque no eran solicitadas por

ninguna de las acusaciones: rige el principio de rogación. No hubiese sido posible, además, pues no habían sido llamadas al proceso como partes las entidades que habían intervenido en las operaciones de compraventa, exigencia insoslayable para esa anulación que, por afectarles de manera directa, no puede acordarse sin su previa audiencia para que puedan ejercer su derecho de defensa».

B) La irreivindicabilidad a favor del tercero adquirente y sus consecuencias

El artículo 111, 2 Código Penal dice que: «*Esta disposición no es aplicable* (la restitución de los bienes) *cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable*». Como recuerda la ya indicada STS, Sala Segunda, de 11 de junio de 2013 (criterio compartido por la también citada STS, Sala Segunda, de 12 de mayo de 2015), la «restitución de los mismos bienes es la primera vía de reparación, con carácter general, en los delitos contra el patrimonio, pero no la única (art. 101 CPe 1973, hoy 110 del Código vigente). Su fracaso por imposibilidad puede dar lugar a la indemnización de una cantidad pecuniaria». En consecuencia, cuando la restitución deviene jurídicamente imposible —porque la adquisición del tercero es irreivindicable, por la vía del artículo 464 del CC o del artículo 85 Cco, tratándose de bienes muebles, o por virtualidad del artículo 34 LH, respecto de los bienes inmuebles—, nada impide que puedan entrar en juego los medios subsidiarios y sustitutorios previstos en el nuevo artículo 110 del Código Penal, es decir, la reparación o indemnización de perjuicios materiales y morales causados. En efecto, como declara la citada STS, Sala Segunda, de 11 de junio de 2013, procede la declaración de nulidad de los negocios jurídicos de disposición realizados ilícitamente por el deudor, «salvo cuando los bienes se encuentren en poder de terceras personas que no hayan participado en el *consilium fraudis* y sean irreivindicables». Así, en esta misma línea, la cardinal y ya aludida STS, Sala Segunda, de 29 de diciembre de 2000 (siguiendo el mismo criterio que la STS, Sala Segunda, de 14 de julio de 1986), mantiene que si la enajenación hecha a terceros no puede invalidarse, «toda vez que los adquirentes gozaban de la fe pública que les ofrecía la inscripción registral», esto es, «no siendo posible retornar el patrimonio inmobiliario de los acusados a su estado inicial, resulta ajustado fijar monto indemnizatorio de conformidad con lo solicitado por las acusaciones»; confirmando la ya citada e importante STS, Sala Segunda, de 25 de mayo de 2012 que la «reparación e indemnización es también un medio sustitutivo de la integridad patrimonial cercenada por el acto de disposición fraudulenta cuando la reintegración es imposible, con la salvedad de que la obligación de indemnizar (importe de la deuda pendiente) debe estar comprendida en el valor del bien existente en el patrimonio cuyo desplazamiento de la acción de los acreedores constituye su verdadero perjuicio, luego en la medida que la indemnización no exceda del valor del bien sustraído a la ejecución debe aplicarse como remedio subsidiario la indemnización correspondiente de daños y perjuicios»; de manera que «ante la imposibilidad de restituir se debe transformar tal pretensión en la indemnización de daños y perjuicios» causados (STS, Sala Segunda, de 12 de mayo de 2015).

Como el propio Código Penal reconoce, pues, en el párrafo 2.º de su artículo 111, la restitución del bien en cuestión no procederá «*cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable*», siendo el principal supuesto, para la hipótesis de bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, el juego del principio de

fe pública registral del repetido artículo 34 LH a favor de tercero adquirente. Como ya declaraba la relevante y ya citada STS, Sala Segunda, de 12 de mayo de 1997 (criterio compartido, por ejemplo, por la STS, Sala Segunda, de 7 de julio de 2006), de «acuerdo con los anteriores preceptos, tiene declarado esta Sala que las cosas objeto de restitución (muebles sustraídos o inmuebles usurpados) pueden ser irreivindicables, atendiendo a determinados preceptos extrapenales. Como ha declarado la sentencia de 20 noviembre de 1972, el único límite que a la restitución le viene impuesto dentro del ordenamiento penal, lo está por el último párrafo del artículo 102 del Código Penal, y en los artículos 85, 86, 324 y 545 del Código de Comercio para determinar la irreivindicabilidad, y tratándose de bienes inmuebles habrá que atender a lo que dispone el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que mantiene en su adquisición al tercero de buena fe que adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, una vez que haya inscrito su derecho». Precepto que «consagra el principio de fe pública registral emanado del de publicidad junto con el de legitimación» (STS, Sala Segunda, de 27 de octubre de 2001).

En esta misma línea, la ya indicada STS, Sala Segunda, de 15 de octubre de 2002, aplica este criterio de irreivindicabilidad en el supuesto fáctico de unos padres, que tenían deudas considerables, que donaron a sus hijos un inmueble —donación que fue declarada nula radicalmente por el Tribunal *a quo*—, finca que los vástagos inscriben a su nombre y después venden a un tercero, que cumple todos los presupuestos del artículo 34 LH. En tal caso, como establece la sentencia comentada, tal enajenación a tercero hipotecario, «hacía inviable la posibilidad de resolver las operaciones, toda vez que los adquirientes gozaban de la fe pública que les ofrecía la inscripción registral», de manera que, «no siendo posible retornar el patrimonio inmobiliario de los acusados a su estado inicial, resulta ajustado fijar monto indemnizatorio de conformidad con lo solicitado por las acusaciones. Esta doctrina no contradice (se concluye) lo manifestado por la Jurisprudencia a propósito de las consecuencias civiles del delito de alzamiento de bienes, que en todo caso es la regla general, sino se aplica al supuesto especial de que los bienes sustraídos hayan sido adquiridos por un tercero con carácter irreivindicable». Como puede comprobarse, pues, la declaración judicial de nulidad radical de la donación realizada, base de la adquisición patrimonial por parte de los segundos disponentes, no afecta a la adquisición del tercero hipotecario del artículo 34 LH, a quien le basta con cumplir todos los requisitos exigidos por tal precepto para ser propietario, *a non domino*, de forma irreivindicable, como confirma, en la propia legislación penal, el tenor literal del artículo 111, 2 del Código Penal. Igualmente, en esta línea, la ya citada y cardinal STS, Sala Segunda, de 11 de junio de 2013, decreta la imposibilidad de la restitución, pues «la finca ha sido objeto de dos trasmisiones y se encuentra ocupada por un tercero de buena fe que no puede ser perturbado en el ejercicio de su derecho, por lo que la forma de restitución es la indemnización…».

3. La defensa del tercero hipotecario en el delito de estafa

A) Preliminar

En principio hay que destacar que me refiero al delito de estafa mediante contrato realizado por el estafador con tercero ajeno al motivo ilícito del convenio, tercero hipotecario que cumple todos los presupuestos exigidos por el principio

de fe pública registral del artículo 34 LH[21]. Como indica la ya citada STS, Sala 2.ª, de 14 de diciembre de 1999, el delito de estafa «evidencia la exigencia de un engaño consistente en atribuirse falsamente sobre una cosa facultad de disposición de la que se carece, quien la enajena, grava o arrienda. Por lo tanto el engaño que esa falsa atribución representa no existe cuando el adquirente conoce que no es propietario quien la vende»[22]. Asimismo, la STS, Sala Segunda, de 22 de diciembre de 2014 (que sigue, por ejemplo, a la de 1 de febrero de 2011) manifiesta que conductas «como enajenar, gravar o arrendar un bien del que se carece de cualquier facultad civil para llevarlas a cabo, perjudicando a un tercero, o disponer de una cosa como libre, estando en realidad gravada, o gravándola después, antes de la definitiva transmisión al adquirente, incluso otorgar en perjuicio de otro un contrato simulado, son comportamientos especiales, previstos de forma histórica por el Código Penal, como constitutivos de estafas… Que algunos de tales comportamientos puedan dirimirse en la vía civil, como las adquisiciones *a non domino*, no quiere decir que buena parte de los mismos no integren un verdadero delito de estafa, cuando tales acciones sean denunciadas como tales ante los Tribunales de este orden jurisdiccional». Por su parte, la ya aludida STS, Sala Segunda, de 25 de mayo de 2012, considera que en el delito de estafa lo que pretende su autor «es incrementar ilícitamente su patrimonio a costa del perjudicado. En el desvalor de su acción ha de comprenderse por tanto el perjuicio patrimonial de la víctima. La comisión del delito implica ya el perjuicio patrimonial del perjudicado».

Por ejemplo, en la relevante —aunque errónea— STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013 —ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón—, se trata el supuesto de que el condenado «consiguió ganarse la confianza de determinadas personas», que tenían inmuebles, consiguiendo «que estos titulares le otorgasen poderes generales para administrar», gravar y vender sus propiedades. «La verdadera intención del acusado, (sigue diciendo la susodicha Sentencia) como así hizo, era conseguir mediante préstamos hipotecarios, dinero en metálico, dando como garantía de tales préstamos los bienes cuya plena disponibilidad poseía en virtud de los poderes otorgados por sus titulares, ocultando a dichos titulares tales hipotecas. O bien, como así también hizo, gestionar otras operaciones mercantiles, entre ellas una venta, para quedarse exclusivamente para sí el beneficio obtenido…». Esta aludida sentencia de 2013 condena al acusado como autor de un delito de estafa, declarando, erróneamente, la nulidad de los negocios jurídicos que constituían el instrumento de la propia estafa, así como de las inscripciones y asientos registrales que constaban sobre los inmuebles litigiosos en el Registro de la Propiedad, dando prioridad, repito, equivocadamente, al artículo 33 sobre el 34 de la LH.

Como resume algún autor[23], la acertada declaración de nulidad de los contratos realizados utilizando un poder general obtenido mediante engaño, que da lugar a varios delitos de estafa, deriva, no solo de la ilicitud de su causa (*ex* art. 1275 del Código Civil), ya que esta es delictiva, sino también de su falta de consentimiento, ya que los otorgantes del poder general, titulares de los bienes inmuebles sobre los que recaen las hipotecas que garantizan los préstamos concedidos por los terceros hipotecarios, no dieron su consentimiento expreso para tal gravamen. Asimismo, sigue diciendo, es muy adecuada la decisión judicial de liberar los bienes inmuebles de las cargas hipotecarias que sustentaban los préstamos dados al estafador, ya que, si bien se inscribieron las hipotecas en el Registro de la Propiedad, estas devienen nulas por responder a causa ilícita y a esos contratos también nulos, sin que los prestamistas pudieran invocar la condición de tercero hipotecario, a pesar de su buena fe y del cumplimiento de

todos los presupuestos exigidos por el principio de fe pública registral, frente a los titulares registrales, que fueron estafados. No sería aplicable, pues, concluye dicho autor, el artículo 34 LH, sino el artículo 33 de ese mismo cuerpo legal, a cuyo tenor la «*inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*», con lo que, pretendidamente, la comentada STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013 se saldría de la doctrina consolidada por la trascendental y ya apuntada STS, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007, respecto de la protección registral del tercero hipotecario, según la cual dicho amparo no exige o supone una transmisión intermedia —en la que aquel no haya sido parte—, que se anule o resuelva por causas que no consten en el propio Registro de la Propiedad. No obstante, como se comprobará, no existe contradicción alguna en este punto entre la Sala de lo Civil y de lo Penal del Alto Tribunal respecto del juego del principio de fe pública registral, aunque, por otra parte, este autor discrepe, fundadamente, de la aplicación del artículo 33 LH y no del artículo 34 LH —como hace alguna Sentencia—, en el supuesto de delito de estafa en el que el tercero hipotecario es parte del contrato con finalidad ilícita pero, de ningún modo, cómplice en el delito.

Por ello, la repetida STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, como ella misma explica, no va contra esta doctrina consolidada de la Sala Primera del Alto Tribunal, pues, con arreglo a su Fundamento Jurídico Décimo, que sigue expresamente lo indicado por la trascendental y también citada STS, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007, «en caso de ser nulo el acto adquisitivo del tercero *la inscripción no tendría efecto convalidante por impedirlo el artículo 33 de la Ley Hipotecaria*». No se mantiene, pues, que el tercero hipotecario no pueda quedar protegido por confiar directamente en el Registro, sin necesidad de una transmisión intermedia (*ex* art. 34 LH), sino que tal amparo registral decaerá irremediablemente si su título adquisitivo, aun inscrito, es nulo, por ilícito (*ex* arts. 33 LH y 1275 del Código Civil). En esta misma línea, por ejemplo, ya la STS, Sala Segunda, de 13 de febrero de 2007, también en la resolución de un delito de estafa, consideró que para el juego del relevante principio de fe pública registral del artículo 34 LH, «resulta irrelevante la nulidad o resolución del título en virtud del cual adquirió el transmitente su derecho dominical, pero no ocurre lo mismo con el negocio jurídico celebrado entre el titular registral y el comprador de buena fe (a él no se refiere con fines sanadores el artículo 34 LH), pues si se declara nulo tal acto de disposición, como lo ha declarado la sentencia combatida, nunca podrá prevalecer una inscripción posterior exigida por el artículo 34 LH, cuyo título se ha declarado nulo (véase art. 33 LH)… Consecuentemente cuando el artículo 34 LH nos habla de que el tercer (*sic*) adquirente de buena fe inscriba de nuevo el derecho adquirido, debe necesariamente referirse a una inscripción posible legalmente y no a través de un título nulo *a radice*, que no puede desplegar efecto alguno tabular sin perjuicio de la buena fe del tercero, que ya no poseería la consideración de hipotecario». De este modo, por ejemplo, en la STS, Sala Segunda, de 20 de noviembre de 2012, relativa, igualmente, a un delito de estafa, a tenor del artículo 33 LH, no se concedió protección hipotecaria al tercero adquirente que inscribió su derecho procedente de una subasta judicial que se declaró nula, pues no había adquirido la propiedad legalmente, esto es, de forma irreivindicable, ya que su título de adquisición era nulo.

Veamos si se cumplen en esta sede de delito de estafa los requisitos esenciales necesarios para la protección del tercero hipotecario del artículo 34 LH, teniendo en cuenta que, por ejemplo, la SAP de La Coruña de 26 de marzo de 2015 mantuvo que la «protección concedida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria al

adquirente registral de buena fe no corresponde a quien adquirió fincas (objeto del litigio), algunas de ellas sin acceso a la oficina pública (falta de registración del disponente), otras en unas condiciones conocidas por los coimputados que permitían albergar serias dudas sobre su verdadera titularidad (inexistencia de buena fe por parte del adquirente) y sobre la que los derechos adquiridos no llegaron a acceder al Registro (falta de registración por parte del tercero)».

B) Existencia de legitimación registral del disponente

En la comentada y relevante STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, este primer presupuesto para la aplicación del mecanismo protector del principio de fe pública registral del artículo 34 LH, la legitimación registral del disponente, se cumple estrictamente. Así, los poderdantes perjudicados tenían sus bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad y el apoderado disponente tenía un poder general, otorgado notarialmente, por el que podía realizar cualquier operación respecto de tales inmuebles, incluyendo la venta o el gravamen hipotecario. La existencia de este poder general, otorgado voluntariamente, aunque fuera con engaño —dice la STS arriba mencionada que el «engaño empleado en el caso actual, delimitado tanto por la característica de ser bastante como por la idoneidad para generar el error en otra persona, es claramente subsumible en el tipo penal de la estafa»—, permitía al apoderado realizar las hipotecas que garantizaban los préstamos concedidos por los terceros hipotecarios que confiaban, además, en la legitimación registral de los poderdantes. Como consecuencia, no puede alegarse, de ningún modo, en esta sede que los titulares de los inmuebles registrados no dieron su consentimiento expreso para la constitución del gravamen hipotecario, pues, jurídicamente, no hacía falta, tratándose de una representación directa, pues es el representante el que emite autónomamente la declaración de voluntad constitutiva del negocio, ya que él tenía el encargo directo de adquirir a nombre y por cuenta del representado. Por ello, yerra la aludida STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, cuando entiende que los «prestamistas recurrentes en momento alguno contaron con el consentimiento de los propietarios estafados para el gravamen hipotecario de sus bienes inmuebles. No hubo concierto de voluntades, ni siquiera conocimiento por parte de los titulares registrales de que sus bienes pudiesen ser hipotecados en garantía de unos préstamos que ni conocían ni habían solicitado. No es que concurra en los contratos un vicio del consentimiento, sino su absoluta inexistencia, pues el hecho de que los recurrentes contratasen con quien disponía de un poder procedente de un delito implica que en ningún caso puede estimarse que las víctimas del delito hayan sido parte en los referidos contratos».

La intención oculta del apoderado de defraudar a los poderdantes, esto es, el delito de estafa no perjudica al tercero hipotecario que cumple todas las exigencias del artículo 34 LH, pues a él solo le consta la existencia de un poder general legítimamente otorgado y unas fincas inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre de los poderdantes. La esencial seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y su protección a través del Registro de la Propiedad y los principios hipotecarios que lo rigen, entre ellos, el de fe pública, deben mantenerse so pena de quebrantar los cimientos del ordenamiento jurídico hipotecario. El requisito de la legitimación registral del disponente se cumple, pues, en estas hipótesis, a los ojos de los terceros hipotecarios. Es más, la nulidad del poder general otorgado mediante engaño no afectará a los terceros hipotecarios a los que no

le perjudica la ineficacia del negocio de apoderamiento si son de buena fe y no son cómplices en el fraude ocasionado. Como indica el voto particular formulado contra la estudiada STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, «los denominados prestamistas que concedieron un crédito con garantía hipotecaria son ajenos al mandato en cuyo virtud actuaba el acusado, y actuaron en su contratación amparados por la titularidad registral, comprobando la regularidad de la inscripción y la capacidad para la realización de la hipoteca… En consecuencia deben ser objeto de la protección dispensada por el Registro y el ordenamiento jurídico».

En este mismo sentido, la relevante y ya aludida STS, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 1999, en un supuesto de estafa consistente en que una madre y su hija lograron una fraudulenta declaración de heredero abintestato, logrando la inscripción de unas fincas que, posteriormente, vendieron a terceros hipotecarios, en perjuicio de los verdaderos propietarios, concluyó que la «adquisición de las fincas por tercero de buena fe y a título oneroso de quienes las vendieron teniendo su título inscrito, resulta inatacable una vez el adquiriente inscribió su derecho en el Registro de la propiedad, como efecto de la protección que al tercero hipotecario concede el artículo 34 de la Ley Hipotecaria,… (quedando, por el contrario, desprotegido el tercero que adquirió una finca de las demandadas cuando todavía) «no eran titulares registrales de las fincas vendidas…, (por lo que) no hay tercero hipotecario, la restitución es obligada y en su virtud procede declarar la ineficacia de los contratos celebrados». Por su parte, la STS, Sala Segunda, de 19 de octubre de 2005 niega la existencia del delito de estafa porque ninguno de los acusados tenía conocimiento de que los inmuebles en pugna eran propiedad de los querellantes, sino que creían que pertenecían a una determinada empresa, como aparecían en el Registro de la Propiedad. De la misma manera, el ATS, Sala Segunda, de 23 de mayo de 2008, también en un caso de estafa, aferrándose a la evidente legitimación registral de los condenados, concluye que los «autores llegan a poner la propiedad en situación de poder realizar la venta por apoderado, perfeccionándose la pérdida en una siguiente transmisión (a tercero) de buena fe» e irreivindicable a tenor del artículo 34 LH.

C) Concurrencia de buena fe del tercero adquirente

En las hipótesis de negocios jurídicos realizados para estafar a otras personas y en las que el propio tercero hipotecario es parte en tales contratos, su buena fe debe aquilatarse al máximo, comprobarse exhaustivamente, de manera que no haya sombra de duda sobre su concurrencia, pero, una vez acreditada, la protección del tercero hipotecario debe ser total y definitiva, en aras, de nuevo, de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, de la eficacia del sistema registral y del propio juego del principio de fe pública registral del artículo 34 LH. En el caso resuelto por la repetida STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, se reconoce que las «personas que prestaban el dinero desconocían las verdaderas intenciones del acusado, e igualmente las desconocían quienes contactaban con los prestamistas e intervenían, como intermediarios en la constitución de los préstamos hipotecarios u otras operaciones comerciales que realizaban con el acusado, creyendo erróneamente que era plenamente solvente y que los titulares de los bienes, conocían y aceptaban todas las actuaciones que el acusado realizaba, utilizando los poderes generales que se le habían otorgado…». Es más, como también se recoge en la indicada STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, la «connivencia (de los contratantes) con el condenado, para estafar a los propietarios

de los bienes inmuebles, fue finalmente descartada en la sentencia de instancia». Como señala el voto particular formulado contra la STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, son «terceros y actúan de buena fe, lo afirma la sentencia. En consecuencia deben ser objeto de la protección dispensada por el Registro y el ordenamiento jurídico». En este mismo sentido, por ejemplo, en sendos casos de estafa, el ya citado ATS, Sala Segunda, de 23 de mayo de 2008, concluye que los «autores llegan a poner la propiedad en situación de poder realizar la venta por apoderado, perfeccionándose la pérdida en una siguiente transmisión (a tercero) de buena fe» e irreivindicable a tenor del artículo 34 LH; y la STS, Sala Segunda, de 10 de noviembre de 2010, declara la irreivindicabilidad de los inmuebles litigiosos, pues habían sido enajenados «a terceros adquirentes de buena fe» (*ex* art. 34 LH).

Queda, pues, fuera de toda duda la buena fe de los terceros hipotecarios que confían en la legitimación registral de los poderdantes y, por ende, del apoderado, que tiene un poder general, notarialmente otorgado, para gravar y vender, por lo que procede, irremediablemente, la protección del principio de fe pública registral del artículo 34 LH, aun en contra de los legítimos intereses de los perjudicados, titulares registrales de los inmuebles comprometidos. Téngase en cuenta que lo mismo ocurre cuando el titular registral vende la finca, todavía registrada a su nombre, a un tercero, cuando ya no le pertenece por haberla vendido con anterioridad a otra persona en la que se reúnen el título y el modo, esto es, la propiedad del inmueble. Como manifiesta la ya aludida STS, Sala Primera, de 20 de julio de 2010, esto puede «parecer una injusticia, pero se mantiene en el Derecho en aras a la seguridad jurídica y a la confianza que debe tenerse en el Registro de la propiedad por la presunción de exactitud registral, que en este caso es el principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

Por todo ello, cuando se acredite la mala fe del adquirente —que tiene a su favor, no se olvide, la presunción de que actuó de buena fe, conforme al artículo 34,2 LH—, no procederá el amparo derivado del principio de fe pública registral. En este sentido, por ejemplo, la indicada STS, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 1999, en un supuesto de estafa consistente en que una madre y su hija lograron una fraudulenta declaración de heredero abintestato, logrando la inscripción de unas fincas que, posteriormente, vendieron a terceros, en perjuicio de los verdaderos propietarios, determinó la desprotección de un tercero adquirente, pues «este conocía que (los inmuebles) no pertenecían a las vendedoras», de manera que no se trata de un tercero hipotecario del artículo 34 LH, «la restitución es obligada y en su virtud procede declarar la ineficacia de los contratos celebrados». Asimismo, la también ya citada STS, Sala Segunda, de 13 de febrero de 2007, relativa a un delito de estafa mediante contrato realizado por el estafador y el presunto tercero hipotecario, destaca «la concatenada sucesión de circunstancias harto elocuentes, que evidenciaban la mala fe del adquirente o, cuando menos, la ausencia de buena fe (antes de la inscripción de su derecho). Así, … que la finca se vendió a Infime el día 3 de noviembre y por esta a Club el día 12 del mismo mes; que al tiempo de la escritura a favor de Club el representante (Rubén) de la vendedora Infime aún no figuraba como tal en el Registro Mercantil; que el día 12 aún no estaba inscrita la titularidad de Infime (aunque sí presentada la escritura para inscripción mediante asiento de presentación); que el precio de la compra era extrañamente ventajoso para Club; que se detectó una cierta prisa en acceder al Registro; que el día 23 (antes de la definitiva inscripción) el representante de Club, José Enrique, declaró como perjudicado en Comisaría y ya estaban entonces en prisión el tal Rubén su transmitente y otro…». Asimismo, en otro supuesto de delito de estafa, en la STS, Sala Segunda, de 30 de abril de 2012, el demandado

realiza una autocontratación, para la que no estaba autorizado, y con un poder revocado, y después vende a terceros, cuya «posición de buena fé (*sic)* es dudosa, dado… que los recurrentes actuaban profesionalmente en el negocio inmobiliario, y consta en el hecho que la propietaria originaria continuaba con el pago de los servicios del inmueble, impuestos etc., y con el cobro del arrendamiento. Esa realidad hubiera llevado a los recurrentes a conocer que el inmueble adquirido por ellos tenía un propietario anterior que seguía en su disfrute y asumiendo las cargas y a sospechar sobre su posición de tercero de buena fé (*sic)* en la adquisición de la vivienda». En la misma línea, la STS, Sala Segunda, de 30 de octubre de 2012, respecto del caso de un abogado en ejercicio, que se aprovechó de la confianza que en él habían depositado dos de sus clientes para inducirles a que le traspasasen la propiedad de sus bienes inmuebles, haciéndoles creer que las ventas respondían a operaciones simuladas destinadas a resolver sus acuciantes problemas jurídicos, y que les devolvería sus bienes posteriormente, lo que no hizo, traspasándolos a sociedades pantalla que controlaba a través de testaferros; en este supuesto, digo, el Alto Tribunal permite la restitución de los inmuebles a los perjudicados pues los adquirentes eran de mala fe por participar conscientemente en los negocios delictivos. Recientemente, la STS, Sala Segunda, de 24 de febrero de 2015, en un supuesto de estafa consistente en operaciones de venta que se hacían figurando como apoderados del vendedor personas que nunca lo habían sido, en ocasiones incluso con identidades falsas, se condena a la restitución de los inmuebles adquiridos por la concurrencia de mala fe en los compradores que las habían adquirido por la mitad de su valor; mientras que, por el contrario, se mantiene la irreivindicabilidad de las adquisiciones realizadas por terceros hipotecarios de buena fe, con los requisitos del artículo 34 LH.

D) Supuesta aplicación del artículo 33 LH en esta sede de delito de estafa

Dejamos en último lugar este requisito de la validez del título adquisitivo inscrito del tercero hipotecario porque, según la repetida y relevante —aunque errónea— STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, en esta sede de delito de estafa, es la clave para desvirtuar el juego del principio de fe pública del artículo 34 LH, en base a la aplicación del ya citado artículo 33 LH.

La comentada STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, condena al acusado como autor de un delito de estafa, declarando la nulidad de los negocios jurídicos que constituyen el instrumento de la estafa, así como de las inscripciones y asientos registrales que consten sobre los mismos en el Registro de la Propiedad. De este modo, no sería aplicable el artículo 34 LH al tercero adquirente, sino el artículo 33 LH. El contrato realizado sería nulo, pues como señala la susodicha STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013 (siguiendo a la STS, Sala Primera, de 27 de marzo de 2007), el contrato «que es calificado en sentencia firme como delito doloso es nulo desde el principio, en estricta aplicación del artículo 1275 del Código Civil: la causa debe ser lícita; es ilícita —como dispone esta norma— la que es contraria a la ley —como en el caso extremo de ser delictiva— y el contrato con causa ilícita es nulo, en aplicación del artículo 6.3 del Código Civil… En consecuencia, la anulación de los contratos por la sentencia impugnada constituye una consecuencia necesaria de la unidad del ordenamiento, pues dichos contratos son radicalmente nulos por aplicación directa de la normativa civil vinculante, al constituir el instrumento de consumación de un delito de estafa, integrándose de forma determinante y esencial en la acción defraudatoria, por lo

que vulneran tajantemente la norma penal prohibitiva que sanciona el delito de estafa… En definitiva, un negocio radicalmente nulo, como lo son los préstamos hipotecarios que consumaron los delitos de estafa, por ilicitud penal de la causa, no deviene válido por la inscripción en el registro. En consecuencia, un negocio nulo de pleno derecho, aun inscrito, no le sirve al tercero que ha sido parte en él para invocar, en su favor, la tutela del Registro, frente al titular real. Siendo radicalmente nulo su propio negocio, que es lo que sucede en el caso actual, no hay adquisición del tercero, pues en ese caso no juega la protección del asiento».

No comparto en absoluto estas argumentaciones del juzgador. De acuerdo con la doctrina civilista[24], la causa ilícita del contrato, para serlo realmente y dar lugar a la nulidad del mismo, ha de ser compartida por ambas partes y dar sentido único al negocio. La causa objetiva del contrato celebrado existe, pues se trata de conceder un préstamo hipotecario a cambio de devolver el capital con el interés estipulado, en cambio, el motivo subjetivo de uno solo de los contratantes, el estafador, era burlar los derechos de sus representados, intención desconocida para los terceros hipotecarios y que en nada puede afectarles aquilatada al máximo su buena fe. También la jurisprudencia civil se ha manifestado en este punto desde hace mucho tiempo en el sentido de que cuando se pretende la nulidad del negocio por mala fe, fraude o abuso de derecho del transmitente, dichas circunstancias no trascienden al tercero de buena fe del artículo 34 LH, sin que quepa aplicar entonces el artículo 33 del mismo cuerpo legal sobre no convalidación de negocios nulos, pues si la causa de nulidad está relacionada con la mala fe, fraude, abuso de derecho del transmitente, el adquirente es tercero ajeno a esas circunstancias, y tiene plena aplicación el artículo 34 LH, como modalización del artículo 33 LH respecto a los terceros adquirentes de buena fe. Así, la STS, Sala Primera, de 24 de febrero de 1959 se refiere a un supuesto de una usufructuaria de unos bienes con facultad de disponer de los mismos en caso de necesidad, que apreciaría ella libremente, sin control ni fiscalización alguna, según el testamento, y dicha usufructuaria enajenó los bienes a unos terceros, con daño y perjuicio al derecho nudo propietario de los mismos bienes, sin estar necesitada del producto de la venta y con el solo fin o móvil de privar al nudo propietario de tales bienes por razones de enemistad surgida entre ellos. La sentencia recurrida había decretado la nulidad de los referidos contratos de compraventa, por haberse realizado con abuso de derecho por parte de la vendedora. Pero el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso y casa la sentencia recurrida, entendiendo que «cuando los terceros sean ajenos a la voluntad torpe del titular del derecho y a su intención de dañar o perjudicar con el abusivo ejercicio de sus facultades, y concurren al negocio jurídico fiados en su normalidad externa, los derechos que adquieren son plenamente legítimos y exigibles y solo será dable al perjudicado promover el reconocimiento del daño de aquel que se lo causó»[25]. La STS, Sala Primera, de 30 de diciembre de 1985 también consideró que «los móviles o motivos particulares pueden llegar a tener trascendencia jurídica, cuando se incorporan a la declaración de voluntad… viniendo a constituir parte de aquella, a manera de causa impulsiva y determinante, tanto de su licitud…, como de su ilicitud…, siempre que sean reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o al menos relevantes».

Obsérvese, además, que en el supuesto de venta hecha por el titular registral a un tercero de la finca registrada todavía a nombre de aquel, pero que ya no le pertenece por haberla enajenado con anterioridad a otra persona, que aún no ha inscrito su derecho, también hay un motivo ilícito —defraudar al nuevo propietario—, y, sin embargo, se protege la adquisición del tercero que cumple

todos los presupuestos exigidos por el artículo 34 LH. En esta línea, por ejemplo, la STS, Sala Primera, de 14 de julio de 1988, también se refiere a la mala fe del transmitente, en un supuesto de venta de cosa ajena, estableciendo que carece de trascendencia a efectos del artículo 34 LH, mientras no la tenga el adquirente, pues dice que «no exige el precepto (art. 34 LH), ni ello tendría sentido, la buena fe del transferente, pues aunque este sepa que enajena lo que no es suyo, en perjuicio de su verdadero dueño, el tercero que ignora tal circunstancia será protegido por el Registro»; y que «la carencia de buena fe en el transferente por conocimiento de que se le enajenaba lo que era de otra persona, no podía trascender a quien del mismo modo adquirió ignorando tal circunstancia».

En definitiva, la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario propia del artículo 34 LH es una de las manifestaciones del principio constitucional de seguridad jurídica, recogido en el artículo 9 CE. Así se pronuncia, de modo expreso, la STS, Sala Primera, de 20 de septiembre de 1993, cuando se refiere al principio de fe pública registral como «principio hipotecario que consagra la seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario (art. 9 de la Constitución)». En la misma línea, la STS, Sala Primera, de 29 de enero de 1997, se refiere, en relación con un supuesto del artículo 34 LH, a «los principios en que se asienta toda la legislación hipotecaria desde la primera Ley de 1861, que son el de hacer seguras las adquisiciones de inmuebles y garantizar a los acreedores que prestan sobre los mismos», para así «favorecer la seguridad de los préstamos»[26]. Por todo ello, no puede desvirtuarse la aplicación del artículo 34 LH, por interferencia del artículo 33 del mismo cuerpo legal, en los casos en los que el tercero hipotecario no sea cómplice en el delito de estafa, de manera que los perjudicados tendrán acción contra el causante del perjuicio, pero no contra dicho tercero hipotecario, cuya posición jurídica será inmutable cumplidos escrupulosamente, repito, los presupuestos exigidos por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH. Así, la STS, Sala Segunda, de 10 de noviembre de 2010, en un supuesto de estafa en el que los inmuebles litigiosos habían sido enajenados «a terceros adquirentes de buena fe», solo se permite «indemnizar conjunta y solidariamente» el valor de las fincas a los perjudicados.

En esta línea, también ha sido constante la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Así, ya la aludida STS, Sala Segunda, de 12 de mayo de 1997, resolvió el supuesto de un delito de estafa consistente en que una persona se hizo pasar por otra, exhibiendo un pasaporte falso, con lo que consiguió vender un apartamento ajeno a un tercero adquirente que cumplía todos los requisitos del artículo 34 LH. El Alto Tribunal impide que se produzca la nulidad de la venta realizada, dado que la operación realizada sobre el inmueble se había realizado «bajo garantía notarial y la fe pública registral» (expresión idéntica que acoge, posteriormente, la también STS, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 1999). Esta aludida STS, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 1999, establece que cuando se trata de «la adquisición de varias fincas mediante actos fraudulentos integradores de un delito de estafa, las consecuencias de la responsabilidad civil derivada del delito comprenden la restitución de estas fincas en cuanto jurídicamente sea posible con las declaraciones de nulidad precisas para la restitución; pero si la restitución no cabe, y se sustituye por una indemnización de daños y perjuicios, la efectividad de esta ya no exige tales declaraciones (de nulidad)… En tal caso de irreivindicabilidad la restitución no es posible como forma de responsabilidad civil según el artículo 111 del Código Penal, ni por tanto cabe declarar la nulidad de los contratos de adquisición, lo que resultaría incompatible con la inatacabilidad de la traslación dominical operada en ellos, quedando

sustituida la restitución como forma de responsabilidad civil por la consiguiente indemnización de daños y perjuicios». Por su parte, y en el mismo sentido, dos sentencias del Alto Tribunal de 2013. Una primera, la STS, Sala Segunda, de 7 de enero de 2013, relativa a un supuesto de condena por estafa a quienes lograron inscribir previamente una finca a su nombre, simulando una transmisión legal por un apoderado ficticio, entendió que la venta posterior de la finca a un tercero de buena fe era irreivindicable, de manera que no procedía la restitución del inmueble a los herederos de la víctima, sino únicamente la indemnización de los daños y perjuicios causados. En segundo término, la STS, Sala Segunda, de 23 de abril de 2013, solventó el caso de unos dueños de bienes inmuebles, hipotecados en garantía de un préstamo, que los agruparon e inscribieron como una finca distinta que, simulando una venta, donaron a un familiar cercano, quien, después de inscribir su derecho, la vendió a terceros. El Tribunal Supremo declaró la nulidad de la venta simulada —en realidad era una donación encubierta con la finalidad de defraudar a los acreedores hipotecarios—, y declaró probado el delito de estafa en perjuicio de dichos acreedores hipotecarios, que ya no podían cobrarse con los inmuebles hipotecados, pues la segunda venta del inmueble se «hizo a terceros en condiciones que la sentencia estimó como terceros hipotecarios y por lo tanto protegidos por la fe pública registral». Confirmando esta STS, Sala Segunda, de 23 de abril de 2013, que no resulta posible la nulidad de aquellos contratos «cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable, tratándose en este caso de unos nuevos adquirentes de los bienes que… han inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, gozando de la protección tabular».

E) El posible juego del artículo 1305 del Código Civil en estas hipótesis

Respecto de la aplicación en este supuesto del artículo 1305 del Código Civil, la STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, mantiene que el «el precepto prevé expresamente la nulidad de los contratos por ser ilícita la causa u objeto del contrato cuando el hecho constituye un delito o falta, en concordancia con lo ya expresado en el artículo 6 3.º del Código Civil, estimando aplicable dicha nulidad aun cuando solo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes, como se ha estimado en el caso actual, previendo expresamente cual es la consecuencia en estos supuestos: nulidad del contrato y posibilidad de que el no condenado pueda reclamar lo que hubiese dado. Pues bien, esto es precisamente lo que se ha hecho en la sentencia de instancia, declarar la nulidad del contrato por causa ilícita y posibilitar a los prestamistas recurrentes para que puedan reclamar en el ámbito civil, si a bien lo tienen, las cantidades entregadas al responsable del delito». En igual sentido, la ya indicada STS, Sala Segunda, de 13 de febrero de 2007, declara expresamente que si «el contrato de compraventa en el que se instrumentó la estafa (causa ilícita) es nulo, conforme al artículo 1305 del Código Civil… y así se declara en sentencia, no se nos alcanza a comprender cómo puede consolidar tal título una inscripción eficaz a efectos de otorgar la condición de tercero hipotecario, por cuanto la inscripción última no estaría adornada de la condición jurídica de validez que la justificase y que el Registro no podría convalidar según el artículo 33 LH. La nulidad por la ilicitud de la causa sería de pleno derecho y con efectos *ex tunc*, al tratarse de una enajenación delictiva, en la que el tercer (*sic*) adquirente ha sido víctima de un delito (causa ilícita)» —yerra la sentencia, pues la verdadera víctima fue el titular inscrito—.

A mi juicio, no cabría distinguir, como hace el artículo 1305 del Código Civil, según que la ilicitud afecte a ambos o a uno solo, pues en este último caso —motivo o finalidad ilícitos para una parte, desconocidos para la otra y que no dan sentido al negocio—, el contrato sería válido y estaríamos fuera del campo de aplicación del precepto aludido. Es más, téngase presente que este artículo 1305 del Código Civil establece claramente que si «*solo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes…el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado*», lo que implicará, necesariamente —por el principio de que donde la ley no distingue, tampoco debemos distinguir nosotros—, la subsistencia de las garantías hipotecarias prestadas en favor del tercero para hacer efectiva dicha reclamación que el precepto le reconoce. En este sentido, la fundamental y ya repetida STS, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 1999, mantiene que en el delito de estafa no hay «cooperación necesaria al mismo por parte de quien en caso de ignorancia sería víctima del delito y no partícipe del mismo. Otra cosa sería la necesaria cooperación que, mediante la adquisición de lo que se sabe no pertenece a quien lo vende, pudiera prestarse a este y en concierto con él, en una operación defraudatoria en perjuicio del verdadero propietario».

F) Referencia a la plausible justicia de la nulidad de los contratos realizados por el estafador

Finalmente, en la trascendental y analizada STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, el juzgador parece acudir a un criterio de equidad o de justicia en la aplicación de la nulidad a los contratos, en estos supuestos de delito de estafa, para proteger a los representados estafados, lo que comparte algún autor. En efecto, se mantiene que una solución contraria a la fijada por el Tribunal hubiera llevado a mantener los gravámenes hipotecarios y a un verdadero callejón sin salida para los estafados, titulares registrales de los bienes inmuebles gravados, dado que, si querían liberar sus bienes de las cargas hipotecarias, tendrían que devolver los préstamos a un interés aproximado de un 140,5% sobre el capital inicial incrementado en los intereses moratorios; algo, lógicamente, se dice, inasumible, desde la óptica jurídica[27]. En la misma línea, ya la STS, Sala Segunda, de 28 de febrero de 2006, ante la actuación negligente del notario autorizante de la escritura de venta —que, se dice, debería haberse dado cuenta del engaño— y el delito de estafa consumado por los condenados, considera que la «escritura debe ser anulada, por lo que el perjuicio causado no puede ser cargado sobre la vendedora ingenua sino que debe desaparecer de la realidad registral para adaptarse a la realidad extrarregistral con la consiguiente indemnización por parte de los condenados a la tercera adquirente».

Se olvida que la equidad —o la justa aplicación de las normas—, conforme al artículo 3,2 del Código Civil, «*habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita*». Por tanto, a falta de norma expresa que lo autorice en este punto, no puede, a mi juicio, protegerse con la aplicación equitativa de las normas a una persona —por muy gravoso que sea el daño causado por el estafador—, frente a un tercero adquirente que cumple todos los requisitos del principio de fe pública registral contenidos en el artículo 34 LH, porque está en juego nada menos que la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario registral y la eficacia del sistema notarial y del Registro de la Propiedad, puntales de nuestro ordenamiento jurídico hipotecario.

V. CONCLUSIONES

Salvo alguna excepción, tanto en la jurisdicción civil como en la penal puede concluirse que:

I. Queda protegido el tercero hipotecario que cumpla todos los presupuestos del artículo 34 LH, a saber, confianza en la legitimación registral del disponente, adquisición válida, onerosa y de buena fe, e inscripción en el Registro de la Propiedad.

II. Confirmada la legitimación registral del disponente, aunque la registración derive de acto o contrato nulo o delictivo (*ex* art. 33 LH), se salvaguarda al adquirente de buena fe del artículo 34 LH, sin que haga falta una transmisión intermedia respecto de la que este sea verdadero tercero.

III. El anotante de embargo no es tercero hipotecario porque no ha adquirido con las condiciones del artículo 34 LH.

IV. El embargo no anotado no es oponible al tercero hipotecario del artículo 34 LH.

V. El deber general de restitución del inmueble litigioso no procede, tampoco en el delito de estafa, cuando el tercero lo haya adquirido de forma irreivindicable (*ex* arts. 111, 2 CPe y 34 LH).

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sala Primera del Tribunal Supremo

- Sentencia de 31 de marzo de 2011
- Sentencia de 20 de julio de 2010
- Sentencia de 30 de abril de 2010
- Sentencia de 23 de abril de 2010
- Sentencia de 6 de marzo de 2009
- Sentencia de 18 de diciembre de 2008
- Sentencia de 20 de noviembre de 2008
- Sentencia de 8 de octubre de 2008
- Sentencia de 14 de mayo de 2008
- Sentencia de 5 de mayo de 2008
- Sentencia de 7 de septiembre de 2007
- Sentencia de 27 de marzo de 2007
- Sentencia de 20 de marzo de 2007
- Sentencia de 16 de marzo de 2007
- Sentencia de 5 de marzo de 2007
- Sentencia de 4 de noviembre de 2005
- Sentencia de 18 de diciembre de 2001
- Sentencia de 22 de septiembre de 2001
- Sentencia de 22 de junio de 2001
- Sentencia de 17 de febrero de 1998
- Sentencia de 9 de abril de 1997
- Sentencia de 29 de enero de 1997
- Sentencia de 14 de junio de 1996
- Sentencia de 10 de mayo de 1994
- Sentencia de 22 de abril de 1994
- Sentencia de 20 de septiembre de 1993

- Sentencia de 19 de noviembre de 1992
- Sentencia de 16 de febrero de 1990
- Sentencia de 14 de julio de 1988
- Sentencia de 30 de diciembre de 1985
- Sentencia de 16 de febrero de 1981
- Sentencia de 31 de enero de 1978
- Sentencia de 12 de junio de 1970
- Sentencia de 14 de diciembre de 1968
- Sentencia de 24 de febrero de 1959

SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 12 de mayo de 2015
- Sentencia de 24 de febrero de 2015
- Sentencia de 22 de diciembre de 2014
- Sentencia de 11 de junio de 2013
- Sentencia de 22 de mayo de 2013
- Sentencia de 23 de abril de 2013
- Sentencia de 7 de enero de 2013
- Sentencia de 20 de noviembre de 2012
- Sentencia de 30 de octubre de 2012
- Sentencia de 25 de mayo de 2012
- Sentencia de 30 de abril de 2012
- Sentencia de 1 de febrero de 2011
- Sentencia de 10 de noviembre de 2010
- Auto de 23 de mayo de 2008
- Sentencia de 13 de febrero de 2007
- Sentencia de 7 de julio de 2006
- Sentencia de 28 de febrero de 2006
- Sentencia de 19 de octubre de 2005
- Sentencia de 12 de noviembre de 2003
- Sentencia de 16 de junio de 2003
- Sentencia de 15 de octubre de 2002
- Sentencia de 27 de octubre de 2001
- Sentencia de 29 de diciembre de 2000
- Sentencia de 19 de febrero de 2001
- Sentencia de 14 de diciembre de 1999
- Sentencia de 23 de noviembre de 1998
- Sentencia de 12 de mayo de 1997
- Sentencia de 12 de julio de 1996
- Sentencia de 15 de febrero de 1995
- Sentencia de 13 de diciembre de 1991
- Sentencia de 15 de junio de 1990
- Sentencia de 20 de febrero de 1987
- Sentencia de 14 de julio de 1986
- Sentencia de 9 de mayo de 1986
- Sentencia de 14 de marzo de 1985
- Sentencia de 20 de noviembre de 1972

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil,* T. III, Derecho de Bienes, Madrid: Edisofer.

CHICO ORTIZ, J. M.ª (2000). *Estudios sobre Derecho hipotecario, I*, Madrid: Marcial Pons

CLAVERÍA GOZÁLBEZ, L. H: Comentario al artículo 1275 del Código Civil, http://vlex.com/vid/231164, (10/2/2016).

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: Comentario al artículo 1305 del Código Civil, http://vlex.com/vid/232709, (10/2/2016).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1995). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, III*, Madrid: Civitas.

DOLZ LAGO, M. J. (2014). Posición del tercero hipotecario adquirente de buena fe ante una inscripción de su derecho real derivada de contrato nulo por delictivo, *Revista La Ley,* núm. 8367, 1-8.

GARCÍA GARCÍA, J. M.: Comentario al artículo 34 LH, http://vlex.com/vid/231978 (4/2/2016).

— (1988). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, I,* Madrid: Civitas.

JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2005). *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad.

MIR PUIG, S. (2009). Contenido de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 18/2009, BIB 2009/731, 1-23.

MONDÉJAR PEÑA, M.ª I. (2005). Eficacia frente al embargo de la *traditio ficta* basada en un contrato privado. Comentario a la sentencia del TS de 12 de noviembre 2003. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, 307-313.

MONTÉS PENADÉS, V. L. (1996). Comentario al artículo 111 del Código Penal. En: T. S. Vives Antón (dir.), *Comentario al Código Penal de 1995*, Tomo I, Valencia: Tirant Lo Blanch, 594-626.

MUÑOZ CUESTA, F. J. (2012). Algunas particularidades sobre la responsabilidad civil en delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 4, BIB 2012\1128, 1-18.

ROCA SASTRE, R. M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995). *Derecho Hipotecario, II*, Barcelona: Bosch.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A. (2006). La declaración de nulidad negocial en la jurisprudencia penal. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 21, BIB 2006\2102, 1-36.

SANZ FERNÁNDEZ, A. (1947). *Instituciones de Derecho Hipotecario, T. I*. Madrid: Reus.

VELA SÁNCHEZ, A. J. (2015). Delito de estafa y principio de fe pública registral. *Revista La Ley*, núm. 8502, 1-6.

— (2009). La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria. *Revista La Ley*, núm. 7143, 6-13.

— (2009). *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters.

— (2007). La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios. *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 67-118.

VALLET DE GOYTISOLO, J. (1973). *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid: Montecorvo.

NOTAS

[1] *Vid.,* VELA SÁNCHEZ, A. J. (2009). La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria. *Revista La Ley,* núm. 7143, 6-13, quien explica que el «principio de fe pública registral suple, en interés del tráfico inmobiliario de buena fe, el defecto de titularidad o poder dispositivo del transmitente ya inscrito», de manera que la «salvaguarda definitiva del tercero hipotecario aparece como una anomalía, como una privación de derechos adquiridos legalmente y con anterioridad, que no puede justificarse, tratándose de inmuebles inscritos, sino por la conjunción de los presupuestos del principio de fe pública registral contemplados en el artículo 34 LH» (p. 7). Ya en La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios, *Anuario de Derecho Civil,* enero-marzo de 2007, p. 117, este mismo autor señalaba que el «Tribunal Supremo no puede olvidar que, tratándose de inmuebles inscritos, en estos supuestos es de preferente aplicación el artículo 34 LH y no el artículo 609 del Código Civil, precepto hipotecario que consagra una verdadera adquisición a *non domino*, por lo que deben cumplirse todos sus presupuestos, incluido el de la registración a favor del tercero…».

[2] El «tercero lo es, en todo caso, respecto a la causa de falta de legitimación civil del transmitente, por ser ajeno a ella, sin que sea aplicable el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, porque aquí no se trata de un supuesto típico de nulidad o anulabilidad del negocio, sino de un negocio válido pero ineficaz por falta de legitimación civil y eficaz para el tercero por la legitimación registral del transmitente, que aparece, según el Registro, con facultades para transmitir, a pesar de lo cual, se anula o resuelve su derecho por causas que no constan en el Registro, que es precisamente el supuesto típico del artículo 34 de la Ley Hipotecaria» (GARCÍA GARCÍA, J. M.: Comentario al artículo 34 LH, http://vlex.com/vid/231978, p. 21).

[3] GARCÍA GARCÍA, J. M.: *op. cit.,* p. 22.

[4] Para un estudio completo de los presupuestos derivados de este precepto, *vid.,* p. ej., VELA SÁNCHEZ, A. J. (2009). *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters: «Para que la adquisición de titularidad jurídico-real llevada a cabo por tercero se haga inatacable por aplicación del artículo 34 LH —será «*mantenido en su adquisición*» concreta el precepto—, deben concurrir los siguientes requisitos: a) que el tercero protegido sea adquirente de la propiedad de inmuebles o de un derecho real limitativo del dominio de inmuebles; b) que dicha adquisición se realice de buena fe, esto es, desconociendo la divergencia existente entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral; c) que el negocio adquisitivo se funde en un título oneroso, que no gratuito, presupuesto que se basa en el carácter excepcional de la adquisición *a non domino* que el artículo 34 LH supone, de ahí que el legislador exija también un sacrificio económico en el tercero adquirente; d) que el disponente o transmitente sea un titular inscrito, esto es, que el tercero registral debe adquirir de persona que, en el momento de la adquisición, aparece legitimado en el Registro para transmitir el derecho de que se trate; y e) que ese tercero inscriba, a su vez, su propia adquisición o adjudicación» (p. 95).

[5] Algún autor [SANZ FERNÁNDEZ, A. (1947). *Instituciones de Derecho Hipotecario, T. I.* Madrid: Reus, pp. 418-419], mantiene que el «concepto de tercero es, en efecto, privativo del Derecho Civil. Debe tenerse siempre presente que la Ley Hipotecaria no actúa con conceptos distintos, no crea por sí los conceptos jurídicos, sino que los recibe formados del Derecho Civil; por consiguiente, no existe un concepto de tercero en Derecho Hipotecario; el concepto será el mismo del tercero civil, sin ninguna alteración sustancial… Este concepto puramente civil del tercero es perfectamente aplicable en Derecho Hipotecario. Únicamente debe hacerse la salvedad de que el acto o contrato con referencia al cual se hace la determinación del tercero, ha de ser productor de efectos reales, ha de ser un acto traslativo de dominio o constitutivo de derechos reales sobre inmuebles. El que no es parte en algún acto o contrato de esta naturaleza, es tercero». Destacando la nota de no ser parte, GARCÍA GARCÍA, J. M. (1988). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, I,* Madrid, Civitas, p. 53), define al tercero hipotecario o registral como «aquel titular registral adquirente de un derecho o situación jurídica en una relación jurídica inscrita, contemplado fuera de su condición de parte, respecto a otra relación jurídica con la que tiene una conexión transversal o lineal, y

que no puede quedar afectado o perjudicado por esa otra relación jurídica no inscrita ni por los vicios o defectos de esa dicha relación, que no consten explícitamente en el Registro». En esta sede también puede verse JIMÉNEZ PARIS, T. A. (2005). *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad.

[6] La STS, Sala Primera, de 22 de abril de 1994 negó la aplicación del artículo 34 LH porque en «el momento de esa adquisición (esto es, con independencia del posterior en el tiempo acceso en el Registro, …) no podía ser una persona (el transmitente) que según la constancia del mundo registral, apareciese con facultades para transmitirlo»; la ya citada STS, Sala Primera, de 22 de junio de 2001 indicó que la «finca debe estar inscrita a nombre del transmitente en el momento de su adquisición por el tercero, en definitiva a la fecha del contrato traslativo» y la aludida STS, Sala Primera, de 20 de marzo de 2007 habla de «haber adquirido de quien en el Registro de la Propiedad aparecía como titular registral con poder de disposición».

[7] Que dice: «*Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada…*».

[8] Para ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil,* T. III, Derecho de Bienes, Madrid: Edisofer, p. 901), la «ley ha estimado que al que, aun confiando (obrando, pues, de buena fe) en lo que el Registro dice, adquirió un derecho sin dar por él nada a cambio, no debe ser protegido en su adquisición sino cuando la realidad extrarregistral también ampare a esta».

[9] La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 lo explicaría claramente: «*Los adquirentes en virtud de la Ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de lo que sus propios títulos exigieren. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente*». SANZ FERNÁNDEZ, A. (*op. cit.*, p. 427), explica que la «Ley vigente, al mantener la exclusión de los adquirentes a título gratuito, la justifica en el preámbulo no por razones de carácter técnico o jurídico, sino por un fundamento de equidad: la necesidad de evitar un quebranto económico a aquellos que, mediante legítimas prestaciones, acrediten tener algún derecho sobre los bienes… Esta razón de equidad justifica cumplidamente el sistema legal».

[10] VALLET DE GOYTISOLO, J. (1973). *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid: Montecorvo, p. 363.

[11] *Vid.*, p.e., CHICO ORTIZ, J. M.ª (2000). *Estudios sobre Derecho hipotecario, I,* Madrid: Marcial Pons; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1995). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, III,* Madrid: Civitas, p. 460; y ROCA SASTRE, R. M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995). *Derecho Hipotecario, II,* Barcelona: Bosch, p. 391. También, p.e., la STS, Sala Primera, de 22 de junio de 2001, considera que la «finca debe estar inscrita a nombre del transmitente en el momento de su adquisición por el tercero, en definitiva a la fecha del contrato traslativo».

[12] VELA SÁNCHEZ, A. J. (2009). *Adquisición de la propiedad…, cit.,* p. 163. «En conclusión, la buena fe ha de darse hasta la tradición —real o instrumental o ficticia— para quien adquiere a domino (*ex* art. 609 del Código Civil), y hasta el acceso al Registro de la Propiedad para el adjudicatario *a non domino* (*ex* art. 34 LH)» (*ibídem*, p. 164).

[13] GARCÍA GARCÍA, J. M.: Comentario al artículo 34 LH, *cit.,* p. 29. Por su parte, MIR PUIG, S. (2009). Contenido de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes. *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 18/2009, BIB 2009/731, p. 8, considera también que aunque «el artículo 33 de la Ley Hipotecaria establece que la inscripción en el Registro no impide la nulidad que pudiera existir, como en enajenaciones simuladas o en connivencia con el deudor, el artículo 34 de la misma ley impide afectar a terceros registrales de buena fe».

[14] Sentencias, Sala Primera, de 14 de diciembre de 1968 («en armonía con estos principios de nuestra legislación hipotecaria, esta Sala ha venido proclamando, con reiteración que la anotación preventiva de embargo no altera la situación jurídica existente respecto a créditos ya contraídos por el deudor embargado y, con mayor razón en cuanto a los

actos dispositivos otorgados anteriormente por el mismo deudor, aunque no se hubiesen registrado, y solo atribuye preferencia sobre las obligaciones contraídas a las enajenaciones otorgadas por el deudor con posterioridad a la fecha de la anotación»), 12 de junio de 1970, 31 de enero de 1978, 16 de febrero de 1990, 19 de noviembre de 1992, 10 de mayo de 1994, 14 de junio de 1996, etc.

[15] Tratándose de anotaciones de embargo caducadas, «para practicar la inscripción a favor del segundo adjudicatario es preciso que el inmueble litigioso siga a nombre del deudor ejecutado, siendo correcta la actuación del Registrador que permite la inscripción, pues la existencia de una anotación preventiva caducada no impide la registración. La falta de tracto sucesivo —por la existencia de inscripción a favor de persona distinta al ejecutado— sí que paralizaría la registración de la finca a favor de aquel rematante» (VELA SÁNCHEZ, A. J. (2009). *Adquisición de la propiedad…, cit.,* pp. 166-167).

[16] Aunque «la anotación preventiva de embargo no tiene un carácter constitutivo de la traba, su falta puede reportar consecuencias muy desfavorables para el acreedor, no solo en orden al alzamiento del embargo *ex* artículo 658 LECiv, sino también si oportunamente el adquirente alega y resulta apreciada su condición de tercer adquirente de buena fe *ex* artículos 32 y 34 LH» (MONDÉJAR PEÑA, M.ª I. (2005). Eficacia frente al embargo de la *traditio ficta* basada en un contrato privado. Comentario a la sentencia del TS de 12 de noviembre 2003. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, p. 313).

[17] SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A. (2006). La declaración de nulidad negocial en la jurisprudencia penal. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 21, BIB 2006\2102, pp. 9-10; quien añade que el «derecho a ser indemnizado por el responsable civil de la infracción punible ha venido dando lugar a que se le considere un perjudicado por el delito y a que el Ministerio Fiscal ejercite en su nombre la acción de indemnizatoria que por lo común se reduce al valor del bien que debe restituir, en general inferior a la indemnización procedente por evicción, si no se aplica —que no se hace en el ámbito penal— el artículo 1478 del Código Civil al calcular el montante de la indemnización procedente».

[18] No «existe una doctrina única o exclusiva para determinar la responsabilidad civil nacida del delito para los delitos patrimoniales o socioeconómicos, sino que a estos se les aplicaran las normas al caso incluidas en la parte general del Código Penal, pero siendo evidente… que habrá múltiples singularidades a la hora de reivindicar la restitución, la reparación o la indemnización de perjuicios en el proceso penal, aplicándose las normas citadas y los criterios generales recogidos en la legislación civil, porque en todo caso la responsabilidad civil no pierde su naturaleza privada por el hecho de que sea reclamada en el proceso penal» (MUÑOZ CUESTA, F. J. (2012). Algunas particularidades sobre la responsabilidad civil en delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, BIB 2012\1128, p. 11). Para MONTÉS PENADÉS, V. L. (1996). Comentario al artículo 111 del Código Penal. En: T. S. Vives Antón (dir.), *Comentario al Código Penal de 1995*, Tomo I, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 589, lo «que persigue en primer término la acción nacida del hecho punible a cargo de los civilmente responsables es la restitución del mismo bien del que fue privada la víctima».

[19] SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: *op. cit.,* pp. 7-8.

[20] «La declaración de nulidad en la sentencia penal requiere, de una parte, que todos los afectados por ella hayan sido parte en el procedimiento —o hayan tenido ocasión de serlo, en virtud del ofrecimiento de acciones típico de la instrucción sumarial— dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución española en cuanto impide que nadie pueda ser afectado por una resolución judicial sin haber podido defender su derecho» (SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: *op. cit.,* p. 18).

[21] Puede verse una aproximación a esta cuestión en VELA SÁNCHEZ, A. J. (2015). Delito de estafa y principio de fe pública registral. *Revista La Ley*, núm. 8502, pp. 1-6.

[22] Sigue diciendo esta sentencia que la «venta de cosa ajena en nuestro ordenamiento es en principio una compraventa válida y lícita por razón del carácter meramente obligacional del contrato como *título* de adquisición del dominio, y ser la *traditio* a través de sus distintas formas el *modo* de adquisición. Esto permite a quien vende lo que al contratar todavía no es suyo adquirir la propiedad para transmitirla con la entrega posterior de la cosa, cumpliendo la obligación asumida. Ahora bien: ello exige para su licitud el conocimiento de la ajenidad

por parte del comprador, porque si el vendedor se atribuye falsamente una disponibilidad de la que en realidad carece, la venta se constituye en un engaño que el Código Penal ha tipificado como figura de estafa dentro de las defraudaciones, por la idoneidad que aquel representa para inducir al comprador a pagar el precio de lo que erróneamente cree adquirir».

[23] DOLZ LAGO, M. J. (2014). Posición del tercero hipotecario adquirente de buena fe ante una inscripción de su derecho real derivada de contrato nulo por delictivo, *Revista La Ley,* núm. 8367, p. 2, quien concluye que esta sentencia «resuelve con impecable lógica jurídica lo que se deriva de una correcta interpretación de las normas civiles y penales aplicables al caso…».

[24] CLAVERÍA GOZÁLBEZ, L. H. Comentario al artículo 1275 del Código Civil, http://vlex.com/vid/231164, p. 9, sostiene que el «Tribunal Supremo reputa causa, junto a la función práctico-social correspondiente al tipo escogido, el móvil, lícito o ilícito, admitido por los dos contratantes si es verdaderamente impulsivo o determinante del consentimiento»; y DELGADO ECHEVERRÍA, J. («Comentario al artículo 1305 del Código Civil», http://vlex.com/vid/232709, p. 2), razona que la «causa ilícita o torpe que impide la restitución, no se refiere al contrato o al negocio, sino a la atribución realizada, a la *datio*. Por ello puede afectar a una sola de las partes —mientras que la causa del contrato implica necesariamente a ambas—, y así se explica que la regla que niega la restitución de lo dado por causa torpe se encuentre también en Ordenamientos que desconocen el concepto de causa del contrato o del negocio, como el romano (de donde procede) o el alemán».

[25] *Vid.,* GARCÍA GARCÍA, J. M. (Comentario al art. 34 LH, *cit.,* p. 29), quien cita también a DÍEZ-PICAZO, en un comentario de este a la susodicha STS, Sala Primera, de 24 de febrero de 1959, en el Anuario de Derecho Civil, en el que se dice que: «La orientación de que cuando la venta se ha efectuado de mala fe, o sea, interviniendo dolo o abuso por parte del usufructuario, con la finalidad maliciosa de burlar los legítimos derechos o intereses del nudo propietario, podía ser impugnada por aplicación de la doctrina del abuso del derecho, aparecía ya recogida en sentencias de 10 de julio de 1902 y 1 de febrero de 1927 y en resolución de 22 de febrero de 1933… El Tribunal Supremo puntualiza ahora que dicha impugnación solo puede afectar a terceros cuando estos sean cómplices del abuso, pero no cuando sean de buena fe. Cuando el abuso se canalice a través de un negocio jurídico será necesario el conocimiento, al menos, por el tercero de esta finalidad abusiva que daña a la causa del mismo (cfr. art. 1275 del Código Civil)».

[26] GARCÍA GARCÍA, J. M. (Comentario al artículo 34 LH, *cit.,* pp. 6 y 19), quien apostilla: «la prevalencia de la seguridad del tráfico inmobiliario sobre la mera seguridad estática del derecho subjetivo…, es consecuencia de la necesidad de que se produzca el mercado inmobiliario mismo, y de que lleguen los capitales necesarios al mundo inmobiliario, sea en forma de dinero para las adquisiciones, sea en forma de créditos para mejorar las explotaciones o para realizar inversiones».

[27] DOLZ LAGO, M. J. (*op. cit.*, pp. 3-4), quien añade que «la situación a que se abocaba a los estafados en relación con los préstamos, de seguir el criterio expuesto en el voto particular, no era asumible desde ninguna perspectiva hermenéutica coherente con principios jurídicos tan básicos como el proclamado en el artículo 6.3 del Código Civil que decreta la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas prohibitivas o imperativas, como son las normas penales. Ya desde el Derecho romano, se decía que *nullum est negotium nulla obligatio; nihil agitur nihil actum est* (Gayo)».

1.4. Sucesiones

Consideraciones sobre la pensión compensatoria y su continuidad tras el fallecimiento del deudor: la pervivencia de la deuda y los herederos como deudores

Considerations about the maintenance payments and their continuity after the debtor's death: the debt and the legal heirs

por

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ VICENTE

*Juez sustituto. Profesor de Derecho Civil de la UEM. Doctorando EEES del Departamento de Derecho civil de la UNED**

RESUMEN: El fallecimiento del excónyuge deudor no produce el efecto de extinguir la pensión compensatoria. La deuda se integra en la masa hereditaria y con ello la obligación es asumida por los herederos. Por el contrario, el fallecimiento del cónyuge acreedor, sí extingue la pensión compensatoria, al tratarse de un derecho personalísimo, no transmisible a los herederos del causante deudor. Con todo, el artículo 101 del Código Civil declara que *No obstante los herederos… podrán solicitar del juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima*. Esta aclaración, dirigida con especial intención al heredero y su nuevo acreedor, suscitará a ambos dos cuestiones importantes: ¿durante cuánto tiempo se tiene que pagar esta deuda? y ¿cuánto será su importe final?

ABSTRACT: The death of former spouse, doesn't produce the effect of extinguishing compensatory maintenance. The debt is integrated in the estate and the obligation is assumed by the heirs. The creditor´s spouse's death, extinguishes the compensatory maintenance, as intuitu personae right, not transferable to the inheritor. The artículo 101 of the Civil Law declare … they will be able to request of the judge the reduction or suppression of that, if the hereditary flow could not satisfy the necessities of the debt or it affected to its rights in the legitimate one. This is directed with special intention to the heir and its new creditor, will have two important questions: during how long does one have to pay this debt? and how, much will their final amount be?

---

* Mi agradecimiento más sincero al Departamento de Derecho Civil, personificado en su Director, el Catedrático de Derecho civil, Profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ, al programa de Doctorado EEES y a sus responsables, y a mi Directora de tesis, la discípula del Maestro LASARTE, Profesora M.ª Fernanda MORETÓN SANZ, incansable en este máximo ciclo universitario.

PALABRAS CLAVES: Pensión compensatoria. Transmisión de deuda. Herencia y pago de pensión compensatoria.

KEY WORDS: Compensatory maintenance. Transmission debt. Heritage and payment of alimony.

SUMARIO: I. NOCIONES PRELIMINARES SOBRE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN COMPENSATORIA.—II. EL EXCÓNYUGE DEUDOR FALLECIDO Y EL TITULAR DEL DERECHO A SEGUIR PERCIBIENDO LA PENSIÓN: REVISIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS.—III. LA DEUDA Y LA HERENCIA: VICISITUDES Y POSIBILIDADES PROCESALES: 1. La pensión compensatoria como débito tras el fallecimiento del causante: la presencia de la autonomía de la voluntad privada. 2. La herencia y la sucesión en el patrimonio del causante: la satisfacción del derecho de pensión si subsisten bienes en la masa hereditaria.—IV. INCIDENCIA DEL FALLECIMIENTO DEL DEUDOR EN LA PENSIÓN COMPENSATORIA. LA REDUCCIÓN O SUPRESIÓN DEL DERECHO POR LOS HEREDEROS: CAUSAS DE ESTA SOLICITUD JUDICIAL.—V. INCIDENCIA DEL FALLECIMIENTO DEL DEUDOR EN LA PENSIÓN COMPENSATORIA. LA REDUCCIÓN O SUPRESIÓN DEL DERECHO POR LOS HEREDEROS: CAUSAS DE ESTA SOLICITUD JUDICIAL.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.—VIII. RESOLUCIONES CITADAS.

I. NOCIONES PRELIMINARES SOBRE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Conforme al artículo 101 del Código Civil: *El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.*

Sigue a continuación su párrafo segundo: *El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de este podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima*[1].

En principio, el fallecimiento del *ex* cónyuge deudor no produce el efecto de extinguir la pensión compensatoria[2]. Es decir, la deuda se integra en la masa hereditaria y con ello la obligación es asumida por los herederos. Por el contrario, el fallecimiento del cónyuge acreedor, sí extingue la pensión compensatoria, al tratarse de un derecho personalísimo, no transmisible a los herederos del causante deudor[3].

En este punto, hemos de tener en cuenta que en nuestro sistema sucesorio, al aceptar una herencia se adquieren de un modo u otro, las cargas que tuviera el causante, entendidas en sentido amplio como deudas, cargas y legados[4]. Se asume casi como un hecho de justicia, que se recibe un patrimonio y se hace uno cargo de las deudas de este, «antes es pagar que heredar». Claro está, que ante las dudas que pudieran surgir sobre nuestro bienhechor, los herederos legitimarios o extraños, siempre tienen la posibilidad de solicitar en plazo, el derecho de deliberar o pedir la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Lo cierto es que no suelen conocerse las deudas del causante, más allá de hechos o especulaciones que la cercanía nos permita intuir. Antes bien, existe en quien se ve llamado a la herencia, una curiosidad más o menos disimulada, por conocer la faceta activa del patrimonio a heredar.

Al concurrir como herederos a una herencia, seamos legitimarios o no, habrá de reconocerse, que tomar conocimiento de determinadas deudas como la que ahora nos atañe, puede producir un cierto sentimiento de incredulidad o sorpresa.

Puede resultar al heredero un tanto extraño este acreedor, con quien puede no haber parentesco, ni vínculo o relación alguna. Estamos ante los supuestos del hijo o hijos de una segunda relación, o de esta nueva pareja con la que se contrajo matrimonio o que siendo pareja de hecho se le nombró heredera, o incluso de un tercero extraño a quien se designó heredero universal. Idéntico sentimiento puede asaltar a los hijos de aquel matrimonio, cuya ruptura fue traumática, donde no tomaron partido en su día por un progenitor, transformado ahora en su acreedor, con quien compartirán —en sentido figurado— la herencia recibida. Igualmente puede sorprender a estos herederos, que de forma indirecta este acreedor, se va a beneficiar ahora, de lo que por vía legal le fue vedado, pues a consecuencia de la sentencia separación o divorcio, había quedado excluido expresamente de la sucesión (art. 834 del Código Civil).

El artículo 101 del Código Civil, tras señalar que la pensión compensatoria no se extingue por la muerte del deudor, con la consecuencia patrimonial de su transmisión al heredero que pasa a ser el nuevo deudor, matiza a continuación esta afirmación en los siguientes términos: *No obstante los herederos… podrán solicitar del juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima*.

Esta aclaración, dirigida con especial intención al heredero y su nuevo acreedor, suscitará a ambos dos cuestiones importantes: ¿durante cuánto tiempo se tiene que pagar esta deuda? y ¿cuánto será su importe final?

Al interlocutor jurídico también le permite plantearse otras consideraciones y dudas; ¿era necesario este artículo? ¿afecta a todos los herederos o solo a los legitimarios?, ¿se crea con esta disposición para herederos no legitimarios, una deuda de inferior categoría de la que responde el heredero *ultra vires hereditatis o intra vires hereditatis*?, ¿tiene influencia que la pensión compensatoria fuera temporal o sin límite de tiempo?, ¿tiene la misma consideración si es fijada en un convenio regulador como cantidad fija alzada, pagadera por meses?, ¿cabe una reversión tras el fallecimiento, si aquella pensión compensatoria fue sustituida en vida del causante, por alguna de las modalidades del artículo 99 del Código Civil, renta vitalicia, usufructo, o entrega de un capital en bienes o dinero?, ¿resulta conveniente tras el fallecimiento instar la sustitución de la pensión por alguna modalidad del citado artículo 99 del Código Civil?, ¿qué consecuencias tiene la solicitud ante notario de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario y cómo afecta a este expediente?, ¿cómo afecta a la comunidad hereditaria o a la división de la herencia, cuando es realizada por el causante o por lo herederos de común acuerdo, o a través del procedimiento de división judicial de herencia?, ¿puede oponerse el acreedor de la pensión compensatoria a la partición, hasta que se le page o afiance?, ¿a qué herederos atribuirá el contador esta deuda?, ¿no hubiera sido más fácil limitar por ley la cuantía de la prestación?, y si hablamos de limitar la cuantía de la prestación al tercio de libre disposición, ¿se tomará en cuenta lo que el causante donó en vida?, ¿qué significa la expresión necesidades de la deuda?

No es mi pretensión, aburrir con un interminable cuestionario, ni pueden estas líneas, dar una cumplida respuesta al mismo, pero en cualquier caso estas cuestiones, nos sirven para incitar la curiosidad, sugerir consideraciones sustantivas y procesales y servir de guía para hacer este breve apunte.

La aproximación a los anteriores extremos, deben tomar como punto de partida, unas someras consideraciones, tanto de la pensión compensatoria, en cuanto derecho del acreedor que va a ser reclamado a los herederos, como de la herencia, donde se inserta y fundamenta la obligación de pago, tras el fallecimiento del deudor.

Se puede decir, que la pensión compensatoria, como deuda hereditaria, no participa de la naturaleza de otros débitos de la herencia, pese a que se satisfará por el heredero, pues difiere de aquellos, por su régimen jurídico peculiar. Estamos ante una deuda especial y de «inferior» categoría, pues su propia razón de ser, puede provocar su extinción —no por su pago o cumplimento como sería lo propio de cualquier obligación— sino por la cuantía del haber hereditario y el propio devenir personal de los sujetos implicados.

II. EL EXCÓNYUGE DEUDOR FALLECIDO Y EL TITULAR DEL DERECHO A SEGUIR PERCIBIENDO LA PENSIÓN: REVISIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS

Titulares de la relación jurídica constitutiva de esta obligación, como de cualquier otra, son el acreedor y el deudor. Dicho de otro modo, el cónyuge a cuyo favor se otorgó una pensión compensatoria —sujeto activo— y tras el fallecimiento del cónyuge deudor, su heredero o herederos —sujeto pasivo—.

La determinación del sujeto activo no ofrece dudas. Su título deriva de una sentencia que concedió el citado derecho, bien en un procedimiento contencioso, bien por sentencia o decreto u otorgamiento de escritura pública, aprobando un convenio regulador presentado por las partes. Nada impide, que el título quede fijado en un acuerdo prematrimonial o en los denominados pactos preventivos y que pueda formalizarse en escritura pública.

El título en este caso con independencia de cómo se denomine, es para el Tribunal Supremo (SSTS, 31 de marzo de 2011, y 24 de junio de 2015) un pacto atípico admisible, partiendo de la eficacia de los acuerdos, siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos en cuanto expresión del principio de autonomía de la voluntad[5].

Las posibilidades de este acreedor, teniendo un título judicial o extrajudicial, a su favor, se circunscriben a instar una demanda de ejecución, o continuar la ya despachada, en cuyo curso haya fallecido el causante. Más extraño resultará su personación en un procedimiento de división judicial de la herencia.

La determinación del sujeto pasivo, presenta como en toda sucesión hereditaria, una mayor complejidad, ya sea la sucesión testada o intestada. En cualquier caso su averiguación es vital para que el acreedor pueda seguir percibiendo la prestación económica. La determinación de quién es heredero, se fundamenta en el artículo 658 del Código Civil, *la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y a falta de este, por disposición de la ley.*

Conocer quiénes son los herederos en una sucesión testada resulta sencillo, basta solicitar el correspondiente certificado al Registro General de Actos de Ultima Voluntad[6].

Como la sucesión intestada rige en defecto de la testada y aquella puede coexistir con esta, cuando no comprende el total hereditario del causante, el

acreedor puede verse inmerso en una situación transitoria, que finaliza la declaración de herederos, para llegar saber quiénes son los nuevos deudores.

En este sentido, señala el artículo 988 del Código Civil, que cualquier heredero puede aceptar o repudiar la herencia, «son actos enteramente voluntarios y libres», irrevocables (art. 997 del Código Civil), aceptarse la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario (art. 998 del Código Civil), expresa o tácita (art. 999 del Código Civil).

Por lo que al acreedor atañe, la aceptación expresa de la herencia, no plantea problema alguno, se hace en documento público o privado, de tal modo que ya sabe contra quién continuar su acción. En cambio mayor problemática plantea para aquel, la aceptación tácita, llevada a cabo (…) *por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero*, con aclaración sobre los actos de mera conservación o administración provisional, pues *no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero* (arts. 999 y 1000 del Código Civil).

Ante cualquier duda, cabe recurrir a la conminación prevista en los artículos 1004 y 1005 del Código Civil, a fin de que el heredero se pronuncie sobre la aceptación: *Hasta pasados nueve días después de la muerte de aquel de cuya herencia se trate, no podrá intentarse acción contra el heredero para que acepte o repudie*.

Cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al Notario para que este comunique al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura o simplemente, o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia. El Notario le indicará, además, que si no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente[7].

En principio y conforme al artículo 540 de la LEC, tampoco plantea objeción alguna, despachar o continuar una ejecución frente al que se acredite como sucesor de quien en el título aparezca como ejecutado. De haber fallecido el ejecutado durante la pendencia del proceso de ejecución, no será necesaria una nueva demanda ejecutiva, toda vez que la muerte del ejecutado abrirá su sucesión procesal. De haber fallecido e deudor con anterioridad a una demanda de ejecución, procederá despachar esta, contra el que se acredite sucesor.

No es necesario que el ejecutante conozca a todos los herederos del causante, ya se encargarán estos de ponerlos de manifiesto y traerlos al procedimiento. La personación en el proceso de ejecución de los herederos, no les impide la posibilidad de hacer uso de las facultades del artículo 101 del Código Civil, es decir, solicitar la reducción o supresión de la pensión compensatoria, en el correspondiente procedimiento declarativo, pues tal pretensión excede los márgenes del proceso de ejecución.

Llegados a esta situación, el titular de la pensión compensatoria puede dirigir la acción contra:

— El heredero o herederos que hayan aceptado la herencia.

— El heredero o herederos que hayan realizado cualquiera de los actos que implican la aceptación de la herencia. Este emplazamiento es una forma indirecta de conminar un pronunciamiento al respecto, pues en su primer escrito han de posicionarse claramente y fijar si tienen la condición de tal o la niegan. Lo que no significa que esa negativa por sí, desvirtué los actos que implican aceptación tácita o que la renuncia sea considerada extemporánea. Claro está que tales situaciones no se pueden discutir en el cauce de ejecución.

— El heredero que haya dejado trascurrir el plazo que marca el artículo 1005 del Código Civil.

— La persona del albacea o del administrador judicial de la herencia. Señala el artículo 798 de la LEC, *mientras la herencia no haya sido aceptada por los herederos, el administrador de los bienes representará a la herencia en todos los pleitos que se promuevan o que estuvieren principiados al fallecer el causante y ejercitará en dicha representación las acciones que pudieran corresponder al difunto hasta que se haga la declaración de herederos*. Sobre la persona a la que corresponde legalmente la administración de la herencia, dispone el artículo 795.2 que se nombrará administrador al viudo o a la viuda, en su defecto al heredero o legatario de parte alícuota que tuviera mayor parte y si no tuvieren, a juicio del tribunal, la capacidad necesaria para desempeñar el cargo, podrá nombrar administrador a cualquiera de los herederos o legatarios de parte alícuota, si los hubiere, o a un tercero.

— La herencia yacente, situación en la que se encuentra la herencia desde el fallecimiento del causante hasta la aceptación por el heredero[8]. Conforme al artículo 6.4 de la LEC, tiene capacidad para ser parte este patrimonio que transitoriamente esta sin titular, pudiendo en consecuencia adoptar la posición de demandado en un determinado proceso. Esta consideración ya era reconocida por la jurisprudencia previa al actual LEC. El hecho de que la herencia yacente, sea concebida como un patrimonio sin sujeto, implica que su comparecencia en juicio se realiza, (…) *por medio de quienes conforme a la ley, las administren* (art. 7.5 de la LEC). Por tanto será llamado al proceso el albacea o el administrador judicial de la herencia como se ha señalado en el apartado anterior.

Es frecuente ante el emplazamiento a una herencia yacente e ignorados herederos del causante en el último domicilio conocido de este, que aparezca alguno de los herederos, a quienes se les requiere la presentación de testamento, o declaración de herederos *ab intestato*, o indicación para que designen a los mismos. En este sentido, suelen personarse en autos los interesados.

La situación se complica cuando no comparece nadie ni se presenta documentación al respecto. Esta situación no permite inadmitir la demanda o archivar el procedimiento. Es práctica común, ponerlo de manifiesto al ejecutante para que inste lo oportuno para la averiguación de las personas físicas con derecho sobre la herencia. Cabe, de constar la existencia de testamento, que el Juzgado solicite a la Notaría copia de dicho documento, pues la parte, no podrá obtenerla por sí. Como indica la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, han de agotarse todas las diligencias exigibles, tanto por la parte como el Juzgado, para intentar averiguar las personas que han sucedido al fallecido en los derechos sobre la herencia yacente y sus domicilios, con carácter previo a dar curso a un emplazamiento edictal, pues aun siendo este un formalismo, no ha de impedirse el acceso a la tutela judicial efectiva a quien no ha podido hacer más para averiguar la identidad de los interesados en una herencia yacente.

Cuando el emplazamiento se hace a la herencia yacente y a unos herederos ignorados, intencionadamente o no, se presenta la lógica consecuencia de tener que emplazar pues por edictos, con la consecuencia que ello tiene. La RDGRN, de 20 de noviembre de 2007 estimaba que: «La demanda interpuesta contra los ignorados herederos no equivale al emplazamiento de la masa hereditaria aún no aceptada del titular registral fallecido. (…) No puede entenderse que la herencia haya sido parte en el proceso (…) al haberse omitido el procedimiento legalmente establecido al efecto que prevé la adopción por el juez de las disposiciones procedentes sobre seguridad y administración de la herencia, en espera de un

heredero definitivo, designando a un administrador que la represente». Como esta situación podía desembocar en un formalismo estéril, aun evitando la situación de rebeldía, la DGRN, cambia de criterio en resoluciones, de 19 de agosto de 2010 y 10 de enero de 2011. En este sentido y para adaptarse a la jurisprudencia, sobre que la exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no ha de convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados sea puramente genérico y no considerarse defecto cuando la demanda se haya dirigido contra personas determinadas, como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Por tanto, «la nueva doctrina DGRN (…) deja en manos del juez, que sea este quien valore como suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente y no necesariamente acudir a una mera formalidad» (designación de un administrador solo para ese procedimiento)[9].

En esta averiguación del heredero, cabe cuestionarse la incidencia que puede tener la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Los efectos de aceptar la herencia a beneficio de inventario se concretan en la limitación de responsabilidad y en la separación de los patrimonios.

El artículo 1023 del Código Civil dispone:

El beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes:

1.º El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma.

2.º Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

3.º No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia.

Los efectos son por tanto:

a) Una limitación de la responsabilidad del heredero,

b) una falta de confusión de patrimonios del heredero y causante,

c) una herencia en administración artículo 1026 del Código Civil: *Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración.— El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a esta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma,*

d) una liquidación de la deuda para el pago de las deudas cargas y legados, para por último, artículo 1032 del Código Civil, quedar el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia, siendo los gastos una carga más de la herencia (art. 1033 del Código Civil).

Sin bien nada impide la aceptación de la herencia de esta forma, la mera consideración de esta opción, por el hecho existir una pensión compensatoria entre las deudas de la herencia, resulta intrascendente. Ya se ha apuntado que el artículo 101 del Código Civil concibe a la pensión compensatoria, como una deuda distinta e inferior categoría de las demás que integran la masa, toda vez

que el heredero responde únicamente, con el caudal hereditario y no con su patrimonio por el hecho de haber aceptado la herencia.

III. LA DEUDA Y LA HERENCIA: VICISITUDES Y POSIBILIDADES PROCESALES

1. La pensión compensatoria como débito tras el fallecimiento del causante: la presencia de la autonomía de la voluntad privada

La consideración de la pensión compensatoria, como una deuda que se integra en la herencia tras el fallecimiento del deudor, no desvirtúa la naturaleza de aquella, antes bien permanece. No estamos ante una mera deuda reflejada por una cifra numérica, que desconectada de su origen se integra en el pasivo. Esta deuda sigue conectada con las razones que la originaron y ahora tras el fallecimiento del deudor, con el caudal neto de la herencia, lo que va permiten su subsistencia, modificación o extinción. La singularidad de esta deuda, hace necesario realizar una breve referencia sobre la pensión compensatoria.

Existe al respecto una abundantísima jurisprudencia, que ha ido perfilando su concepto, naturaleza, finalidad, y extinción, razón de su continuidad o su extinción, al margen del artículo 101 del Código Civil.

El artículo 97 del Código Civil, recoge el fundamento de la pensión compensatoria para aquel cónyuge que sufra «un desequilibrio económico en relación a la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio». Es una prestación económica en favor de un cónyuge y a cargo del otro, tras la separación o divorcio.

La STS, de 17 de julio de 2009 destaca, «además de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de la justicia rogada y del principio dispositivo formal puesto que, según afirma la propia sentencia de 2 de diciembre de 1987 «la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio)», razón por la que, sigue diciendo, «es claro que no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer», con la consecuencia de que la renuncia a la pensión hecha por ambos cónyuges de común acuerdo en convenio regulador o la ausencia de petición expresa por la parte interesada en su demanda de separación o divorcio, impiden su estimación por el tribunal».

Sobre este desequilibrio matiza la STS de 10 de febrero de 2005, que «La pensión compensatoria (…) exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o *ex* cónyuges, —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio».

Por tanto, se compensa el sacrificio o pérdida para el cónyuge más desfavorecido, derivado de esa mayor dedicación a la familia, en cuanto conste probado que ello le impidió acceder a legítimas expectativas o derechos económicos que podría haber obtenido (STS de 20 de julio de 2015).

Este derecho reequilibrador, señala la citada STS de 17 de julio de 2009, para el cónyuge a quien la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio en relación a las circunstancias económicas de que gozaba constante matrimonio, necesita ser acreditado y no es un mero «mecanismo igualatorio de las economías conyugales», o «equilibrador de patrimonios» porque su presupuesto esencial es la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas durante el matrimonio y tras la ruptura.

La prestación económica ha de servir para «colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonio; por lo que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia» (STS de 19 de febrero de 2014).

Este derecho a una compensación, y a la vista de su justificación, la apartan de la finalidad puramente indemnizatoria (la pensión no es un mecanismo solo indemnizatorio, STS de 19 de enero de 2010) y del carácter estrictamente alimenticio (STS de 22 de junio de 2011).

La pensión compensatoria es temporal o indefinida, o en prestación única, determinable en el convenio regulador o en la sentencia: «En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad»[10] y, en cualquier momento, dispone el artículo 99 del Código Civil, «podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador formalizado conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero».

La Ley 15/2005, de 8 julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introduce una importante modificación en el esquema tradicional, al sustituir el derecho a la pensión por el derecho a una compensación que puede consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según determine el convenio regulador o la sentencia[11].

Con todo, la aceptación del posible carácter temporal de la pensión por parte de la Ley 15/2005, ya había sido reconocida con anterioridad por el Tribunal Supremo (STS de 10 de febrero de 2005, 28 de marzo de 2005).

La fuerza ejecutiva de este derecho deriva de estar reconocido en sentencia, en un acuerdo aprobado judicialmente o mediante decreto por el secretario judicial o en una escritura pública. Si pese a tener derecho un cónyuge a la pensión, no la solicita, no lo podrán instar después sus herederos, pues estamos ante un derecho personalísimo que se extingue con la muerte del acreedor. Si una vez solicitada la pensión compensatoria se produce el fallecimiento del cónyuge acreedor en el curso del procedimiento, estaríamos ante un derecho que no ha llegado a nacer y no puede transmitirse a los herederos.

Pese al marcado carácter personalísimo de los procedimientos de familia, está justificada la no introducción de terceros[12]; la lógica y los términos de la LEC y Código Civil, circunscriben como partes a cónyuges, o progenitores, sin excluir la tutela de la situación creada con el fallecimiento del cónyuge a quien se estaba reclamando la pensión. El artículo 16 de la LEC contempla la sucesión procesal por muerte, que da por supuesto, que lo que ha de ser objeto de juicio sea trasmisible, como lo es esta deuda (art. 101 del Código Civil). La LEC zanjó

el debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la conclusión de las actuaciones cuando se trataba de acciones principales personalísimas en la que no cabía la sucesión procesal.

Por otra parte, no hay duda en la eficacia de la pensión compensatoria, reconocida y pactada en un acuerdo previo al matrimonio o preventivo de ruptura. La doctrina y la jurisprudencia no discuten, más allá de los artículos 1261 y 1255 del Código Civil o de un vicio en el consentimiento, la validez de los pactos sobre la pensión compensatoria, por la que se renuncia, fija su extensión temporal o indefinida o se reconoce[13]. Esta cuestión patrimonial, inserta en el derecho de familia, como un derecho disponible (STS de 20 de abril de 2012), se rige por el principio de autonomía de la voluntad.

Es reiterada la jurisprudencia sobre la validez de los contratos celebrados entre cónyuges o futuros contrayentes en previsión de una posible ruptura. La STS de 22 de abril de 1997, distinguía entre un mero convenio —al que califica de negocio jurídico de derecho de familia— del convenio regulador presentado al juzgado y aprobado quedando su contenido integrado en la resolución judicial y del convenio que suscrito por las partes no llegaba a ser presentado o aprobado judicialmente. La citada sentencia estimaba la eficacia de todo negocio jurídico, incluyeran o no cuestiones ajenas o complementarias al artículo 90 del Código Civil. Basta, a estos efectos y como indica la STS de 17 de octubre de 2007, que estos pactos reúnan los requisitos para su validez. Cuestión distinta será la eficacia procesal directa de los acuerdos incluidos en estos convenios: si han sido aprobados judicialmente, se integran directamente en el título de ejecución judicial o sentencia sobre el pronunciamiento de estado civil (separación o divorcio) y la aprobación del convenio regulador[14].

Si como se ha señalado, estos pactos son válidos, cabe plantearse las consecuencias entre los futuros herederos. La respuesta, aun a riesgo de ser ambigua, está vinculada a los términos en que hubiera sido pactada la futura pensión. Si fue contemplada para el momento en que se pusiera fin a la convivencia matrimonial y no excluyó expresamente la eventualidad del fallecimiento del cónyuge deudor, la obligación de pago de la citada pensión compensatoria pasa a los herederos en los términos del artículo 101 del Código Civil.

Por tanto, ante estos pactos, el fallecimiento del deudor, no extinguirá el derecho a la pensión, como tampoco modificará la naturaleza de la deuda en su día generada. En principio, subsistirá en tanto no concurra causa de extinción, salvo la previsión legal del citado artículo, pues tal derecho no es indefinido en el tiempo, ni vitalicio «*per se*». Así, las condiciones de su nacimiento pueden, ya fallecido el deudor, dar lugar a su modificación y extinción y las previsiones legales para instar esta modificación o extinción de la deuda, se trasmite a los herederos del causante.

En este sentido, recoge la SAP de A Coruña, sec. 3.ª, de 18 de diciembre de 2015 «Constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 del Código Civil si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas, bien para reducir su cuantía (alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores, conforme prevé el art. 100 del Código Civil), bien para su extinción (por la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho, según el art. 101 del Código Civil). Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o

parcialmente. El cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el artículo 100 del Código Civil, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida».

2. La herencia y la sucesión en el patrimonio del causante: la satisfacción del derecho de pensión si subsisten bienes en la masa hereditaria

La herencia contemplada en sentido subjetivo, refleja la situación jurídica operada en el heredero a causa de la trasmisión hereditaria; hace referencia a la adquisición *mortis causa* y, en un sentido objetivo, refiere al conjunto de las relaciones jurídico patrimoniales trasmisibles, tanto activas como pasivas. Para el sistema romano, las deudas y obligaciones de un causante forman parte de la herencia y por tanto responde de ellas, para el sistema germánico las deudas son una detracción del activo y lo que se recibe es el remanente de los bienes que queden, fiel reflejo del dicho «primero es pagar que heredar».

Gráficamente, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN[15] subrayan que el patrimonio se transforma en herencia y esta es la trasmitida, bien entendido, como sostiene LASARTE[16] que el patrimonio del causante y la herencia no son plenamente coincidentes, pues hay derechos que se extinguen con la muerte.

Al margen de las distintas posturas doctrinales sobre la posición de asume nuestro sistema, la respuesta sobre el contenido de la herencia que da el Código Civil, es breve y concisa. Así, según el artículo 659: *La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte.* Para el legislador sin lugar a dudas, las deudas han de heredarse, así lo ratifica el artículo 1003, *Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no solo con los bienes de esta, sino también con los suyos propios.*

El heredero, dice O'CALLAGHAN[17] sustituye al causante, asumiendo en bloque el conjunto de relaciones jurídicas trasmisibles de que era titular el causante, como un todo en forma unitaria, por lo que puede decirse que el contenido de la herencia lo forman también aquellas obligaciones que no se extinguen con la muerte del deudor. El causante solo puede disponer de su activo, de sus obligaciones dispone la Ley por él, desde el momento en que el heredero responde de ellas con todos los bienes de la herencia y con los suyos propios, de no haber aceptado a beneficio de inventario.

Entre las diferentes teorías que dan fundamento a la sucesión *mortis causa*, resulta llamativa por su connotación económica la aportada por el Profesor LASARTE. En este sentido resalta, que una sociedad como la contemporánea fundada en el crédito, no podría subsistir si las deudas se extinguieran por el fallecimiento de una persona.

En definitiva el artículo 1911 del Código Civil, presupuesto del principio de responsabilidad patrimonial universal, y el artículo 1003 del mismo texto, se confabulan para satisfacer el crédito hasta sus últimos límites, desde el momento en que hasta el patrimonio del heredero va a responder de las deudas del causante. El sucesor se transforma así, en titular pasivo de una deuda que no había contraído.

Si nos ceñimos a la pensión compensatoria, se ha de partir de la previsión legal, de que esta deuda se satisface si quedan en la masa hereditaria bienes

suficientes tras pagar las demás deudas y la legítima. Desde esta premisa, dos son los componentes que nos permitirán hacer este juicio de valor; la determinación de los bienes que integran la herencia, es decir el activo y la cuantía de esta deuda, integrada en el pasivo.

El primer elemento escapa al objeto de este comentario, baste indicar que en principio será el heredero quien concrete el activo, actuación más compleja caso de existir una comunidad hereditaria. Esta relación de bienes puede ser confeccionada por: el causante, el albacea, o concretada en una intervención judicial de la herencia mediante la formación de inventario artículos 792.1, y 791.2 de la LEC o fijada por el contador partidor dentro del procedimiento de división judicial de la herencia, de no existir la fase de intervención judicial, *para practicar el inventario, cuando este no hubiere sido hecho, y el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario* (art. 785 y 786.1 de la LEC). *El contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante; pero si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atendrá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos. Procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas.*

En la determinación de este activo de la herencia, puede jugar el acreedor de la pensión compensatoria un papel importante. En este sentido, declara el artículo 782 de la LEC en su punto tercero: *los acreedores no podrá instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercitarán en el juicio declarativo que corresponda, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia.*

Por su parte, asevera el párrafo segundo del artículo 784: *No obstante, los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Esta petición podrá deducirse en cualquier momento, antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero*». Pueden solicitar, de conformidad al artículo 792.2 del mismo cuerpo legal, *la intervención del caudal hereditario, con arreglo a lo establecido en el apartado segundo del artículo anterior, los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo*[18].

Los acreedores, pueden mostrar su oposición a la partición hasta que se les pague o afiance (arts. 782.4 y 788.3 LEC y 1082 del Código Civil) reclamando el pago de sus deudas por entero a cualquiera de los herederos hasta donde alcance su porción de no haber solicitado la aceptación a beneficio de inventario. La acción declarativa correspondiente conducirá, por intervención provocada (art. 14 LEC), a la entrada de los demás herederos que pudieran ser desconocidos para el acreedor. *Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio. En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda*[19].

El segundo elemento objetivo de toda herencia es el pasivo, en el que se integra esta deuda, que puede ser de tracto sucesivo, o de pago único. De las obligaciones patrimoniales del deudor, la generada por una pensión compensatoria, subsiste tras su fallecimiento, ahora bien, con ciertas limitaciones:

— En el tratamiento como pasivo, esta deuda, tendrá una consideración distinta si al momento de fallecimiento del deudor, hablamos de una pensión temporal, por tiempo definido o indefinido o de una prestación única aunque resulte diferida o aplazado su pago en el tiempo. En este caso bien pudo fijarse de inicio, o en un momento anterior al fallecimiento del deudor, artículo 99 del Código Civil. El distinto tratamiento jurisprudencial dado a ambas situaciones, cuando se ha pretendido su extinción o modificación, permite dar un tratamiento distinto a la deuda. En este segundo caso, la deuda fijada y reconocida en vida del cónyuge deudor, es una deuda que ha de ser descontada en su totalidad del activo y se integra en el pasivo. Ninguna dificultad tiene la fijación de su importe, es determinada y liquida. En el primer caso en cambio, cuando hablamos de una deuda, que se puede decir que es indefinida y de tracto sucesivo, es cuando entran en juego las previsiones del artículo 101 el Código Civil y solo será satisfecha de haber bienes suficientes tras abonar deudas y la legítima que pudiera existir. El propio legislador se encarga, en cualquier caso de recordar, que no estamos ante una deuda excluida de la herencia, de conformidad al párrafo segundo del artículo 101 del Código Civil, *el solo hecho de la muerte del deudor* no extingue el derecho a la pensión, por lo que los herederos subrogándose automáticamente en la posición del deudor una vez aceptan la herencia, han de asumir el pago de la misma, con la facultad de *solicitar del juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima*.

— El hecho de que esta deuda se integre en la herencia, con las consecuencias que ello tiene para el heredero (art. 1003 del Código Civil) no significa que el legislador otorgue idéntico rango que a otras. Al tratarse de una deuda de tracto sucesivo, es lógico contemplar dos momentos. Las cantidades devengadas y no satisfechas antes del fallecimiento del deudor y las que se devenguen con posterioridad. En el primer caso, es un débito del que responderán dos masas patrimoniales, la del causante y la del heredero que acepta, aunque se mencione la confusión de patrimonios. En el segundo supuestos, estamos ante deudas de inferior categoría, frente al resto. El heredero no deviene deudor *ultra vires hereditatis*. Para esta deuda, que no carga hereditaria, no hay confusión de patrimonios, pues se permite limitar la responsabilidad, a los bienes de la herencia, *al caudal hereditario, intra vires hereditatis*. En este sentido contempla el artículo 101 del Código Civil, la reducción o supresión de la pensión compensatoria.

IV. INCIDENCIA DEL FALLECIMIENTO DEL DEUDOR EN LA PENSIÓN COMPENSATORIA. LA REDUCCIÓN O SUPRESIÓN DEL DERECHO POR LOS HEREDEROS: CAUSAS DE ESTA SOLICITUD JUDICIAL

El artículo 101 del Código Civil, matiza… *No obstante los herederos… podrán solicitar del juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.*

El Código Civil concibe el pago de esta pensión como un débito no personalísimo, transmitido a los herederos. Ahora bien esta deuda, no está integra en el régimen ordinario del pasivo de la herencia como se ha señalado, pues para poder ser reclamada, han de concurrir tres requisitos; que no haya sido

modificado o extinguido el derecho a percibir tal pensión, es decir que continúe existiendo, que haya caudal hereditario suficiente, pues no concurre confusión de patrimonios, y, por último, que no afecte a las legítimas.

Este precepto, hace de la pensión compensatoria una deuda especial a efectos sucesorios. De no existir el citado artículo 101, las consecuencias serían distintas para los herederos. Por un lado, el heredero que aceptara una herencia, habría de hacerse cargo de todas las deudas del causante, pensión compensatoria incluida, sin limitación alguna, respondiendo con su propio patrimonio. Por otra y respecto a los herederos legitimarios (art. 807 del Código Civil), los hijos de cualquier relación y el actual cónyuge, verían reducida su porción de bienes, no porque se vulnerara con ello la intangibilidad de la legítima, sino porque esta deuda tendría que abonarse en su totalidad antes del cálculo de aquellas. En definitiva el causante, como de un modo u otro refleja la doctrina, no dispone de las deudas, estas recaen sobre el heredero *ope legis*.

Contempladas estas peculiaridades el régimen general que otorga el artículo 101 del Código Civil, la conclusión primera a la que se llega, es que este acreedor del causante, es un sujeto activo de inferior categoría al resto de acreedores. Si por un lado su crédito está abierto al ser de tracto sucesivo, su posibilidad de ser satisfecho está limitada a que existan bienes suficientes en el activo, no tanto en el sentido de una mera operación matemática, sino en el de un juicio de suficiencia y valoración subjetiva. Estamos, en opinión de GARCÍA CANTERO, ante una medida de tipo equitativo que puede dar lugar a una modificación de la cuantía o a su extinción[20].

La STSJ de Cataluña, de 26 de julio de 1999 afirma, «se trata en una interpretación cabal del precepto en estudio, de si el caudal que recibe en herencia el heredero puede soportar la carga que representa el pago de la pensión compensatoria».

A la vista pues de este precepto, se abren varias posibilidades sobre la pensión compensatoria tras la muerte del deudor:

a) Que sea satisfecha por los herederos, al haber caudal suficiente.
b) Que deba reducirse o extinguirse la pensión, por falta haber hereditario.
c) Que deba reducirse o extinguirse, en cuanto afecta a los derechos de los legitimarios.

En el primer caso, es decir cuando hubiere bienes suficientes en la herencia para satisfacer la pensión, que no justifiquen su reducción o extinción, ni afecte a las legítimas como contempla el segundo párrafo del artículo 101 del Código Civil, la pensión compensatoria, habrá de seguir pagándose.

Cabe preguntarse, hasta cuándo se ha de satisfacer esta deuda heredada, si hay un haber hereditario suficiente. La respuesta esta vincula a la naturaleza de esta deuda peculiar. De producirse nuevas situaciones fácticas objetivas en los sujetos implicados que impliquen una alteración sustancial de las circunstancias (arts. 91 del Código Civil y 775 LEC) y sobrevenidas a la situación anterior, podrán instar los herederos su modificación conforme prevé el artículo 100 del Código Civil.

Dentro de esta alteración en la fortuna contemplada para los cónyuges, es posible entender una alteración en la fortuna de los nuevos sujetos implicados, acreedor o deudor, *que así lo aconsejen.* Si se produce el cese de la causa determinante del reconocimiento del derecho, o contrae el acreedor nuevo matrimonio o convive maritalmente con otra persona, podrán instar los herederos su extinción.

En última instancia, de no concurrir ninguna de estas circunstancias, la pensión finalizará cuando fallezca el acreedor.

El cauce procesal será el prevenido en los artículos 775 y 770 de la LEC, pues estamos ante la modificación de las medidas acordadas en su día. Esta vía parece solo válida si fueron aprobadas en un juzgado por sentencia o decreto *del tribunal que acordó las medidas,* según asevera el artículo 775 de la LEC.

Caso de tratarse de una escritura notarial que aprobó un convenio regulador en el ámbito del artículo 90 del Código Civil, parece lógico que el cauce adecuado sea el juicio ordinario. Igual criterio entiendo aplicable, si las partes no formalizaron su ruptura matrimonial ante un juzgado, resolviendo la controversia con un convenio, que no fue aprobado judicialmente, en el que se reconoció una pensión compensatoria que ha sido pagada con regularidad por el causante.

La pretensión de anticipar vía medidas provisionales, una reducción o extinción de la pensión compensatoria puede resultar, salvo excepciones, excesiva. La determinación de los bienes que integran la herencia, su valor y las legítimas, puede superar, con mucho este trámite, dada su complejidad. Igual criterio entiendo, debería seguir la solicitud de medidas cautelares si se trata de un juicio ordinario.

En el segundo y tercer supuesto contemplado por el citado artículo 101 del Código Civil, la posibilidad de instar la reducción o extinción por falta haber hereditario, cabe cuando *el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.*

Esta posible reducción o extinción, no opera automáticamente, ni deja en suspenso esta obligación. Frente a la demanda de ejecución presentada por el acreedor[21], no se podrían oponer, los motivos contemplados en el artículo 101 del Código Civil. La pensión compensatoria seguirá devengándose desde la muerte del deudor y ha de ser abonada hasta que se dicte sentencia en el correspondiente procedimiento de modificación de medidas, que extinga o reduzca su cuantía[22].

Corresponde al heredero o herederos, instar tal reducción o extinción, siendo las vías procesales posibles, el juicio ordinario o el de modificación de medidas. Cabe pensar como en el supuesto anterior, que no toda pensión compensatoria tiene que tener por título una sentencia o decreto.

En cualquiera de las vías utilizadas, resultará elemento capital, la prueba plena del caudal relicto neto recibido. En este sentido, la escritura de aceptación de herencia donde consten los bienes y la liquidación del impuesto correspondiente serán prueba indiciaria de lo recibido. Si por el contrario, estamos ante una división judicial de la herencia, no será hasta su conclusión cuando se sepa lo atribuido finalmente a cada heredero, bien entendido que resulta en principio indiferente al acreedor, pues puede exigir su pensión sobre la totalidad de la herencia neta y no sobre la porción que pueda recibir cada heredero. La totalidad de lo percibido por todos los herederos, es lo que determina, si el caudal relicto es o no suficiente a efectos del artículo 101. El hecho de que se tenga que acreditar el caudal, para que pueda prosperar la acción, no significa que el juicio ordinario ni el procedimiento de modificación de medidas, permitan incidentalmente la discusión de una formación de inventario (SAP Baleares, Sec. 4.ª, sentencia de 25 de marzo de 2011). En este sentido la SAP Barcelona, Sec. 12.ª, de 8 de abril de 1999, pone de relieve la ausencia de justificación del inventario del caudal hereditario, estando en trámite de aceptación de la herencia, como impedimento para que prospere la pretensión de reducir la pensión.

Desde un punto de vista teórico, la formación de inventario en una intervención judicial de herencia, —aún siendo provisional, pues nada impide al contador

incluir la aparición de nuevos bienes en el cuaderno particional—, puede ser justificación suficiente para una demanda conjunta de todos los herederos, pues en principio conocen el elemento patrimonial a percibir.

Para el supuesto de solicitarse la reducción o extinción de la pensión compensatoria por falta de caudal, puede resultar discutible, si tal posibilidad refiere al momento en que el heredero acepta y recibe los bienes, bien de inicio o tras una partición de la herencia, o si dicho derecho se contempla igualmente cuando el devenir posterior implica una disminución de lo heredado. Considero que ambas posibilidades están contempladas, pero en soporte sustantivo distinto. De no ser así, el heredero se convertiría en un mero administrador de los bienes para pago esta deuda, a semejanza salvando las distancias, de una sustitución fideicomisaria. En el primer caso, basta invocar directamente el artículo 101, y en el segundo habrá de invocarse el artículo 100 del Código Civil, en cuyo proceso se habrá de acreditar la alteración sustancial de circunstancias en la fortuna del deudor, y, tener presente los criterios jurisprudenciales sobre la modificación de medidas[23].

Claro está que este supuesto no se refiere a la reducción o extinción por salvar los derechos de los legitimarios, pues para estos, su cálculo va a quedar fijado desde un primer momento.

Aunque la jurisprudencia se ha encargado de diferenciar la pensión compensatoria de otras figuras afines como los alimentos, no dejan de resultar curioso, los términos que utiliza el artículo 101 del Código Civil para reducir o extinguir la pensión compensatoria, pues para esta busca el equilibrio entre las posibilidades del caudal hereditario y las necesidades de la deuda, solución que recuerda al artículo 146 del Código Civil para fijar los alimentos, posibilidades del alimentante y, necesidades del alimentado. En este sentido la expresión *necesidades de la deuda,* un tanto equívoca, refleja simplemente la capacidad del caudal hereditario de seguir satisfaciendo la deuda.

Cabe la posibilidad de que el administrador del caudal hereditario, o un albacea, se vean compelidos a la obligación de hacer frente al pago de esta pensión. En este sentido, basta pensar en la situación que genera la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, por cualquiera de los herederos, o la designación de un administrador en una intervención judicial de herencia.

En el primer supuesto*, Durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, a instancia de parte, el Notario podrá adoptar las provisiones necesarias para la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescribe en este Código y en la legislación notarial* (art. 1020 del Código Civil). *Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración. El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a esta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma* (art. 1026). *Cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará esta en la forma establecida en el párrafo segundo del número 2.º del artículo 1024 de este Código, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa.*

No alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración a los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo, y será responsable de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya (arts. 1030 y 1031 del Código Civil).

En el ámbito de la intervención judicial de la herencia y/o división judicial de la herencia, *mientras la herencia no haya sido aceptada por los herederos, el*

administrador de los bienes representará a la herencia en todos los pleitos que se promuevan o que estuvieren principiados al fallecer el causante y ejercitará en dicha representación las acciones que pudieran corresponder al difunto, hasta que se haga la declaración de herederos.— Aceptada la herencia, el administrador solo tendrá la representación de la misma en lo que se refiere directamente a la administración del caudal, su custodia y conservación, y en tal concepto podrá y deberá gestionar lo que sea conducente, ejercitando las acciones que procedan (art. 798 de la LEC).

El administrador designado no puede, en principio, desconocer ni la deuda ni la especialla naturaleza de este débito, sujeto a un caudal hereditario suficiente y limitado por las legítimas; empero, así como la primera premisa le resulta intrascendente, pues se trata de una cuestión disponible para el heredero y ejercitar la acciones correspondientes del artículo 101 del Código Civil, la segunda es *ope legis* (arts. 813, 815 y 101 del Código Civil). La consecuencia es evidente: si hay bienes suficientes en el caudal hereditario puede efectuar el pago de la pensión compensatoria, si no hay o afectan a la legítima, puede oponerse este administrador designado, al pago.

Conocido el caudal hereditario neto, una vez pagadas las demás deudas, la conexión con la obligación de pagar esta deuda especial, nos exige conocer su importe, para contrastar si el heredero o herederos, pueden hacer frente a ella con el patrimonio recibido. Su compleja cuantificación, no tanto respecto de los atrasos previos al fallecimiento del deudor, cuyo tratamiento como deuda genérica no ofrece duda[24], sino en cuanto a su cálculo a futuro, del que solo sabemos el importe mensual a pagar.

De capitalización de la deuda, a semejanza del usufructo del cónyuge viudo, chocariamos con la naturaleza de la pensión compensatoria. Esta no es vitalicia *per se* y el resultado sería ficticio. GARCÍA CANTERO en la obra citada recuerda la solución ofrecida por el BGB «el heredero no queda obligado más allá de la cuantía correspondiente a la legítima a que el acreedor hubiera tenido derecho de no haberse disuelto el matrimonio». Esta solución, trasladada a nuestro ordenamiento jurídico limitaría la cuantía, al valor del usufructo vidual, pero como un máximo que se puede recibir y con independencia de que se fuera heredero legitimario o no. En cualquier caso capitalizada una pensión compensatoria, ya se podría valorar la pensión compensatoria a los efectos del cálculo de la deuda o *necesidades de la deuda*.

De existir herederos legitimarios, descontadas las deudas y cargas de la herencia y lo que corresponda a la legítima (para cuyo cálculo no se deduce esta deuda) podemos contrastar cuánto falta para el pago de la pensión compensatoria, ya como carga hereditaria, y en consecuencia mantenerse, reducirse o suprimirse. Afecta, en definitiva, la operación a la parte de libre disposición.

Las perspectivas y posibilidades se presentan distintas para el heredero no legitimario. Puede resultar un tanto paradójico, que como cónyuge se tenga derecho al tercio destinado a mejora en usufructo (art. 834 del Código Civil), que tras una separación o divorcio, no se reciba nada por legitimario, pero que indirectamente, vía pensión compensatoria se pueda llegar a recibir, mucho más, incluso consumir con esta deuda periódica, en metálico o bienes más, de aquel proyectado usufructo inicial. La solución y consiguiente limitación pasa por la medida equitativa de solicitar la reducción a la vista del caudal recibido, pues aquí no juega la reducción al tercio de libre disposición.

Un criterio mucho más restrictivo imponía el artículo 86.2 del Código de Familia de Cataluña: *El derecho a la pensión compensatoria no se extingue por fallecimiento del cónyuge obligado a su prestación, si bien sus herederos pueden*

solicitar su reducción o exoneración si la rentabilidad de los bienes de la herencia no resulta suficiente para realizar su pago (Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. Vigente hasta el 1 de enero de 2011). Estos términos obligaban a acreditar si las rentas que puedan producir los bienes hereditarios son suficientes para atender la pensión compensatoria entendiendo la rentabilidad como posible o potencial (SAP Barcelona, sec. 12.ª, de 16 de marzo de 2007).

V. CONCLUSIONES

I. A la vista de la problemática abierta e incierta que puede generar esta peculiar deuda integrada en la herencia, no está demás contemplar desde un punto de vista práctico, la posibilidad que abre el artículo 99 del Código Civil. Es cierto que es contemplado para el supuesto de cónyuges vivos, pero nada impide un acuerdo entre los sujetos pasivos y el acreedor de la deuda en similar sentido. Declara el mencionado precepto: *en cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes, o la entrega de un capital en bienes o en dinero*». Sobre este extremo, indica la SAP, de Cádiz de 14 de septiembre 2001, que la sustitución solo puede practicarse por mutuo acuerdo de voluntades de las dos partes interesadas y no puede imponer una a la otra esa conversión sin su asentimiento, ni puede exigirla del Juez.

II. En el supuesto de estar ante una comunidad hereditaria, de haber caudal hereditario suficiente, no resultar afectadas las legítimas y no obtenerse el acuerdo referido —con independencia de cuál sea la forma en que se lleve a cabo la división, y siempre con las cautelas impuestas a las diversas soluciones— resultará especialmente útil, una atribución conjunta y solidaria de esta deuda a la totalidad de los herederos. Dos son las razones que justifican esta opción: desconocer cuál será el devenir de este débito (art. 100 del Código Civil) y los derechos que contempla el Código Civil y la LEC para el acreedor, una sucesión hereditaria.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

CALAZA LÓPEZ (2014). La intervención y administración judicial de la herencia, *RCDI,* 90, 745, 2553-2584.

— (2013). La división judicial de la herencia, *RCDI*, 89, 740, pp. 4183-4215.

CGPJ (2011). Conclusiones, *Seminario cuestiones prácticas derivadas de la aplicación del derecho de sucesiones. Especial referencia a la división de patrimonios y partición hereditaria Madrid, 2, 3 y 4 de marzo de 2011*. Servicio de formación conjunta del CGPJ.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2012). *Sistema de Derecho Civil* vol.1, Ed. Tecnos, Madrid.

GARCÍA CANTERO (1982). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo II, Edersa, Madrid.

LASARTE ÁLVAREZ (2015). *Principios de Derecho civil, tomo VII, Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 10 ed.

— (2015). *Principios de Derecho civil, VI, Familia*, Marcial Pons, Madrid, 13.ª ed.

— (2005). De la pensión a la compensación: el triunfo de la temporalidad, *Jornadas nacionales sobre protección jurídica contra la violencia de género*. Universidad de A Coruña 19 y 20 de julio de 2005.

MINGORANCE GOSÁLVEZ (2004) *El pago de las deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid.
MORETÓN SANZ (2008). *La asunción espontánea de deuda,* Valladolid, L*ex* Nova.
— (2009). La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato*, RCDI*, julio-agosto, pp. 1183 a 1212;
— (2008). Obligaciones novables: Examen de la expromisión y las relaciones contractuales, legales y extracontractuales, *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Manuel Cuadrado Iglesias,* Gómez Gálligo (coord.), Tomo I, Registradores de España-Civitas-Thomson Reuters, Madrid, pp. 947-967;
— (2008). Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español (La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales, *ADC,* tomo LXI, fas. II, pp. 619 a 719.
O'CALLAGHAN (1981). *Compendio de Derecho Civil, tomo V*, Edersa, Madrid.
PÉREZ SANZ (1985). Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales, *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* 26, pp. 7-34.

VII. RESOLUCIONES CITADAS

- Auto del Tribunal Constitucional 177/1984 de 21 de marzo
- STS de 24 de junio de 2015
- STS de 31 de marzo de 2011
- STS, de 31 de marzo de 2011
- STS de 22 de junio de 2011
- STS de 20 de julio de 2015
- STS de 19 de febrero de 2014
- STS de 19 de enero de 2010
- STS de 17 de julio de 2009
- STS de 17 de octubre de 2007
- STS de 10 de febrero de 2005
- STS de 28 de marzo de 2005
- STS de 22 de abril de 1997
- SAP de Granada de 19 de mayo de 2001
- SAP de A Coruña, sec. 3.ª, de 18 de diciembre de 2015
- STSJ de Cataluña, de 26 de julio de 1999
- Auto de la AP de Madrid, secc. 24.ª, de 6 noviembre de 2002
- SAP Baleares, Sec. 4.ª, de 25 de marzo de 2011
- SAP Barcelona, Sec. 12.ª, de 8 de abril de 1999
- SAP Barcelona, sec. 12.ª, de 16 de marzo de 2007
- SAP de Barcelona de 19 de marzo de 2014
- SAP de Cádiz de 14 de septiembre 2001
- RDGRN de 20 de noviembre de 2007
- RDGRN de 19 de agosto de 2010
- RDGRN de 10 de enero de 2011

NOTAS

[1] Por todos, *vid.,* LASARTE ÁLVAREZ*, Principios de Derecho civil, tomo VII, Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 10 ed.; también *tomo VI, Familia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 13.ª ed., y bibliografía allí citada.

[2] Recuérdese el artículo 661 del Código Civil: «Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

[3] En la materia, *vid*., MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda,* Valladolid, L*ex* Nova, 2008 y la bibliografía allí citada; adicionalmente de la misma autora: La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato*, RCDI*, julio-agosto, 2009, pp. 1183 a 1212; Obligaciones novables: Examen de la expromisión y las relaciones contractuales, legales y extracontractuales, *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Manuel Cuadrado Iglesias,* Gómez Gálligo (coord.), Tomo I, Registradores de España-Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2008, pp. 947-967; Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español (La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales, *ADC,* tomo LXI, fas. II, 2008, pp. 619 a 719.

[4] *Vid.,* MINGORANCE GOSÁLVEZ, *El pago de las deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2004.

[5] *Vid.,* PÉREZ SANZ, Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales*, Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 26, 1985, pp. 7-34.

[6] No falta la sucesión testada, cuando el heredero testado premuere sin aceptar ni repudiar pero trasmite su delación artículo 1006 del Código Civil, ni cuando adquiere la herencia el sustituto vulgar artículo 774 del Código Civil, ni cuando estamos ante el derecho de acrecer de lo herederos artículo 982 del Código Civil y sigs.

[7] No está de más recordar, tras la reforma 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que la repudiación de la herencia del artículo 1008 del Código Civil ha de realizarse (…) *ante notario en instrumento público.*

[8] Son diversas las causas que colocan a la herencia en esta situación; que el heredero no haya aceptado todavía, que esté pendiente del derecho de deliberar, que esté sujeto a condición, que esté pendiente la declaración de heredero, etc…

[9] *Vid.,* Conclusiones, *Seminario cuestiones prácticas derivadas de la aplicación del derecho de sucesiones. Especial referencia a la división de patrimonios y partición hereditaria Madrid, 2, 3 y 4 de marzo de 2011*. Servicio de formación conjunta del CGPJ.

[10] Artículo 97 del Código Civil *in fine*.

[11] LASARTE ÁLVAREZ, De la pensión a la compensación: el triunfo de la temporalidad, *Jornadas nacionales sobre protección jurídica contra la violencia de género*, Universidad de A Coruña 19 y 20 de julio de 2005.

[12] Auto del Tribunal Constitucional núm. 177/1984, de 21 de marzo.

[13] La SAP de Granada, de 19 de mayo de 2001, analiza la cláusula «*rebus sic stantibus*».

[14] STS, de 31 de marzo de 2011 «…Aunque el contrato cuya validez se discute, se haya denominado convenio regulador, no es tal, sino un pacto atípico en el que los cónyuges, previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación. Como se ha dicho en el fundamento anterior, esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el artículo 1261 del Código Civil y no solo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato. En este caso hay que concluir que concurre: a) el consentimiento de ambos cónyuges contratantes, porque aunque el recurrido alegó la concurrencia de un vicio de la voluntad, ello no se considera probado; b) objeto del contrato, y c) causa de la obligación establecida. En este sentido el contrato generó únicamente obligaciones para el marido, lo cual no es indicio de ninguna anomalía contractual».

[15] *Sistema de Derecho Civil* vol. 1, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, p. 375.

[16] *Principios de Derecho Civil, VII*, *cit.,* p. 8.

[17] *Compendio de Derecho Civil, tomo V*, Edersa, Madrid, 1981, p. 24.

[18] *Vid.,* en la materia, CALAZA LÓPEZ, La intervención y administración judicial de la herencia, *RCDI,* 90, 745, 2014, pp. 2553-2584 y La división judicial de la herencia, *RCDI*, 89, 740, 2013, pp. 4183-4215.

[19] Artículo 1084 del Código Civil.

[20] *Vid.,* GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo II, Edersa, Madrid, 1982, p. 445.

[21] La ejecución podrá despacharse o continuarse…frente al que se acredite que es sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado, artículo 540 de la LEC.

[22] Auto de la AP de Madrid, secc. 24 núm. 1017/2002, de 6 noviembre de 2002.

[23] Es constante la jurisprudencia al entender que la alteración fundamento de la modificación de medidas, ha de ser: sobrevenida, posterior, imprevisible o no prevista al tiempo de concesión, sustancial, persistente e involuntaria.

[24] SAP, de Barcelona de 19 de marzo de 2014, respecto alimentos devengados antes el fallecimiento y no satisfechos.

1.5. Obligaciones y contratos

Criterio sobre el cómputo de la caducidad de la acción de vicio en el consentimiento recaído sobre productos bancarios o de inversión establecido en las SSTS de 12 de enero de 2015, de 7 de julio de 2015, de 16 de septiembre de 2015, así como en el resto de jurisprudencia dictada

Case law criterion on the counting of the limitation period for an action of mistake in the formation of a banking or investment contract established in the judgments of the Supreme Court rendered on January 12th 2015, July 7th 2015, September 16th 2015 and other case law

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
Doctor en Derecho
Abogado colegiado en Madrid y en Nueva York
LLM por la University of California Berkeley

RESUMEN: La caducidad de las acciones ejercitadas por clientes por haber supuestamente incurrido en vicio en la contratación es usualmente alegada por las entidades financieras con resultado dispar. Ello se ha debido fundamentalmente a la falta de un criterio claro por parte del Tribunal Supremo sobre cómo computar el plazo de caducidad de cuatro años contemplado en el artículo 1301 del Código Civil.

Había pronunciamientos contradictorios tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Por un lado se postulaba que el referido plazo se iniciaba con la consumación del contrato, que tenía lugar con el despliegue de todos los efectos del mismo. Por otro se sostenía que la caducidad comenzaba con la perfección, o al menos, con la ejecución de las principales obligaciones del contrato.

Esta controversia parece superarse mediante la reciente jurisprudencia que es analizada en este artículo y que afirma que el plazo de caducidad se inicia cuando el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. A estos efectos se precisa que el plazo empieza a computar con la suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, las liquidaciones negativas, la aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o en general, con otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido.

ABSTRACT: The motion of lapse of the limitation period of actions brought by customers for mistakes in the formation of a contract is usually filed by banks with different results. The main reason of that uncertainty has been the lack of a clear case law from the Spanish Supreme Court determining how to count the limitation period of four years established in article 1301 of the Spanish Civil Code.

There were contradictory scholars´ opinions and case law. On the one hand, some of them suggested that that limitation period should begin with the full performance of the contract, which takes place when all its effects are displayed. On the other hand, it was proposed that the limitation period should begin when the contract is entered into, or at least, with the performance of the main obligations of the contract. This debate seems to be overcome by the recent case law that is analyzed in this article, which states that the limitation period begins when the customer should have become aware of the existence of such mistake in the formation of the contract. In this regard, it is specified that the limitation period starts with the negative results, the absence of profits or interest accrual, the application of management measures on hybrid instruments by the FROB, or generally, with similar events that allow the customer to have a real understanding of the characteristics and risks of the complex investment or bank product.

PALABRAS CLAVE: Caducidad. Producto de inversión. Contrato bancario. Consumidores. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Diligencias preliminares.

KEY WORDS: Limitation period. Investment product. Banking contracts. Consumers. Spanish Supreme Court case law. Preliminary proceedings.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRINCIPAL JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA CADUCIDAD DE LAS ACCIONES DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN DE PRODUCTOS BANCARIOS O DE INVERSIÓN: 1. STS DE 12 DE ENERO DE 2015: *A) Antecedentes*. *B) Doctrina relevante sobre la caducidad*. 2. STS DE 7 DE JULIO DE 2015: *A) Cuestiones fácticas y procesales previas*. *B) Pronunciamientos de especial interés*. 3. STS DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2015: *A) Aspectos procesales y fácticos de importancia*. *B) Postulados de interés de la sentencia en materia de caducidad*.—III. PRONUNCIAMIENTOS POSTERIORES DE LOS TRIBUNALES.—IV. CONCLUSIONES. —V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

Como bien señala la doctrina[1], la caducidad es una figura jurídica que no aparece definida ni regulada en el Código Civil. Sin perjuicio de lo anterior, tanto doctrina[2] como jurisprudencia[3] entienden que la caducidad tiene como rasgos característicos que opera como modo de extinción del ejercicio de derechos para proteger la seguridad jurídica, es apreciable de oficio[4] y no es interrumpible.

En ese sentido, mientras pueda alegarse la excepción de caducidad, puede plantearse correlativamente la aplicación de la doctrina de los actos propios[5].

En las controversias sobre contratos bancarios o de inversión es frecuente que se ejerciten acciones sobre productos adquiridos muchos años antes. Esto motiva

el planteamiento de la excepción de la caducidad de la acción por las entidades financieras demandadas. Lo cual ha generado una jurisprudencia dispar sobre la aplicación de la citada institución, y más concretamente, sobre cómo debe procederse a computar el plazo de cuatro años establecido en el artículo 1301 del Código Civil[6]. Sin embargo, esta cuestión no había sido objeto de estudio por parte de la doctrina especializada[7].

A este respecto hay que comenzar señalando que aunque pueden encontrarse posicionamientos contradictorios del Tribunal Supremo[8], parece que puede sostenerse que el criterio acertado es el de la caducidad. Así lo ha sostenido el Tribunal Supremo en las SSTS de 27 de octubre de 2004, de 5 de abril de 2006 y de 6 de septiembre de 2006 y nuestra mejor doctrina, como DÍEZ-PICAZO Y PONCE[9] o LASARTE ÁLVAREZ[10].

Sin perjuicio de lo anterior, la cuestión estriba en determinar cuándo se inicia el cómputo del comentado plazo. Según el precepto 1301 del Código Civil[11], el plazo tiene que iniciarse desde la consumación del contrato. Lo que no está claro es cuándo se produce dicha consumación. En ese sentido, la mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales, siguiendo algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo, como la STS de 11 de junio de 2003, consideran que el plazo comienza a computarse cuando el contrato ha desplegado todos sus efectos[12]. Por lo tanto, este posicionamiento conllevaba que mientras que el producto bancario o de inversión estuviera en vigor, no se iniciaba el cómputo del plazo de caducidad. Lo cual podía menoscabar en exceso el principio general del Derecho de la seguridad jurídica que se pretende proteger precisamente con la caducidad. Esta postura se refleja claramente en la SAP de Asturias, Sec. 4.ª, de 7 de noviembre de 2011, que comenta:

> «*E incluso, aunque se calificara de caducidad, habría que tener en cuenta que el término inicial, el de la consumación del contrato según el citado artículo 1301, debe ponerse en relación con el hecho de que se está ante un contrato de tracto sucesivo, en el que las prestaciones continúan sucediéndose, de tal modo que no puede identificarse esa consumación con la fecha de celebración del contrato*».

Así, para la corriente jurisprudencial mayoritaria la consumación podría producirse (si acaso) en el supuesto de las participaciones preferentes cuando estas han dejado de existir como consecuencia de su canje[13]. Residualmente alguna sentencia aplicando este criterio ha entendido que la consumación tiene lugar en la fecha prevista para la amortización[14].

En ese sentido se había creado una corriente jurisprudencial minoritaria que pretendía paliar esas consecuencias negativas para la seguridad jurídica. Algunos exponentes de esta postura son las SSAP de Badajoz, Sec. 2.ª, de 26 de julio de 2011, de Vizcaya, Sec. 3.ª, de 30 de septiembre de 2011 o de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, de 10 de abril de 2012, en las que se declara que el plazo de caducidad empieza a computar en la fecha de celebración del contrato. Así, la SAP de Badajoz, Sec. 2.ª, de 26 de julio de 2011 ilustrativamente señala:

> «*Nos encontramos ante dos contratos de suscripción de participaciones. En el presente caso la consumación de los contratos coincide plenamente con la fecha de la suscripción. No puede ser de otra manera porque en otro caso nunca podría caducar la acción de nulidad de los mismos. Si los contratos no responden a las expectativas puestas por los adquirentes en la adquisición de las participaciones, y se entendiera que tal*

> *cosa se debe a un incumplimiento por parte de la vendedora del producto financiero, llegaríamos en tal caso al artículo 1124 del Código Civil. Si existe error o dolo es algo que debe detectarse con anterioridad. En esos 4 años que contempla el artículo 1301 del Código Civil existe ya tiempo suficiente como para apreciar si existen divergencias entre el resultado real y lo convenido, que es la esencia del error o del dolo. Fuera de este periodo de vigencia de la acción de nulidad, y más allá de esos 4 años, ya solo cabe hablar de incumplimiento contractual, no de cosa diferente*».

De manera similar, la SAP de Cádiz, Sec. 8.ª, de 3 de octubre de 2012 en una controversia sobre *swaps* comenta:

> «*Entendemos por tanto que se ha de estar a cada caso en concreto. Por ello dadas las particularidades del contrato concertado cabría plantearse la posibilidad de que estuviera caducada la acción de nulidad dado el tiempo en que se concertó el contrato, existiendo al efecto sentencias de las audiencias que entienden que el computo se inicia en la fecha de celebración del contrato, si efectivamente entendemos que el contrato se consuma en la fecha de celebración habría que declarar caducada la acción, debiéndose estimar el recurso sin entrar en el resto de consideraciones, este es el criterio de la sala pues desde luego que lo que no es de recibo es entender consumado el contrato cuando me perjudica y no cuando me beneficia*».

En esa misma línea se han producido algunos pronunciamientos en la jurisprudencia menor, como las SSAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 13 de febrero de 2012 y de 27 de marzo de 2012, que directamente rechazaban entrar a conocer del asunto cuando el contrato ya se había extinguido.

El anterior razonamiento resultaba especialmente aplicable cuando las consecuencias perjudiciales sobre las que recaía el alegado error, como el riesgo de liquidaciones o costes de cancelación negativos, ya se habían materializado previamente a la conclusión del contrato litigioso debido a una permuta financiera anterior. Lo cual suponía aplicar la doctrina contenida en las SSTS de 26 de diciembre de 1944, de 20 de noviembre de 1989 y de 29 de marzo de 1994, consistente en que no puede producirse un error sobre un aspecto ya conocido.

En consonancia con lo anterior, y a pesar de la ausencia de respaldo jurisprudencial en aquel momento, algún autor postuló que parecería lógico concluir que el plazo de caducidad debería realmente iniciarse cuando los elementos respecto a los que se padece el alegado error se materializan[15], con independencia de cuál es la fecha de perfección o de vencimiento del contrato. Lo cual en este tipo de litigios está usualmente relacionado con las liquidaciones negativas, la ausencia de beneficios o los costes de cancelación negativos que haya podido sufrir el cliente.

También resultaba controvertido cuándo la consumación de los contratos tiene lugar en el supuesto de swaps que han sido cancelados de mutuo acuerdo mediante las «*reestructuraciones*» u «*optimizaciones*»[16]. A este respecto podría pensarse que la solución es evidente, puesto que el contrato «*reestructurado*» no despliega ningún efecto tras la «*optimización*», ya que en la misma se cancela la permuta financiera original. Sin embargo, el posicionamiento mayoritario de las Audiencias Provinciales consistía en entender que la consumación se producía una vez que se extinguía el último contrato, ya que estimaban que eran negocios jurídicos de tracto sucesivo que no son independientes entre sí[17].

Sin perjuicio de lo anterior, una minoritaria corriente jurisprudencial sostenía lo contrario. En ese sentido pueden citarse algunas resoluciones judiciales como las SSAP de Asturias, Sec. 5.ª, de 28 de octubre de 2011 o de Guipúzcoa, Sec. 3.ª, de 25 de julio de 2012. En concreto la primera sentencia citada establece:

> «*Lleva razón la recurrente en cuanto a la caducidad de la acción de nulidad del negocio de permuta suscrito el 19 de diciembre de 2005, con la consecuente estimación parcial del recurso y revocación parcial también de la sentencia recurrida, porque efectivamente, según resulta del documento obrante al folio 222 y porque es lo más cabal, el contrato de 25.5.06, vino a sustituir al anterior, quedando este sin efecto, y de donde que a la fecha de la presentación de la demanda (20 de septiembre de 2010 según cajetín de la entrada) la acción de nulidad habría caducado conforme al artículo 1301 del Código Civil (cuyo plazo se entiende de caducidad ex STS de 6 de septiembre de 2006, 24 de abril de 2009, 23 de septiembre de 2010), de forma que solo procede la declaración respecto del negocio suscrito en el año 2006 y los efectos restitutorios deben limitarse a los derivados de este contrato*».

Por todo lo anterior, el objeto de este artículo es centrarse en el estudio de las últimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo que han abordado precisamente la cuestión de la aplicación de la caducidad en los litigios en los que se alega la concurrencia de un vicio en el consentimiento cuando se adquieren productos bancarios o de inversión. Como veremos[18], dicha jurisprudencia efectivamente establece un criterio relativamente claro respecto a la aplicación del plazo de caducidad desde el necesario conocimiento del cliente del error, pero deja sin resolver algunos aspectos, como el tratamiento de la caducidad en el caso de la contratación sucesiva del mismo producto mediante «*reestructuraciones*» u «*optimizaciones*».

II. PRINCIPAL JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA CADUCIDAD DE LAS ACCIONES DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN DE PRODUCTOS BANCARIOS O DE INVERSIÓN

1. STS de 12 de enero de 2015

Este pronunciamiento es particularmente interesante por el hecho de que fue dictado por el pleno y de que es seguramente la primera resolución en la que se aborda con detenimiento el problema objeto de estudio en este artículo por el Alto Tribunal.

A) Antecedentes

En este caso una persona natural extranjera suscribió un *unit linked* con un banco el 6 de julio de 2006. A estos efectos conviene recordar que comúnmente se define este producto como un seguro de vida en los que los fondos en que se materializan las provisiones técnicas se invierten en nombre y por cuenta del asegurador en participaciones de instituciones de inversión colectiva y otros activos financieros elegidos por el tomador del seguro, que es quien soporta el

riesgo de la inversión. El tomador, por tanto, invierte en un seguro de vida y designa los activos en que quiere invertir, mientras que la aseguradora sustenta la titularidad de estos activos y los asigna a la póliza[19].

La comentada ciudadana interpuso demanda el 13 de octubre de 2009, solicitando la nulidad radical del *unit linked* con el consiguiente abono de las cantidades invertidas, con base en la alegada concurrencia de un error en el consentimiento originado por la supuesta falta de información adecuada sobre la naturaleza y riesgo del producto contratado[20].

Conviene reseñar que con carácter previo a la presentación del escrito rector, la parte actora promovió el 28 de abril de 2009 unas diligencias preliminares con la finalidad de obtener la documentación relativa al contrato celebrado[21].

La entidad financiera centró su defensa en la contestación a la demanda en las excepciones de falta de legitimación pasiva, por no haber sido supuestamente parte del contrato litigioso, y de caducidad, por haber transcurrido el plazo de cuatro años establecido en el artículo 1301 del Código Civil, así como en los pretendidos hechos de que la demandante había sido correctamente informada, que no había planteado quejas sobre el producto durante años y de que la actora era dueña de un importante grupo empresarial[22].

En primera instancia se desestimó la demanda al declarar que la acción había caducado[23]. Dicho pronunciamiento fue confirmado por la Audiencia Provincial, que estimó la caducidad y sostuvo que esta no se había interrumpido por la presentación de las diligencias preliminares[24].

B) Doctrina relevante sobre la caducidad

Esta sentencia no rechaza expresamente que la institución aplicable a este caso sea la prescripción en vez de la caducidad. Si bien implícitamente puede inferirse con claridad de que entiende que es correcto tratarlo como caducidad y no como prescripción[25]. En caso contrario, habría tenido que corregir el uso de dicha institución por la Audiencia Provincial.

Esta resolución sí aborda la cuestión del efecto de las diligencias preliminares dentro del cómputo de caducidad. A este respecto, siguiendo lo previamente indicado en la STS de 5 de abril de 2005[26], estima que el plazo de ejercicio cesa con la presentación del escrito de solicitud de diligencias preliminares[27]. Por tanto, si se promovió el referido trámite procesal dentro del señalado plazo de cuatro años del artículo 1301 del Código Civil, entonces tiene que considerarse que la demanda posterior se ejercitó dentro de plazo, aunque la fecha de presentación del escrito rector sea posterior a la hipotética finalización de los cuatro años.

A su vez, en esta sentencia se fija el criterio que es confirmado por posterior jurisprudencia que también es estudiada en este trabajo[28], de que el plazo de caducidad se inicia con la consumación del contrato[29]. A estos efectos distingue la perfección del negocio jurídico de la consumación, que tendría lugar con el cumplimiento de todas las obligaciones contempladas en el contrato con carácter general[30].

No obstante, siendo consciente el Alto Tribunal del impacto negativo que podría tener el mantener dicho posicionamiento, que permite la prolongación potencialmente indefinida del plazo para el ejercicio de acciones de vicio en el consentimiento en el caso de los negocios jurídicos de tracto sucesivo, el Tribunal Supremo fija el comienzo del cómputo del plazo en el momento en la que se alcance la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contra-

to. Esta determinación se basa en que en el referido instante el legitimado para ejercitar la acción puede con una diligencia razonable percatarse del vicio en el consentimiento[31], no pudiendo privar de la acción a quien no la ejercitó por una causa no imputable a él como es el desconocimiento[32].

A estos efectos en la resolución estudiada, teniendo en consideración el criterio interpretativo de la realidad social del tiempo en que se aplica la norma establecido en el artículo 3.1 del Código Civil[33], así como lo dispuesto en el artículo 4:113 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos[34], sostiene que en las relaciones complejas, como son los contratos bancarios, financieros o de inversión, se entiende que la consumación del contrato a efectos determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por vicio en el consentimiento es «*el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordados por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error*»[35]. De esta manera el Alto Tribunal evita que el plazo de caducidad no empiece a correr antes de que el cliente tenga conocimiento del vicio en el consentimiento, (lo cual parece justo), intenta proteger la seguridad jurídica y prevenir el abuso de derecho que podría suponer poder ejercitar la acción indefinidamente, o en un desmesurado lapso de tiempo. Es una forma loable de superar algunas críticas doctrinales que se habían vertido sobre la interpretación flexible del plazo de caducidad que se había mantenido hasta ese momento, permitiendo un ejercicio casi indefinido en el tiempo[36].

De esta manera además se pretende dar certidumbre sobre el cómputo del plazo en casos particularmente litigiosos, como el de las obligaciones subordinadas o participaciones preferentes emitidas por las antiguas cajas de ahorros que fueron intervenidas por el FROB, de los swaps, los bonos islandeses y otros muchos productos de inversión que materializaron su riesgo tras la crisis. En todo caso, parece razonable interpretar los momentos mencionados por la sentencia estudiada del Tribunal Supremo como presunciones *iuris tantum* que admitirían prueba en contrario[37], ya que lo relevante es proteger la seguridad jurídica por un lado, y el que se tenga conocimiento del vicio en el consentimiento para no limitar injustamente el ejercicio de la acción por otro. Y es que pueden producirse casos en los que pueda probarse convenientemente, o que sea particularmente evidente que ya se tenía conocimiento de ello. Por ejemplo, parece equitativo fijar el comienzo del cómputo en el instante de la adquisición cuando se suscribió previamente el mismo producto y ya se habían dejado de recibir liquidaciones de beneficios, se habían comunicado pérdidas, etc.

En todo caso, lo que puede parecer aparentemente contradictorio con el criterio descrito respecto a la caducidad, es que tanto esta sentencia[38] como otras posteriores dictadas por el Alto Tribunal, rechacen rotundamente aplicar la doctrina de los actos propios aunque hayan acontecido los hechos a los que el propio Tribunal Supremo atribuye el conocimiento del vicio en el consentimiento. Ilustrativamente la STS de 17 de diciembre de 2015 dice[39]:

> «*En cuanto a los supuestos actos propios de la demandante, que implicarían la prestación tácita del consentimiento, tenemos ya afirmado en numerosas resoluciones que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio gené-*

> *ticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria*».

Así parece incoherente que no tenga efecto confirmatorio alguno el seguir ejecutando un contrato sin queja alguna, o suscribir incluso otros negocios jurídicos posteriores iguales o similares, cuando el producto bancario o de inversión ha manifestado su perjuicio al cliente, teniendo este conocimiento del vicio en el consentimiento sufrido según la doctrina expuesta. Con todo, el posicionamiento del Tribunal Supremo parece claro e inflexible respecto a la inaplicación de la doctrina de los actos propios en los pleitos sobre vicios en el consentimiento en la contratación de productos bancarios o de inversión[40].

2. STS de 7 de julio de 2015

Este pronunciamiento resulta de interés al confirmar el criterio analizado de la STS de 12 de enero de 2015, pero en este caso respecto al producto de inversión conocido como «bono Lehman». Nótese que se aplica el mismo criterio a pesar de tratarse de un producto distinto y de un perfil de cliente diferente (aunque en todo caso minorista).

A) Cuestiones fácticas y procesales previas

En esta sentencia el demandante es una congregación religiosa que contrató con un banco un bono senior emitido por Lehman Brothers Treasury Co, B.V. por importe de 343.000 euros. El descrito producto de inversión tenía una rentabilidad de un 7,25% durante los primeros cinco años, pasando posteriormente a tener un interés variable[41].

El producto se adquirió el 21 de septiembre de 2005. En la orden de compra el mismo aparecía referenciado como «Bono Senior Rating A1, A, A+, Vto 5/10/35, Cupón 7,25 5 años, luego flotante [4*(10-2)][42].

La actora solicitaba que se declarara que los bonos se habían contratado con la entidad financiera española (y no con Lehman Brothers para evitar el problema de falta de legitimación pasiva planteado por el banco[43]) y que tenía derecho a cobrar la cantidad invertida junto con la rentabilidad asignada al producto litigioso. Subsidiariamente se instaba la nulidad y la resolución con base en el incumplimiento del deber informativo y la concurrencia de un vicio en el consentimiento[44].

La referida resolución fue recurrida por el banco alegando, entre otros motivos, la caducidad de la acción de nulidad por error en consentimiento. En segunda instancia se apreció la caducidad al entender que el contrato controvertido se había consumado en el momento de adquisición del bono Lehman, que tuvo lugar el 21 de septiembre de 2005[45].

B) Pronunciamientos de especial interés

La sentencia analizada cita y reproduce la STS de 12 de enero de 2015, declarando expresamente que «*ratificamos y deviene en jurisprudencia*». Esta es precisamente la importancia de esta resolución, cuya doctrina, como se explica

más adelante[46], también resulta especialmente aplicable a las participaciones preferentes y deuda subordinada por sus semejanzas en la estructura contractual, compuesta por un contrato de depósito y administración de valores y una orden de compra de un producto de larga o indefinida duración, con obligaciones durante su ejecución para una parte[47].

En este caso concreto, el comienzo de la caducidad se asocia con la comunicación de la quiebra de la entidad emisora por el banco español comercializador, al indicar la comentada resolución[48]:

> *«(…) en este caso el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento no podía computarse, como entendió la Audiencia, desde que se perfeccionó el contrato de adquisición del bono senior, el 21 de septiembre de 2005, sino desde que la demandante conoció la circunstancia sobre la que versa el error vicio que invoca como motivo de anulación. En este caso, esta circunstancia es que el bono había sido emitido por Lehman Brothers, y que como consecuencia de su quiebra, había perdido su inversión, salvo en lo que pudiera obtenerse del procedimiento de quiebra. Esta circunstancia fue conocida por la demandante después de septiembre de 2008, en que ocurrió la quiebra de Lehman Brothers, cuando recibió la comunicación de Bankinter. Como desde ese momento, hasta el de presentación de la demanda (6 de marzo de 2012), no había transcurrido el plazo de cuatro años, la acción no estaba caducada, como entendió el tribunal de apelación».*

3. STS de 16 de septiembre de 2015

Este pronunciamiento aplica la expuesta doctrina del Alto Tribunal a otro producto bancario particularmente litigioso: las participaciones preferentes. En este caso se habían emitido por una entidad extranjera: Landsbanki Island.

Como puede apreciarse de la señalada resolución judicial y del estudio de la misma que se hace a continuación, el posicionamiento del Tribunal Supremo se aplica de igual manera que en las sentencias anteriores.

A) Aspectos procesales y fácticos de importancia

En este caso una persona natural española había contratado unas participaciones preferentes emitidas por una entidad financiera islandesa a un banco español el 4 de enero de 2007 por importe de 57.464,68 euros.

Presentó una demanda instando la nulidad radical de la orden de compra de los comentados valores por concurrencia de vicio en el consentimiento el 26 de diciembre de 2011 frente al banco español comercializador. Subsidiariamente se solicitaba una indemnización por los daños sufridos por el cumplimiento negligente del banco español comercializador de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información, la infracción de la buena fe contractual y de la normativa del mercado de valores[49].

La sentencia de primera instancia estimó la pretensión principal al declarar que el banco español no informó debidamente sobre las características y riesgos del producto, implicando tal vulneración la concurrencia de un error, que conlleva la nulidad radical y absoluta del negocio jurídico. Dicha ineficacia según

el comentado pronunciamiento no está sujeta a plazo alguno para ejercitar la correspondiente acción[50].

La resolución de primera instancia fue recurrida por la entidad financiera española en apelación, estimándose el recurso y correlativamente desestimándose la demanda presentada[51]. La Audiencia Provincial consideró que el vicio en el consentimiento no determinaba la nulidad radical del contrato, por lo que la acción de anulabilidad tenía que ejercitarse dentro del plazo de caducidad de cuatro años previsto en el artículo 1301 del Código Civil. En este sentido el órgano judicial de segunda instancia declara que el inicio del cómputo del plazo de la citada acción tenía lugar en la fecha de celebración del negocio jurídico[52].

La sentencia de segunda instancia fue recurrida por la parte actora tanto por infracción procesal como en casación por diversos motivos, siendo a estos efectos relevante la vulneración denunciada respecto a la aplicación de la doctrina del error en el consentimiento, y con ella, la naturaleza de la nulidad derivada del error y la determinación del comienzo del cómputo del plazo de caducidad al que está sometida la acción[53].

B) Postulados de interés de la sentencia en materia de caducidad

La resolución analizada, siguiendo jurisprudencia del Alto Tribunal anterior[54], empieza confirmando la correcta declaración de la sentencia de segunda instancia sobre la imposición de la consecuencia jurídica de la anulabilidad del negocio jurídico sujeta a plazo, en vez de nulidad radical[55]. En este sentido el Tribunal Supremo rotundamente afirma[56]:

> «*El consentimiento no es inexistente. Existe, pero está viciado por el error. El contrato es susceptible de confirmación, expresa o tácita, y asimismo, si la acción de anulación no es ejercitada en plazo, el contrato deviene inatacable por razón del vicio en el consentimiento*».

El Alto Tribunal ratifica que el ejercicio de la mentada acción está limitado al plazo de cuatro años contemplado en el artículo 1301 del Código Civil y que resulta de aplicación la doctrina previamente comentada de la STS de 12 de enero de 2015[57], que es reproducida parcialmente en la sentencia estudiada[58].

Posteriormente, resolviendo el caso concreto, la STS de 16 de septiembre de 2015 indica[59]:

> «*Aplicando la doctrina contenida en esta sentencia y teniendo en cuenta que la demandante no tuvo conocimiento de los elementos determinantes del error al menos hasta que, en octubre de 2008, se produjo la intervención del banco islandés cuyas participaciones preferentes había adquirido, la acción no había caducado cuando se ejercitó en diciembre de 2011*».

Por lo tanto, el interés en la resolución estudiada radica en la confirmación de la aplicación de la doctrina expuesta de la caducidad sobre los productos bancarios o de inversión a las participaciones preferentes, determinando el momento del inicio del cómputo en la intervención de la entidad emisora, que es cuando según el Tribunal Supremo, necesariamente se debió de tener conocimiento del error por parte del cliente.

Nótese que la doctrina de esta sentencia, así como la de las anteriores, puede suscitar dos reflexiones.

En primer lugar, se habla claramente de caducidad y no de prescripción, lo cual puede suponer la superación del tradicional debate doctrinal[60] y jurisprudencial[61] sobre qué institución aplicar al error en el consentimiento[62]. Este criterio no deja de ser consistente con el posicionamiento aparentemente mayoritario a favor de la caducidad dentro de la doctrina[63] y jurisprudencia[64] reciente.

En todo caso, hay que tener en cuenta y precisar que el error obstativo, entendido como la falta de coincidencia entre voluntad y declaración en el negocio jurídico[65], no está sujeto a plazo alguno de caducidad o prescripción, puesto que se trata de un supuesto de nulidad absoluta por inexistencia de consentimiento[66].

En segundo lugar, si se considera que se trata de un contrato de compraventa de un producto de inversión, desligando el negocio jurídico de adquisición en sí (orden de compra), que es el objeto frecuente de la pretensión de anulación, siguiendo la jurisprudencia tradicional sobre la consumación de la compraventa[67], podría sostenerse que la consumación del mismo debería tener lugar con la entrega del título (que suele ser muy próxima en el tiempo a la fecha de la orden de compra, pudiéndose entender que la misma se produce con la carga del importe de la inversión al cliente y con el correspondiente registro de dicho inversor como su titular). Y entonces conforme a la reiterada y tan citada jurisprudencia sobre el inicio del cómputo en el momento de la consumación del contrato[68], el plazo debería comenzar en ese instante y no con el conocimiento del error posterior[69].

III. PRONUNCIAMIENTOS POSTERIORES DE LOS TRIBUNALES

La doctrina del Tribunal Supremo estudiada en este artículo está siendo consolidada por el propio Alto Tribunal. Así recientemente en un caso relacionado con la posible caducidad de una acción de vicio en el consentimiento de un contrato de arrendamiento, la STS de 24 de mayo de 2016, reproducía y aplicaba el mencionado posicionamiento de la siguiente manera[70]:

> *«Por otro lado, hay sentencias aún más recientes que implícitamente no identifican la consumación del contrato con su agotamiento o extinción porque, poniendo el artículo 1301 del Código Civil en relación con su artículo 1969, como también hacía la citada sentencia 569/2003, consideran determinante que se haya podido tener conocimiento del error o el dolo. Así lo hace la ya citada sentencia de Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, pero no sin puntualizar que la doctrina que sienta se refiere a los contratos bancarios o de inversión que presenten una cierta complejidad y en virtud de una interpretación del artículo 1301 del Código Civil ajustada a la presente realidad social, pues "[e]n la fecha en que el artículo 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba a los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual".*
>
> *7.ª) Pues bien, siguiendo la línea marcada por esta doctrina jurisprudencial más reciente, reiterada por ejemplo en las sentencias 376/2015, de 7 de julio, 489/2015, de 16 de septiembre, y 19/2016, de 3 de febrero, procede declarar que en los contratos de tracto sucesivo que no presenten especial*

> *complejidad, como es el caso del arrendamiento litigioso, un arrendamiento de cosa, la consumación se produce, a los efectos del cómputo inicial del plazo de cuatro años establecido en el artículo 1301 del Código Civil, cuando quien luego alegue el dolo o el error hubiera recibido de la otra parte su prestación esencial; en el caso del arrendatario, la cesión de la cosa por el arrendador en condiciones de uso o goce pacífico (arts. 1544, 1546 y 1554 del Código Civil), pues desde este momento nace su obligación de devolver la finca, al concluir el arriendo, tal como la recibió (art. 1561 del Código Civil) y es responsable del deterioro o pérdida que tuviera la cosa arrendada (art. 1563 del Código Civil), del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato (art. 1554-3.º del Código Civil).*
>
> *8.ª) De aplicar todo lo antedicho al motivo examinado se desprende que la sentencia recurrida no infringe el artículo 1301 del Código Civil, pues al margen de que algunas de sus consideraciones sobre el momento de la perfección del contrato, con cita de los artículos 1254, 1258 y 1257 del Código Civil, puedan hacer pensar que identifica consumación con perfección, lo cierto es que al añadir que, "todo lo más", el plazo habría transcurrido "a los cuatro años del comienzo de la vigencia pactada", es decir cuatro años desde el 1 de octubre de 2004, resuelve con acierto al identificar la consumación con el comienzo de la vigencia, entendido como comienzo de la ejecución del contrato, que desde el punto de vista del arrendatario supuestamente víctima del dolo o del error no exigía el pago por él de las correspondientes mensualidades de renta, para el que inicialmente tenía un periodo de carencia de seis meses posteriormente ampliado hasta el 30 de abril de 2005. En consecuencia, producida la consumación del contrato el 1 de octubre de 2004 y presentada la demanda el 1 de julio de 2009, en esta última fecha ya habían transcurrido los cuatro años de duración de la acción»*

Obsérvese como en este caso, a pesar de que la ejecución del contrato continuaba en el tiempo, se fija el comienzo del cómputo del plazo de caducidad con su vigencia e inicio de ejecución de la prestación esencial porque no se trata de un negocio jurídico complejo de inversión y, aparentemente, porque el actor no podía incurrir en un error excusable por la dicción del clausulado[71]. Esta matización parece que podría aplicarse a algunos supuestos de contratos bancarios o de inversión complejos, donde la redacción de las estipulaciones es tan clara que podría asociarse el necesario conocimiento del error con la suscripción del negocio jurídico[72].

Como no podía ser de otra forma, puesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene la consideración de fuente del Derecho según el artículo 1.6 del Código Civil[73], la jurisprudencia menor ha seguido la doctrina del Alto Tribunal estudiada en este trabajo. A modo de ejemplo, se reproducirán algunos pronunciamientos ilustrativos de las Audiencias Provinciales. Así, la SAP de Madrid, Sec. 21.ª, de 26 de enero de 2016 en un caso de participaciones preferentes declara que[74]:

> *«En cualquier caso, para la resolución de la presente controversia no es determinante la naturaleza jurídica del plazo, si es de caducidad o de prescripción. Pues basta con acudir a la precisión de la fecha inicial del*

> *cómputo del plazo. Y, en este sentido, se fija en el artículo 1.300 del Código Civil en «la consumación del contrato». El computo de este plazo no se inicia desde la celebración del contrato, es decir desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio (art. 1.254 del Código Civil), sino desde su consumación, es decir el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato. Aunque, esto último, ha sido matizado por la doctrina y la jurisprudencia respecto de los contratos de tracto sucesivo en aras de una seguridad jurídica que aconseja que, la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad, no se prolongue indefinidamente. En cuanto a los negocios jurídicos que celebra el Banco con uno de sus clientes, financiero o de inversión, la fecha de consumación, como determinante del inicio del cómputo del plazo de los cuatro años, nos la proporciona el párrafo último del apartado 5 del fundamento de derecho quinto de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 769/2014 de 12 de enero de 2015 —núm. de recurso 2290/2012— al pronunciarse en los siguientes términos «en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error». Lo que se reitera en el fundamento de derecho 7 de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 376/2015, de 7 de julio de 2015 —núm. de recurso 1603/2013—. Aplicando los reseñados criterios jurídicos, en el presente caso la fecha inicial del cómputo del plazo de los 4 años no puede ser cuando los clientes dieron a Caja Madrid las órdenes de compra los días 22 y 26 de mayo de 2009, ni cuando adquirió Caja Madrid, para sus clientes, las participaciones preferentes del 2009, el día 7 de julio de 2009 (en todos estos casos el plazo ya habría transcurrido al presentarse la demanda el día 24 de julio de 2013), sino el día 10 de abril de 2012, en el que los clientes titulares de las participaciones preferentes dejaron de cobrar los cupones que devengaban las participaciones preferentes, por lo que, al presentarse la demanda el día 24 de julio de 2013, aun no había transcurrido el plazo de los 4 años».*

En línea similar en un litigio sobre una permuta financiera ligada a la inflación, la SAP de Córdoba, Sec. 1.ª, de 16 de febrero de 2016 señala[75]:

> *«(…) pero es la realidad actual de los contratos lo que permite conciliar seguridad jurídica con los intereses del perjudicado por el error, entendiendo que se sigue manteniendo el criterio de la actio nata, lo que interpreta en el sentido de que «el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la exis-*

> *tencia de dicho error o dolo», y precisa los actos concretos del contrato de autos, añadiendo, u «otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error» esto es y para cuanto pudiera ser aplicable a este caso, cuando al comenzar a recibir liquidaciones negativas pregunta en el banco y se lo explican, y ello en las propias palabras de la indicada sentencia de 12 de enero de 2015, porque se ha de buscar «un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento», pues desechar la interpretación de tomar como referencia la fecha de la contratación se debe a que dice que «no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento». Esta doctrina aparece reiterada por la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2015, recurso 1603/2013, que concluye para el caso allí enjuiciado, que el plazo de caución no comienza a computarse «sino desde que la demandante conoció la circunstancia sobre la que versa el error vicio que invoca como motivo de anulación». Esto no puede afirmarse para las fechas que invoca la parte, puesto que el mero cargo de liquidación negativa no deshace ese error, sino que se hace preciso esa toma de conocimiento a la que antes se hacía mención, y ello en tanto base de su excepción, tendría que haber sido acreditado por la parte demandada, ahora recurrente, con lo que se habría de considerar que ese conocimiento no se tuvo en las fechas indicadas, con lo que la acción estaría viva cuando se presentó la demanda, quedando excluida la caducidad invocada, aun en los términos en que lo ha sido en esta alzada». Pues bien, en el presente caso esa objeción a la aplicación de la fechas de la primera liquidación no puede reproducirse aquí, en cuanto que como se ha recogido con anterioridad, en la demanda se recoge claramente que a partir de la primera liquidación pasó a ser consciente del riesgo y fue a solicitar lo que se postuló en la demanda. Con estos presupuestos y constatado que la primera liquidación tuvo fecha 25 de febrero de 2009, es claro que a la presentación de la demanda, 16 de junio de 2014, había transcurrido con exceso ese plazo de que disponía el cliente para interesar la anulación del contrato conforme al artículo 1301 del Código Civil. Si no lo ha hecho en el mismo, el ejercicio posterior de esa acción no puede ser atendido al haber caducado».*

En ese mismo sentido, la SAP de Valladolid, Sec. 3.ª, de 31 de marzo de 2016 en una controversia sobre *swaps* de tipos de interés comenta tras citar varias de las sentencias analizadas en este estudio[76]:

> *«El análisis de la prueba documental acompañada a las actuaciones evidencia que el contrato fue suscrito el 15 de julio de 2008. Se produjo una primera liquidación negativa para el cliente ya el 6 de noviembre de 2008 por importe de 142,60 euros, reiterándose trimestre a trimestre las liquidaciones negativas de ahí en adelante y por un importe cada vez mayor. Así el 6 de febrero de 2009 se produce una de -266,80 euros, el 6 de mayo de 2009 otra de -1.436,02 euros, el 6 de agosto de 2009 una cuarta*

por importe de -1.805,96 euros, el 6 de noviembre de 2009 una quinta por importe de -2.022,16 euros, el 8 de febrero de 2010 una sexta por importe de -2.143,67 euros, el 6 de mayo de 2010 una séptima por importe de -2.007,53 euros, el 6 de agosto de 2010 una octava por importe de -2.121,52 euros, el 8 de noviembre de 2010 una novena por importe de -2.058,60 euros y el 7 de febrero de 2011 una décima por importe de 1.924,65 euros.

En definitiva, antes del 15 de abril 2011 el contrato llevaba tiempo ya desplegando sus efectos y produciendo liquidaciones periódicas negativas durante dos años y tres meses para el cliente, y no una o dos, sino nada menos que diez por un importe total de 15.929,51 euros. Obviamente tales liquidaciones no pudieron pasar desapercibidas al actor dada su reiteración y el esfuerzo económico que comportaban, sin que tuvieran una explicación lógica para el caso de que el producto fuera una especie de seguro o instrumento de cobertura frente a la posible subida de los tipos de interés en relación con el préstamo suscrito con el Banco, de suerte que con una mínima diligencia perfectamente pudo tomar conocimiento del error en que había incurrido al contratar el producto. No encuentra por tanto explicación razonable la demora en plantear la demanda nada menos que hasta el 15 de abril de 2015».

Por su parte, la SAP de Asturias, Sec. 5.ª, de 11 de abril de 2016 en otro litigio de permutas financieras de tipos de interés en el que se había suscrito un convenio transaccional extrajudicial indica[77]:

«*Alega la entidad bancaria que la acción ejercitada está caducada, pues los representantes de la sociedad actora tuvieron conocimiento desde la firma de la primera de las operaciones de derivados del tipo de operación que estaban contratando, lo que queda debidamente acreditado porque los eventuales efectos negativos de dichos productos se pusieron de manifiesto al menos desde el 16 de marzo de 2009, en el que hubo una primera liquidación negativa por cuantía de 1.037,65 euros, resultado adverso que se repite en las siguientes liquidaciones y que precisamente motivó el acuerdo transaccional de 20 de diciembre 2010; en consecuencia, dado que de conformidad con el artículo 1301 del Código Civil el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad dura cuatro años y partiendo de que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa el plazo empieza a contar desde el momento en que el cliente haya podido tener conocimiento del motivo de la nulidad, en el presente caso tal día inicial sería el 16 de marzo de 2009, por lo que al presentarse la demanda el 25 de septiembre de 2015 la acción estaba caducada, citando al respecto la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de enero de 2015, resolución que parcialmente se transcribe, así como la de 16 de septiembre de 2015 del Alto Tribunal*».

Finalmente, la SAP de Vizcaya, Sec. 5.ª, de 29 de abril de 2016, no se hace eco de las sentencias del Alto Tribunal Supremo estudiadas en este trabajo, y en un caso de una permuta financiera ligada a la inflación independiente de otras anteriores, dice[78]:

«*Mención especial debe hacerse del contrato de 2 de julio de 2008,* Swap *ligado a inflación, en la medida en que no obedece a una reestruc-*

> *turación de otro anterior tratándose de contrato diferente a una permuta de tipos de interés pese a que también fuera ofertado al cliente, tal y como resulta de la declaración del testigo Sr. Victorino, como medio en alguna medida paliativa del perjuicio económico que venía padeciendo aun sin mayores resultados. En este caso al efecto de exclusión de la caducidad de la acción baste señalar que siendo igualmente un contrato de tracto sucesivo no ha transcurrido el plazo de cuatro años desde las últimas liquidaciones practicadas, documento núm. 16 de la contestación a la demanda, folio 602 de las actuaciones, hasta la fecha de la demanda reconvencional».*

Por lo tanto, de la jurisprudencia menor y del Tribunal Supremo posterior a los pronunciamientos comentados en este artículo, puede constatarse como la doctrina explicada es seguida mayoritariamente, entendiendo que el plazo de cuatro años contemplado en el precepto 1301 del Código Civil es de caducidad y que su cómputo debe empezar con el conocimiento de quien ejercita la acción. Si bien, parece que se aprecia una cierta matización respecto al conocimiento derivado de las liquidaciones negativas, precisándose que el mismo no se produce automáticamente, si no con liquidaciones negativas elevadas, reiteradas o que hayan provocado la reacción de quien alegadamente ha sufrido el error. Aunque la última matización puede resultar algo controvertida, por cuanto puede perjudicar a quien actúa diligentemente y reacciona, y puede beneficiar a quien negligentemente continúa (al menos supuestamente) en el error.

IV. CONCLUSIONES

De la doctrina, jurisprudencia menor y fundamentalmente de las sentencias comentadas del Alto Tribunal pueden inferirse las siguientes conclusiones sobre la aplicación de la caducidad en los pleitos sobre productos bancarios, financieros o de inversión:

I. El error vicio en el consentimiento provoca la anulabilidad del negocio jurídico, que está sujeta a un plazo de cuatro años de caducidad. Como consecuencia de lo anterior, la caducidad puede ser apreciada de oficio y no es susceptible de interrupción.

II. La necesaria protección del principio general del Derecho de la seguridad jurídica y de los intereses de los clientes que han adquirido productos bancarios, financieros o de inversión complejos motiva que el inicio del cómputo del plazo de caducidad empiece con la definitiva configuración de la situación jurídica, que tiene lugar cuando el actor ha podido tener conocimiento de su alegado error.

III. A estos efectos, según las resoluciones judiciales estudiadas en este trabajo, el cómputo comienza con la suspensión de las liquidaciones de beneficios o devengo de intereses, la comunicación de la intervención de la entidad emisora del producto por el banco comercializador, con las liquidaciones negativas, con la aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordados por el FROB, o, en general, con cualquier otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido. Dentro de tales circunstancias puede estar la suscripción de un convenio transaccional. En todo caso parece prudente interpretar tales hechos como presunciones *iuris tantum* del conocimiento del pretendido error.

IV. Las diligencias preliminares cesan el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción por vicio en el consentimiento.

V. La jurisprudencia menor ha matizado que la primera liquidación negativa no conlleva necesariamente el conocimiento del error, exigiendo para ello unos importes elevados, reiteración o reacción por parte del demandante que evidencie su supuesto conocimiento.

VI. La doctrina del Tribunal Supremo analizada no resuelve el tratamiento de la caducidad en el caso de la contratación sucesiva del mismo producto mediante «*reestructuraciones*» u «*optimizaciones*». Lo cual es particularmente frecuente en los pleitos de permutas financieras.

VII. Si se desligara el tratamiento jurídico del producto financiero de su negocio jurídico de adquisición, atendiéndose a la petición de anulabilidad concreta formulada, las consecuencias jurídicas postuladas podrían ser diferentes en algunos casos.

V. BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*, 6.ª ed., Civitas, Madrid.

GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, Eolas.

GARCÍA-PITA LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

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, Año XXXII.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Contratos. Principios de Derecho Civil*, T. III, 13.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

MARÍN NARROS, H. D. (2015). Estudio sobre las cuestiones controvertidas recurrentes en los pleitos de participaciones preferentes conforme a las SSTS de 18 de abril de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, así como la jurisprudencia menor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 748.

— (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737.

RUBIO TORRANO, E. (1995). «La caducidad en el derecho civil español», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, V. III.

VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 5 de mayo de 1983
- STS de 11 de julio de 1984
- STS de 20 de noviembre de 1984
- STS de 27 de marzo de 1987
- STS de 23 de octubre de 1989
- STS de 29 de marzo de 1994
- STS de 27 de febrero de 1997
- STS de 22 de diciembre de 1999

- STS de 1 de febrero de 2002
- STS de 11 de junio de 2003
- STS de 27 de octubre de 2004
- STS de 5 de abril de 2005
- STS de 3 de marzo de 2006
- STS de 5 de abril de 2006
- STS de 6 de septiembre de 2006
- STS de 23 de septiembre de 2010
- STS de 11 de junio de 2013
- STS de 4 de octubre de 2013
- STS de 5 de noviembre de 2013
- STS de 21 de febrero de 2014
- STS de 12 de enero de 2015
- STS de 5 de marzo de 2015
- STS de 7 de julio de 2015
- STS de 16 de septiembre de 2015
- STS de 17 de diciembre de 2015
- STS de 1 de febrero de 2016
- STS de 2 de febrero de 2016
- STS de 3 de febrero de 2016
- STS de 16 de marzo de 2016
- STS de 24 de mayo de 2016
- STS de 3 de junio de 2016

Resoluciones de Audiencias Provinciales

- SAP de Asturias, Sec. 5.ª, de 23 de julio de 2010
- SAP de Madrid, Sec. 19.ª, de 6 de abril de 2011
- SAP de Álava, Sec. 1.ª, de 11 de mayo de 2011
- SAP de Badajoz, Sec. 2.ª, de 26 de julio de 2011
- SAP de Vizcaya, Sec. 3.ª, de 30 de septiembre de 2011
- SAP de Asturias, Sec. 5.ª, de 28 de octubre de 2011
- SAP de Asturias, Sec. 4.ª, de 7 de noviembre de 2011
- SAP de Zaragoza, Sec. 5.ª, de 3 de febrero de 2012
- SAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 13 de febrero de 2012
- SAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 27 de marzo de 2012
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, de 10 de abril de 2012
- SAP de Álava, Sec. 1.ª, de 11 de mayo de 2012
- SAP de Guipúzcoa, Sec. 3.ª, de 25 de julio de 2012
- SAP de Cádiz, Sec. 8.ª, de 3 de octubre de 2012
- SAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 3 de abril de 2013
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 4 de abril de 2013
- SAP de Salamanca, Sec. 1.ª, de 19 de junio de 2013
- SAP de las Islas Baleares, Sec. 3.ª, de 27 de octubre de 2013
- SAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 2 de diciembre de 2013
- SAP de Córdoba, Sec. 1.ª, de 27 de marzo de 2014
- SAP de Navarra, Sec. 3.ª, de 24 de noviembre de 2014
- SAP de Madrid, Sec. 21.ª, de 26 de enero de 2016
- SAP de Córdoba, Sec. 1.ª, de 16 de febrero de 2016
- SAP de Valladolid, Sec. 3.ª, de 31 de marzo de 2016

- SAP de Asturias, Sec. 5.ª, de 11 de abril de 2016
- SAP de Vizcaya, Sec. 5.ª, de 29 de abril de 2016

NOTAS

[1] Cfr. RUBIO TORRANO, E. (1995). La caducidad en el derecho civil español, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, V. III.

[2] Cfr. RUBIO TORRANO, E. (1995), *op. cit*.

[3] Cfr. SSTS de 27 de abril de 1940 y de 30 de abril de 1940, entre otras muchas.

[4] Aunque alguna sentencia, en los supuestos de vicio en el consentimiento donde procede la anulabilidad, ha sostenido que únicamente puede declararse esta previa solicitud de quien esté legalmente legitimado en virtud del artículo 1302 del Código Civil. Cfr. STS de 3 de junio de 2016.

[5] Cfr. SSTS de 1 de febrero de 2016, de 3 de febrero de 2016 y de 16 de marzo de 2016.

[6] Cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737.

[7] *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 marzo 2011, Año XXXII, GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, Eolas, GARCÍA-PITA LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 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.

[8] Cfr. SSTS de 27 de marzo de 1987, de 27 de marzo de 1989, de 27 de febrero de 1997 y de 1 de febrero de 2002.

[9] Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*, 6.ª ed., Civitas, Madrid pp. 597 y sigs.

[10] Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Contratos. Principios de Derecho Civil*, T. III, 13.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, p. 141.

[11] Que establece: «*La acción de nulidad solo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:*

En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que estas hubiesen cesado.

En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela.

Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato».

[12] Cfr. SSAP de Asturias, Sec. 5.ª, de 23 de julio de 2010, de Asturias, Sec. 4.ª, de 7 de noviembre de 2011 y de Álava, Sec. 1.ª, de 11 de mayo de 2012, respecto a *swaps*.

[13] Cfr. SSAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 3 de abril de 2013 y de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 4 de abril de 2013. *Vid.,* Conclusiones de los magistrados y magistradas de las Audiencias Provinciales gallegas sobre participaciones preferentes y obligaciones subordinadas alcanzadas el 4 de diciembre de 2013.

[14] Cfr. SAP de Salamanca, Sec. 1.ª, de 19 de junio de 2013.

[15] Cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2013), *op. cit*.

[16] Que implicaban la cancelación de un swap anterior y la suscripción de uno nuevo con diferentes condiciones.

[17] Cfr. SSAP Asturias, Sec. 5.ª, de 23 de julio de 2010, de Asturias, Sec. 4.ª, de 7 de noviembre de 2011, de Álava, Sec. 1.ª, de 11 de mayo de 2011.

[18] *Vid., infra* apartado II.

[19] *Vid.,* https://www.fundacionmapfre.org/wdiccionario/terminos/vertermino.shtml?u/unit-linked-.htm o https://es.wikipedia.org/wiki/Unit_link, consultadas el 29 de junio de 2016, a las 13:30.

[20] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, apartado 1 de la resolución analizada.

[21] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, apartado 1 de la sentencia estudiada.

[22] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, apartado 1 del pronunciamiento comentado.

[23] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, apartado 3.

[24] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, apartados 4 a 6 de la sentencia analizada.

[25] Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, apartados 1 y sigs.

[26] Esta resolución expresamente declara: «*el tema de la posible "caducidad" de la acción de impugnación, referido, es tratado acertadamente por las dos sentencias de la instancia, y hay que estar a lo decidido de conformidad con las mismas, dado que la cesación del "iter" de esa caducidad obró con la presentación de las Diligencias Preliminares del juicio, planteadas por la parte actora previamente a la de la demanda de la esposa, pues, limitadas a la exhibición y aportación de documentos que se referían al ejercicio de tal acción, lo actuado se unió, formando parte de la demanda, conforme al artículo 502.2.º LEC, y dicha reclamación se hizo antes del transcurso del término anual de caducidad dicho, ya que no hay que separar el procedimiento referido del proceso propio, al formar parte de él*».

[27] En concreto la citada sentencia dice: «*(…) ha de considerarse que el transcurso del plazo de ejercicio de la acción cesó cuando se promovieron las diligencias preliminares, y que la acción fue ejercitada dentro de plazo, puesto que las diligencias preliminares son actuaciones preparatorias del ejercicio de la acción que, una vez presentada la demanda a continuación de aquellas, quedan integradas en el ejercicio de dicha acción a los efectos de decidir si esta ha sido ejercitada en plazo*». Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, apartado 2 de la resolución comentada.

[28] En concreto las SSTS de 7 de julio de 2015 y de 16 de septiembre de 2015. *Vid., infra* apartado II., 2 y 3.

[29] Tal y como prescribe expresamente el artículo 1301 del Código Civil. Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, apartado 3.

[30] A este respecto la sentencia cita y reproduce pronunciamientos anteriores como las SSTS de 24 de junio de 1897, de 20 de febrero de 1928, de 11 de julio de 1984 y de 11 de junio de 2003.

[31] Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, apartado 4.

[32] Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, apartado 5.

[33] Que dispone: «*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*».

[34] Que establece: «*(1) La anulación debe comunicarse en un plazo razonable, conforme a las circunstancias, a partir del momento en que la parte que anula el contrato haya tenido noticia de los hechos relevantes o hubiera debido tenerla, o desde el momento en que haya sido libre para actuar. (2) Sin embargo, una parte puede anular una cláusula particular conforme al artículo 4:110, si lo comunica en un plazo razonable desde que la otra parte hubiera alegado dicha cláusula*».

[35] Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, apartado 5 de la sentencia estudiada.

[36] Cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2013) y (2015), *op. cit.*

[37] En ese sentido parece manifestarse la SAP de Valladolid, Sec. 3.ª, de 31 de marzo de 2016.

[38] Cfr. Fundamento de Derecho Octavo, descartando la aplicación de la referida doctrina a pesar de la petición de rescate de la póliza, la reintegración parcial de la cantidad invertida varios meses después de haber interpuesto la demanda y el no haber presentado quejas sobre la insuficiencia de la información recibida.

[39] Cfr. Fundamento de Derecho II. En sentido similar *vid.,* STS de 1 de febrero de 2016.

[40] *Vid.,* SSTS de 17 de diciembre de 2015, de 1 de febrero de 2016 y de 3 de febrero de 2016.

[41] Cfr. Fundamento de Derecho, apartado 1.

[42] Cfr. Fundamento de Derecho, apartado 1.

[43] Esta cuestión no se resuelve en esta sentencia, pero sí en otras como la STS de 12 de enero de 2015 y las SSAP de las Islas Baleares, Sec. 3.ª, de 27 de octubre de 2013, de Valencia, Sec. 9.ª, de 2 de diciembre de 2013 y de Córdoba, Sec. 1.ª, de 27 de marzo de

2014, que entienden que no hay falta de legitimación pasiva. Algún pronunciamiento se ha dictado en sentido contrario como la SAP de Navarra, Sec. 3.ª, de 24 de noviembre de 2014. Lo cual es particularmente relevante por la frecuencia con la que se alega, en los litigios iniciados sobre la contratación de participaciones preferentes o deuda subordinada no emitida por la entidad comercializadora que es demandada. *Vid.,* MARÍN NARROS, H. D. (2015). Estudio sobre las cuestiones controvertidas recurrentes en los pleitos de participaciones preferentes conforme a las SSTS de 18 de abril de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, así como la jurisprudencia menor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748.

[44] Cfr. Fundamento de Derecho 2.

[45] Cfr. Fundamento de Derecho 4.

[46] *Vid., infra* apartado II.3.

[47] *Vid.,* Fundamento de Derecho 6 y MARÍN NARROS, H. D. (2015), *op. cit.*

[48] Cfr. Fundamento de Derecho 8.

[49] Cfr. Antecedentes de Hecho Primero y Segundo de la sentencia estudiada.

[50] Cfr. Antecedente de Hecho Cuarto y Fundamento de Derecho Primero, apartado 2.

[51] Cfr. Antecedente de Hecho Quinto.

[52] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, apartado 3.

[53] *Vid.,* Antecedente de Hecho Sexto.

[54] En concreto SSTS de 4 de octubre de 2014 y de 5 de marzo de 2015. Este posicionamiento ha sido confirmado posteriormente, como por ejemplo en la STS de 3 de junio de 2016 que declara: «*(…) hemos de declarar que el régimen legal de la nulidad por error vicio impide que pueda ser apreciado de oficio por el juez. Esta ineficacia, que se conceptúa por la doctrina con el término de anulabilidad, para que pueda ser declarada debe haber sido solicitada por quien esté legitimado legalmente (art. 1302 del Código Civil), dentro del plazo de caducidad de cuatro años (art. 1301 del Código Civil). Y, además, el negocio afectado por este vicio puede ser confirmado, en los términos previstos en los artículos 1309 y sigs. del Código Civil*» (Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, apartado 3).

[55] Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 1.

[56] Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto apartado 1 de la sentencia analizada.

[57] *Vid., ut supra* apartado III.1b) de este artículo.

[58] Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 2.

[59] Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 3.

[60] *Vid.,* RUBIO TORRANO, E. (1995), *op. cit.*, MARÍN NARROS, H. D. (2013), *op. cit.*

[61] *Vid.,* SAP de Madrid, Sec. 21.ª, de 26 de enero de 2016, en la que se citan sentencias a favor de la prescripción como las SSTS de 27 de marzo de 1987 y de 23 de octubre de 1989, y otras que postulan la caducidad como las SSTS de 3 de marzo de 2006, de 23 de septiembre de 2010, de 5 de noviembre de 2013 y de 21 de febrero de 2014. Para resoluciones del Tribunal Supremo más recientes a favor de la prescripción *vid.,* SSTS de 27 de febrero de 1997 y de 1 de febrero de 2002.

[62] *Vid., ut supra* apartado I.

[63] Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L. (2007), *op. cit.*, pp. 597 y sigs., LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010), *op. cit.*, p. 141.

[64] Además de las sentencias analizadas en este artículo *vid.,* SSTS de 27 de octubre de 2004, de 3 de marzo de 2006, de 5 de abril de 2006, de 6 de septiembre de 2006, de 23 de septiembre de 2010, de 5 de noviembre de 2013, de 21 de febrero de 2014 y de 3 de junio de 2016.

[65] Cfr. SSTS de 22 de diciembre de 1999 y de 2 de febrero de 2016.

[66] Cfr. STS de 2 de febrero de 2016.

[67] Respecto a la consumación de los contratos de compraventa cfr. SSTS de 6 de febrero de 1990, de 25 de mayo de 2007 y de 14 de mayo de 2009.

[68] *Vid.,* SSTS de 5 de mayo de 1983, de 27 de marzo de 1989 y de 24 de mayo de 2016, entre otras.

[69] Para más información sobre este posicionamiento *vid.,* MARÍN NARROS, H. D. (2015), *op. cit*.

[70] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

[71] Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 2.º de la sentencia reproducida.

[72] En este sentido se han dictado varias resoluciones han entendido que la literalidad de la documentación desacredita la concurrencia del error. Cfr. SSAP de Madrid, Sec. 19.ª, de 6 de abril de 2011 y de Zaragoza, Sec. 5.ª, de 3 de febrero de 2012.

[73] Que dispone: «*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*».

[74] Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo.

[75] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.

[76] Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.

[77] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

[78] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

1.6. Responsabilidad

Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental*

Non-pecuniary loss caused by paternity fraud and parental responsibility

por

ISABEL ESPÍN ALBA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN: En los últimos años, las Audiencias Provinciales españolas han vivido un incremento de las demandas de resarcimiento de daños morales por ocultación de la verdadera paternidad biológica de hijos nacidos durante el matrimonio. Este trabajo contiene un análisis crítico de las sentencias sobre el tema, por medio del estudio de los elementos esenciales del resarcimiento de los daños morales, con el fin de proponer el traslado del foco de atención del incumplimiento del deber de fidelidad hacia una perspectiva más próxima a la actual configuración de la responsabilidad parental. Para avanzar en esa hipótesis, conecta la cuestión de los daños morales por ocultación de la paternidad con el criterio del Tribunal Supremo de no aplicar el enriquecimiento sin causa para fundamentar la devolución de cantidades entregadas en concepto de alimentos, ya que esta postura del Alto Tribunal transfiere todas las pretensiones patrimoniales y no patrimoniales a las normas generales del derecho de daños.

ABSTRACT: In recent years, the Spanish Appellation Courts have experienced an increase of claims on paternity fraud. This paper contains a critical analysis of the judgments on this subject, through the study of the essential elements of the compensation for non-pecuniary loss, in order to propose to move the focus from the non-compliance the duty of fidelity to a closer approach to the current configuration of parental responsibility. To advance this hypothesis, it connects the question of non-pecuniary loss for paternal discrepancy with the criteria of the Supreme Court about not to apply unjust enrichment to support the return of maintenance, because the High Court position displaces all pecuniary and non-pecuniary claims to the general rules of tort law.

PALABRAS CLAVE: Derecho de daños. Daño moral. Enriquecimiento sin causa. Ocultación de la paternidad. Deber de fidelidad. Paternidad no biológica. Responsabilidad parental.

---

* Estudio realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Análisis jurídico y cuantitativo de la violencia en la infancia y adolescencia: propuestas de intervención socio-legal» (DER 2014-58084-R), del que son IPs Ana M.ª PÉREZ VALLEJO y Juan GARCÍA GARCÍA.

KEY WORDS: Tort law. Non-pecuniary loss. Unjust enrichment. Paternity fraud. Duty of fidelity. Non-biological parenthood. Paternal responsibility.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: ACTUALIDAD E INTERÉS DEL TEMA.—II. DAÑOS Y DEBER DE FIDELIDAD EN LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD: 1.Inicial exclusión de la aplicación del derecho de daños al derecho de familia. 2.Autonomía de la voluntad y derecho de familia. 3. Del deber de fidelidad al deber de información.—III. EL ENFOQUE DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL: 1. La Paternidad biológica y la paternidad no biológica. *A) ¿Y después de la impugnación de la paternidad? B) Referencia a la STS de 20 de noviembre de 2013*. 2. Devolución de las cantidades entregadas en concepto de alimentos. La STS de 24 de abril de 2015.—IV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS DAÑOS MORALES POR OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD: 1. Punto de partida y cuadro general. 2.Cómputo del plazo de prescripción. 3. La conducta dolosa. 4. Valoración de los daños morales.—V. UN CASO RECIENTE: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA DE 3 DE MARZO DE 2016. —VI. REFLEXIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: ACTUALIDAD E INTERÉS DEL TEMA

Una reciente nota de prensa del Ministerio de Justicia alemán da noticia de una iniciativa legislativa aprobada por el Consejo de Ministros del pasado 31 de agosto de 2016, que pretende imponer en determinados procedimientos de filiación en los que se demuestre una falsa atribución de la paternidad, la obligación de la madre de revelar con quién ha tenido relaciones sexuales en el tiempo en que pudo producirse la concepción. Una vez comprobada la identidad del verdadero padre, se le podrá exigir por parte del padre putativo un importe en concepto de los gastos derivados de la manutención del hijo, desde que tuvo dudas sobre la paternidad y empezó el proceso de impugnación, y siempre relativo a un periodo no superior a dos años[1].

Esta noticia tuvo repercusión en los medios de comunicación españoles que pocos meses antes hicieron eco de una SAP de Cantabria de 3 de marzo de 2016 que, adoptando criterios ya asumidos por otras Audiencias provinciales, confirmaba la sentencia del JPI núm. 6 de Santander de 3 de diciembre de 2014, por la que se condenaba a la demandada a pagar una indemnización de 30.000 euros en concepto de daños morales por ocultar dolosamente la verdadera paternidad de una hija nacida constante el matrimonio con el demandante.

La perspectiva de que se sigan presentando litigios en esos términos, unido a la discrepancia de pareceres entre las diferentes Audiencias Provinciales, mantiene el interés por conocer el estado de la cuestión en España, a pesar del elevado número de aportaciones doctrinales sobre este tema en los últimos años, pues es indiscutible que, al igual que en otros países de nuestro entorno cultural, siga habiendo un importante aumento de demandas relacionadas con esta materia, motivadas en gran medida por la simplificación y marcada fiabilidad de las pruebas de ADN (FARNÓS, 2011, 12).

La eficacia técnica y popularización de las pruebas de paternidad, con fácil acceso y significativa reducción de costes, permite que muchos hombres que dudan de su verdadera paternidad respecto de hijos nacidos durante una rela-

ción matrimonial o en una convivencia de hecho, busquen la verdad biológica, incrementando impugnaciones judiciales de la paternidad, en las que además de ese deseo de conocer la verdadera naturaleza de los lazos entre padre e hijo, salen a relucir otras demandas, como una posible restitución del importe de los alimentos prestados al hijo o los daños morales causados por la ocultación de la paternidad y la pérdida del estatus de padre[2].

En la mayor parte de los casos estudiados, la madre es la demandada por los daños patrimoniales y morales sufridos, aunque también existen reclamaciones dirigidas contra del padre biológico, cuando pudo ser identificado.

El fundamento de dicha responsabilidad civil se asienta en argumentos muy dispares, pero que pivotan sobre el deber de fidelidad, dificultando su encaje en los principios que rigen el actual derecho de familia y de la persona, así como el propio derecho de daños.

El principal cometido de este trabajo es examinar la cuestión de los daños morales, pues el descubrimiento de la falsa paternidad y su impugnación ante los tribunales pueden traer como consecuencia un profundo sentimiento de pérdida, principalmente cuando implica la ruptura completa o el marcado deterioro de las relaciones con el hasta entonces considerado hijo o hija biológicos; pero al mismo tiempo, quiere promover un distanciamiento de la utilización del derecho de daños para punir el incumplimiento del deber de fidelidad y sugerir una mayor aproximación al resarcimiento por el dolor causado por la pérdida o merma de lazos afectivos, reivindicando un concepto de paternidad más acorde con la actual configuración de la responsabilidad parental.

II. DAÑOS Y DEBER DE FIDELIDAD EN LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD

La aplicación de las normas del derecho de daños a las relaciones de derecho de familia, muy especialmente las conyugales o de pareja, y las paterno-filiales es un tema no exento de polémica y presenta muchos matices que dificultan —cuando no impiden— aportar conclusiones cerradas.

Es innegable el interés despertado en la doctrina española en los últimos años, reflejado en una proliferación de trabajos sobre los daños en derecho de familia (MARTÍN-CASALS y RIBOT, 2011, 504), pues aunque tradicionalmente se haya querido sustraer de la esfera de las relaciones familiares la posibilidad del ejercicio de acciones de responsabilidad extracontractual, sobre la base de un principio de inmunidad del derecho de familia frente al derecho de daños (RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2009, 26) a raíz de una serie de decisiones judiciales de la última década —de las que sobresale la STS de 30 de junio de 2009 que resarce los daños que una madre causó al progenitor no conviviente al marcharse a vivir a Estados Unidos con el menor, impidiéndole mantener una relación personal con el hijo—, la cuestión adquiere mayor protagonismo judicial.

1. Inicial exclusión de la aplicación del derecho de daños al derecho de familia

Aquellos que han estudiado con detenimiento la evolución de la materia en derecho comparado señalan un horizonte inicial de limitación de la resarcibilidad de los daños a las normas específicas de derecho penal o de derecho privado, sin que se pudiesen admitir demandas entre cónyuges o entre padres e hijos con

base en las doctrinas de la *interpousal immunity* o de la *parental inmmunity* (por todos, FERRER I RIBA, 2001, 1-21).

El progresivo abandono del postulado de la inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares por parte de los tribunales españoles no es un proceso libre de dificultades y pone de manifiesto resoluciones de avance y otras de claro retroceso en la aceptación de los remedios resarcitorios *ex* artículo 1902 del Código Civil en el derecho de familia[3].

Ello se explica porque las relaciones de confianza y solidaridad propias de los lazos familiares son un terreno poco propicio al reconocimiento de daños resarcibles[4]. Cualquier demanda en un universo sociológico tan cerrado en el que el grupo trasciende al individuo puede ser visto como una afrenta a los principios de solidaridad familiar que rompa la armonía de la convivencia (RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2009, 9)[5].

Ahora bien, la tendencia expansiva de la autonomía privada en el derecho de familia y la consecuente disminución de normas imperativas en este sector del derecho privado, proporciona nuevas herramientas de análisis.

2. Autonomía de la voluntad y derecho de familia

La expansión del principio de autonomía privada y, consecuentemente, la drástica disminución de normas imperativas en el ámbito del derecho de familia, han puesto a la persona individualmente considerada como protagonista frente a la institución familiar. En una visión tradicional de las relaciones familiares se marcaba una diferencia entre las relaciones patrimoniales que vendrían esencialmente de la autonomía de las partes, frente a aquellas familiares cuyo vínculo previo sería de carácter institucional y por lo tanto dominado por normas de orden público.

El cambio de perspectiva da entrada a una nueva ética de la construcción personal ajena a criterios externos al individuo. En esta senda, el sujeto no pierde su individualidad por pertenecer a un núcleo familiar.

Una lectura constitucional ubica este nuevo paradigma en el artículo 10.1 CE que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad; consiguientemente, adquiere protagonismo el derecho a conocer el origen biológico, el derecho de los menores a mantener relaciones de comunicación y visitas con familiares y allegados, el carácter contractual de la relación matrimonial, el divorcio no causalizado, etc.

Desde esta perspectiva, la reclamación de los daños entre cónyuges ya no puede ser descartada con base en los argumentos de la inmunidad familiar. Incluso manteniendo cierto margen de especialidad para las relaciones en comunidad, ello ya no puede significar carta blanca para que sus miembros puedan lesionarse mutuamente[6].

Ahora bien, la tendencia a no excluir de plano la aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual a los daños producidos en la familia (VARGAS ARAVENA, 2009, 145) no significa su generalización sin más. Todo lo contrario, sigue siendo una tarea difícil el encaje del resarcimiento de daños en el ámbito de la lesión entre familiares.

En la agrupación de los casos realizada por MARTÍN-CASALS y RIBOT (2011, 153), sobresale dos conjuntos de conflictos. Por una parte aquellas reclamaciones por incumplimiento del deber de fidelidad conyugal reflejada en la ocultación de la verdadera paternidad de hijos nacidos constante el matrimonio, y por otro

lado, reclamaciones relacionadas con el derecho de los menores de mantener relaciones personales con ambos progenitores. Pues bien, en este trabajo tomamos exclusivamente la cuestión de la falsa atribución de la paternidad y se quiere reconducir todas estas cuestiones al sentido normativo del ejercicio de la responsabilidad parental como fundamento de una eventual aplicación del derecho de daños a las situaciones descritas en los litigios.

3. Del deber de fidelidad al deber de información

En la doctrina contenida en las SSTS de 22 y 30 de julio de 1999 la premisa es que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, y en aquel momento, la única consecuencia jurídica que contemplaba nuestra legislación era la de ruptura del vínculo conyugal[7].

A pesar de la contundencia de la afirmación descrita: los daños causados por la infidelidad no son resarcibles, los dos pronunciamientos del Alto Tribunal fueron abriendo espacio para la idea de que cosa distinta es si el incumplimiento del deber de guardarse fidelidad causa un daño que va más allá de la infidelidad en sí misma, y alcanza, por ejemplo, las relaciones paterno-filiales, para resarcir el dolor que provoca el ocultamiento y sus consecuencias.

Con la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004, reiterada en otra posterior de 5 de septiembre de 2007 empieza a ganar cuerpo la construcción de un deber de información como elemento de la tipicidad del ilícito civil sancionable por la conducta de ocultación de la paternidad, ya que «Si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge».

El deber de fidelidad se va transformando en un deber de información, incluso porque, después de la reforma del Código Civil producida por la Ley 15/2005, no existe una sanción específica para el incumplimiento del deber de guardarse fidelidad, predominando una visión de autonomía de las partes para, en tales situaciones, instar la ruptura del vínculo, sin necesidad de alegar ningún tipo de causa.

El desgajamiento del deber de información del deber de fidelidad se puede ver como una consecuencia de la ampliación del concepto de fidelidad que supera el quebrantamiento de la exclusividad en las relaciones sexuales. Ese extremo se expresa claramente en la SAP de Jaén de 9 de marzo de 2015 en la que se considera irrelevante que la concepción del hijo haya sido el resultado de relaciones con un tercero o de la utilización de técnicas de inseminación artificial, el elemento determinante es el engaño, la ocultación de una información esencial.

Por lo tanto, aquellas demandas en las que se solicitan indemnizaciones por los daños morales sufridos por la infidelidad en sí misma estarían condenadas al fracaso.

Con todo, en opinión de DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS (2012, 145)[8], podría prosperar una demanda de resarcimiento de daños morales por incumplimiento del deber de fidelidad. Alimenta esta tesis minoritaria de la sanción por incumplimiento del deber de fidelidad la reciente SAP de Cádiz de 16 de mayo de 2014, —que encabeza su fundamento jurídico tercero con el título «Las bases de la responsabilidad: el incumplimiento cualificado del deber de fidelidad»—, cuando pondera que «Salvo que consideremos que el conjunto de los deberes matrimoniales establecidos en los artículos 66 a

68 del Código Civil, y en lo que aquí interesa, la fidelidad, como meros modelos teóricos de comportamiento para los cónyuges que no los obligan, su condición de auténticos deberes jurídicos debe ser puesta en duda. No es eso, sin embargo, lo que establece nuestra legislación positiva, tanto desde el punto de vista constitucional, como de legislación ordinaria. La garantía institucional del matrimonio ínsita a la consideración como derecho fundamental en la Constitución Española el de contraer matrimonio (art. 32) impone al legislador la necesidad de dotarla de contenido frente a otras instituciones de convivencia y fruto de ella es el establecimiento por el legislador de ese elenco de deberes, cuya garantía pasa necesariamente por su caracterización como auténticos deberes jurídicos. Y no son tales los que carecen en absoluto de sanción, esto es, si su incumplimiento —aunque se precise que sea cualificado— carece de cualquier sanción. Creemos que no se trata de deberes naturales relacionados con la ética personal de cada uno de los contrayentes, sino de deberes jurídicos por muy peculiares que puedan ser». Esa misma postura se había expresado en una sentencia anterior del mismo órgano, concretamente la SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008, que para establecer la obligación de resarcimiento de daños morales por ocultación de la verdadera paternidad no exigió el dolo y consideró que la fidelidad es un deber jurídico indemnizable en sí mismo, visto que no son «deberes naturales relacionados con la ética personal de cada uno de los contrayentes, sino deberes jurídicos por muy peculiares que puedan ser». La Sala ve en la supresión de las causas de separación y divorcio, el fundamento de una responsabilidad civil por el incumplimiento de los deberes entre los cónyuges, ya que «se ha dicho, no sin razón, que la indudable incoercibilidad de los deberes conyugales provoca que no puedan ser considerados como deberes jurídicos. Pero que ello no sea así, es decir, que ciertamente no pueda reclamarse y conseguirse su cumplimiento forzoso, no significa que la violación de los mismos no pueda generar responsabilidad …». Estaríamos adoptando una función punitiva del derecho de daños en el derecho de familia[9].

Tanto la doctrina como la jurisprudencia son más proclives a rechazar ese sesgo sancionador de la conducta de la mujer. En un sistema de relaciones igualitarias, en las que el individuo accede libremente a una vida en comunidad, no es posible exigir ser querido, la exclusividad en las relaciones, etc., y por lo tanto, el derecho de daños no puede acabar funcionando como una sanción a comportamientos que no son resarcibles (LÓPEZ DE LA CRUZ, 2010, 26). En esta línea, la idea del deber de información parece más acorde con la actual configuración de los modelos familiares, y sigue siendo la tesis predominante.

III. EL ENFOQUE DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

1. La paternidad biológica y la paternidad no biológica

En muchos de los conflictos resueltos por las sentencias objeto de este comentario, parece traslucir la idea de que el descubrimiento de la verdadera paternidad es en sí misma un punto de ruptura en las relaciones paterno-filiales, afectando la calidad de los afectos y la continuidad de las relaciones.

Es evidente que la sentencia que pone fin al procedimiento de impugnación de la paternidad cambia el estatus jurídico y el demandante deja de ostentar legalmente la condición de padre del hijo cuya filiación fue contestada, pero ello no tiene porqué significar que no quiera mantener los lazos de afectividad con

la persona que creía ser su hijo biológico. Prueba de ello es el supuesto descrito en la STS de 20 de noviembre de 2013 y que más adelante se analizará.

Bajo una perspectiva constitucional, la paternidad biológica sigue conservando un lugar de preferencia en la constitución de las relaciones familiares (ROCA I TRÍAS, 2014, 129), pero también es cierto que se está avanzando hacia su configuración como producto de la voluntad responsable de asumir los deberes de parentalidad en iguales condiciones que aquellas derivadas del hecho biológico previsto en la ley. Y ya no solo en el seno de los casos de adopción o de reconocimiento por complacencia, sino que cada vez hay más «padres de hecho» actuando en situaciones de familias reconstituidas u otros tipos de convivencias.

A) ¿Y después de la impugnación de la paternidad?

Plantear una impugnación de la paternidad no significa que el demandante quiera necesariamente romper las relaciones con su hijo, sino que busca determinar la realidad biológica a los efectos de la relación con su mujer o pareja, de modo que ello no excluye los sentimientos de dolor y el impacto psíquico del resultado de la impugnación. Así lo expresa la SAP de Barcelona de 27 de octubre de 2011, cuando afirma que «la constatación de que el hijo que se creía matrimonial no lo es ha de conllevar, necesariamente, un impacto psíquico o emocional en quien, aún dicha sospecha, ha venido ejerciendo la función que constituye la potestad sobre el hijo menor de edad, sin que ello suponga, como pretende la también apelante, sancionar la infidelidad o el ocultamiento, aunque así lo solicitara el Sr. Ezequías, pues tanto la una, la infidelidad, como el otro, el ocultamiento, son precedentes necesarios del daño que se le produce al actor por la pérdida del hijo que creía matrimonial, aunque él fuera el que interpuso la demanda de impugnación de paternidad»[10].

Parece muy acertada la consideración de RODRÍGUEZ GUITIÁN en el sentido de que la pérdida completa de relación con el menor que se creía era su hijo, puede causar más daño que conocer que no se es padre, pero manteniendo la convivencia (RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2009, 173). Y así lo considera la SAP de León de 2 de enero de 2007 cuando reconoce como daño indemnizable la «pérdida de convivencia, de la relación y de lazos afectivos en general con una hija que aquel creía suya».

El reconocimiento internacional del derecho del niño a mantener contacto directo y regular con ambos progenitores obliga a estar de acuerdo con el sector doctrinal que mantiene que debe resarcirse «el sufrimiento de padres o hijos por el abandono, o por las visitas y comunicaciones impedidas» (SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, y PÉREZ VALLEJO, 2012, 240), y del mismo modo por cualquier acción que dificulte o impida dicha relación.

La doctrina emanada del TEDH avala la tesis contenida en la STS de 30 de junio de 2009, en el sentido de que en los supuestos del impedimento o obstaculización del derecho de visitas del progenitor no custodio puede configurarse una responsabilidad extracontractual y el «daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia». En suma, dicha sentencia admite la aplicación del artículo 1902 del Código Civil en el ámbito de las relaciones familiares, en un caso en que uno de los progenito-

res obstaculiza el derecho del otro a relacionarse con sus hijos, sancionando al progenitor incumplidor (PÉREZ GALLEGO, 2015, 143).

La SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004, en un supuesto de ocultación de la verdadera paternidad, sostiene que el sufrimiento de un padre impedido de relacionarse con sus hijos puede tener «una entidad semejante a la pérdida física de estos». La AP en ese caso afirma que puede ser incluso superior a esa pérdida física, pues en tales situaciones no se puede elaborar el dolo como respuesta a la pérdida sufrida, y concretamente en el supuesto enjuiciado dice en su FJ 10.º que «tras el examen de todos los informes, llegamos a la conclusión que ha existido una dolencia que ha sido muy grave, con riesgo para su vida, por sus ideas de suicidio, y todo generado, no por la separación matrimonial, sino por la pérdida de los que consideraba sus hijos, con una entidad semejante a la pérdida física de estos»[11].

Es una equiparación que ha sido muy criticada por excesiva, pues el carácter definitivo y destructor de la muerte no se podría comparar a ninguna situación en que, a pesar del daño extremo, sea factible revertir de alguna manera en una recuperación o mantenimiento de las relaciones emocionales entre las personas que creían que entre ellas existía una relación paterno filial biológica (FARNÓS, 2007, 9).

Con todo, entiendo que se debe explorar ese camino, en vista de que el daño verdaderamente resarcible debería ser esa pérdida de la condición de padre y la merma en su relación con el hijo putativo.

Invita a avanzar sobre esa idea la SAP de Jaén de 9 de marzo de 2015, en la que se reconoce que la situación provocó una afectación psicológica en el demandante, que agravó su enfermedad de Crohn, siendo indemnizable los daños por el agravamiento de la enfermedad diagnosticada, aunque respecto a los daños morales puros, más allá del empeoramiento de la referida patología, se considera que «no tuvo depresión, ni tratamiento en salud mental», y, por otro lado, apunta que fue escasa la convivencia con la menor, puesto que nació a principios de 2010 y en verano ya estaban separados. presentándose la demanda de divorcio en septiembre de 2010, y no llegando a ejecutarse las visitas acordadas como medidas provisionales, «por lo que el grado de frustración o pérdida de afecto no puede calificarse de importante, y este dato ha de tenerse en cuenta para fijar el daño indemnizable, considerando esta Sala que únicamente lo es el periodo marcado por el perito médico, durante el cual se produjo la afectación psicológica y al mismo tiempo repercusión física por la naturaleza de su enfermedad». Como resultado «se concreta la indemnización por daño físico y moral en 15.000 euros, sin que quepa conceder una cantidad añadida por un «supuesto daño moral» además del anterior, que no se justifica».

En la SAP de Valencia de 13 de noviembre de 2014, el demandante reclamaba 100.000 euros, «por los daños morales causados por la pérdida de la hija, al haberse engañado al actor sobre el origen de la gestación de la menor, explicando que: ante la imposibilidad de tener descendencia, las partes acuden a técnicas de reproducción asistida, quedando al cabo del tiempo la demandada embarazada e indicando que ha sido fruto de esa técnica, por lo que el demandante reconoció la paternidad legal de la menor, el día 31 de enero de 2006, habiéndose separado las partes en el año 2008, y después de numerosas indagaciones el actor llegó a conocer que la menor resultó fruto de una gestación totalmente normal, y extraconyugal, por tanto se le ocultó el verdadero origen de su nacimiento, obteniendo un reconocimiento legal que otra manera no hubiese obtenido; este descubrimiento produjo al demandante un impacto emocional que necesitó tra-

tamiento psiquiátrico, el 4 de octubre 2011 se diagnostica al demandante un trastorno adaptativo con reacción depresiva prolongada debido a que ha sufrido la pérdida del contacto drásticamente con la menor a la que quería como su hija, una pérdida irreparable, definitiva y sin posibilidad de recuperación».

En primera instancia concedieron la indemnización por entender probado que «como consecuencia del conocimiento del origen natural de la menor y la pérdida de su contacto y de los lazos afectivos que mantenía con ella, que según todos los facultativos que han declarado ha generado un trastorno de adaptación a la nueva realidad». A esta decisión se recurrió en apelación alegando esencialmente dos argumentos. Por un lado, la prescripción de la acción, alegación rechazada; y por otra parte, el incumplimiento de los requisitos del artículo 1902 del Código Civil por no quedar probada la actuación culposa y por la ausencia de un nexo causal, ya que el demandante tendría conocimiento de la gestación natural y por lo tanto de la infidelidad de la mujer, y que con todo asumió la paternidad; asimismo, la pérdida del contacto con la hija sería imputable exclusivamente al actor que ejerció la acción de impugnación de la paternidad.

Sobre este segundo aspecto, la Audiencia entendió que «se debe aceptar la existencia de una acción dolosa de la demandada al hacer creer al actor que la hija se había engendrado por inseminación artificial, y que es la rotura de esa creencia al descubrirse el engaño de la paternidad biológica la que genera el daño moral alegado en la demanda». La lectura de la sentencia hasta este punto pudiera hacer pensar que el fundamento del daño moral fue la ruptura del deber de fidelidad, sin embargo, a continuación se enlaza con el engaño a la pérdida de la relación paterno-filial. Concretamente dice que «la circunstancia determinante es la rotura del lazo de sangre con la menor, el legal derivó de aquel, fue ese conocimiento de la ausencia de ese vínculo sanguíneo lo que desencadena, al ser presupuesto, la ruptura de los vínculos legales y en su consecuencia también los personales son con la menor. Así pues no estamos en que la ruptura de las relaciones con la menor nazca de la voluntad del demandante, sino que tuvo su origen en el engaño o mejor dicho en el conocimiento de la inexistencia de vínculo de sangre, el que por su transcendencia, afectó tanto al parentesco legal como a la relación personal con la menor, privando al actor de la misma». Idea que refuerza el FD 4.º «El daño moral que se indemniza nace de que le ha producido el conocimiento de la no paternidad de la menor y de los lazos afectivos que mantuvo con ella hasta que conoció el engaño»[12].

Hubiese sido de especial interés conocer la opinión del TS sobre el supuesto planteado en su sentencia de 14 de julio de 2010, pero no se llegó al fondo de los argumentos elevados a casación, pues se desestimó el recurso al considerarse prescrita la acción de resarcimiento por responsabilidad civil extracontractual[13], por haber transcurrido más de un año desde la notificación de la sentencia que declaraba que la menor no era hija biológica suya.

El interés reside en que el actor recurrente se refiere a la «pérdida de una hija», además del deterioro de su fama y honor.

A modo de conclusión, creo que la evolución del tratamiento jurisprudencial de la materia debe acompañar la transformación de la vieja patria potestad, hoy rebautizada como responsabilidad parental, pues el dolor de la pérdida de contacto con el menor que se creía hijo debe tener una consideración muy superior a la constatación de la infidelidad. Este sufrimiento si no es igual al de la pérdida de un hijo, desde luego puede hacerse insoportable y condicionar gravemente la salud psíquica y física de quien lo padece.

Para ayudar en esa tarea transformadora, puede tener interés la jurisprudencia relativa al derecho de visitas de los abuelos y allegados. El ejercicio de hecho de funciones propias de la responsabilidad parental, sin un título jurídico que la ampare, es reflejo de nuevos paradigmas de comportamiento social. El apartado segundo del artículo 170 del Código Civil se refiere expresamente a que «*No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y allegados*».

De hecho, es decisivo en esta nueva conformación de la parentalidad más distante de la realidad biológica, la construcción de un concepto de parentalidad social, a partir de la realidad de las familias reconstituidas.

B) Referencia a la STS de 20 de noviembre de 2013

El complejo supuesto de hecho descrito en la STS de 20 de noviembre de 2013 avala la afirmación de que una acción de impugnación de la paternidad no implica necesariamente que el demandante tenga por objetivo la desconexión de la que era hasta entonces su responsabilidad parental.

En ese conflicto, se consideró procedente la atribución de la guarda y custodia de una niña a quien impugnó su paternidad. Sin entrar en los detalles del caso, se puede destacar que el TS revoca la sentencia de la AP y confirma el criterio de instancia, para hacer prevalecer el interés superior de la menor. Reconoce que «Es cierto que en el momento actual, don Julián no puede ser considerado progenitor respecto de Agueda, pero también lo es que las circunstancias especialmente graves concurrentes permiten atribuirle la custodia en la forma que resolvió la sentencia del Juzgado, que se acepta al asumir la instancia, esto es, a través de los artículos 103,1.ª, prr. 2 y 158, ambos del Código Civil, y artículo 11.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero y ello precisamente por el interés público que informa en estos procedimientos con relación a los hijos menores de edad».

2. Devolución de las cantidades entregadas en concepto de alimentos. La STS de 24 de abril de 2015

El cierre de la posibilidad del reembolso de los alimentos indebidamente pagados enturbia todavía más las demandas con base en el resarcimiento de daños morales *ex* artículo 1902 del Código Civil, pues de una breve lectura de muchas de las sentencias aquí mencionadas, trasciende el deseo de ver resarcido de alguna manera el engaño y la merma económica de haber asumido no voluntariamente la responsabilidad parental de un hijo que no era suyo.

Con carácter general, nuestros Tribunales no admiten la devolución de las cantidades entregadas en concepto de alimentos. El razonamiento básico consiste en que «la obligación al pago de alimentos a los hijos menores deviene exclusivamente de los efectos de la filiación, la cual, conforme al artículo 112 del Código Civil, opera desde que la misma tiene lugar, es decir, para el caso de los nacidos durante el matrimonio, desde la inscripción en el Registro Civil, por razón de la presunción de paternidad matrimonial, conforme a los artículo 113 y 116 del mismo cuerpo legal. Y no se extingue hasta que recae sentencia contraria a la existencia de dicha obligación por sentencia firme» (SAP de Jaén de 9 de marzo de 2015, en el mismo sentido SAP de Ciudad Real de 29 de febrero de 2012).

La STS de 24 de abril de 2015 consolida esa doctrina y da respuesta negativa a una demanda de devolución con base en las normas sobre el cobro de lo indebido, de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos desde su fijación en el convenio regulador previo a la separación matrimonial entre demandante y demandada, y hasta la fecha de la sentencia que declaró que no existía relación de filiación entre el actor y la hija nacida constante el matrimonio. La sentencia del Juzgado estimó la demanda, pero fue revocada por la Audiencia Provincial que entendió que no existe base jurídica para estimar la acción de reembolso por cobro de lo indebido de pensiones alimenticias establecidas judicialmente, y que si bien se podría aplicar las normas de la responsabilidad civil extracontractual, en el caso concreto la acción había prescrito.

El TS confirma la sentencia de la AP y en atención al recurso de casación planteado no acoge la posibilidad de admitir la acción de enriquecimiento injusto derivada del artículo 1895 del Código Civil, para la devolución con carácter retroactivo de los alimentos entregados a una hija menor, como consecuencia de una sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial, precedida de un proceso de impugnación de aquella.

En su fundamentación hace un repaso sobre la disparidad de criterios en las Audiencias[14] que en algunos casos sostienen la adecuación del cauce del artículo 1895 del Código Civil, en otros mantienen que la vía correcta es el artículo 1902 del Código Civil[15], y en ocasiones consideran que en tanto no se declare que el padre que lo era ha resultado no serlo, no es de aplicación el cobro de lo indebido, pues hasta entonces los alimentos eran debidos[16].

Todo ello para asumir esta última postura y declarar que el derecho a los alimentos de la hija existía por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio, y por lo tanto, «los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial, lo que hace inviable la acción formulada de cobro de lo indebido»[17].

Esta doctrina devuelve el problema al derecho de daños y, por ello, entiendo muy inspiradora y comparto la opinión recogida en el voto particular de los magistrados Antonio SALAS CARCELLER y Francisco Javier ORDUÑA MORENO en el sentido de que no se trata de una devolución de los alimentos prestados a la hija, ya que la reclamación económica no se dirige contra ella. Con independencia de ciertas matizaciones en los efectos retroactivos, lo cierto es que «Impugnada con éxito la filiación matrimonial, la consecuencia innegable que se deriva es que el marido no tuvo nunca la condición de padre respecto del hijo», y por lo tanto la obligación de prestar alimentos correspondía a los progenitores.

Y para mí la conclusión más importante del voto particular es que «una solución como la adoptada por la presente sentencia no solo impide el resarcimiento del daño frente a la madre sino también frente al verdadero padre, en el caso de que llegara a ser conocido»[18]. Esta situación puede llevar a que, erróneamente, se vea en la demanda de daños morales, la única salida para obtener algún resarcimiento.

IV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS DAÑOS MORALES POR OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD

En un panorama de irresarcibilidad de los daños por incumplimiento de los deberes conyugales, las decisiones de los tribunales aquí analizadas presentan

un importante ejercicio de extensión de los mecanismos de responsabilidad civil, cuyos excesos no han estado exentos de críticas (DÍEZ-PICAZO, 2008, 46).

1. Punto de partida y cuadro general

La andadura empieza con dos sentencias del TS que negaron la resarcibilidad de los posibles daños causados por ocultación de la verdadera paternidad, al considerar que en los supuestos enjuiciados no se daban las condiciones para reconocer dicha resarcibilidad.

La STS de 22 de julio de 1999 consideró inaplicable el artículo 1902 del Código Civil por no apreciar dolo en la conducta de la demandada, que conoció la paternidad biológica de su hijo cuando este ya tenía veinticuatro años. Interpretada a *contrario sensu*, muchas sentencias de Audiencias Provinciales pasan a considerar que la única vía para reclamar una indemnización por daños proviene de la aplicación del citado precepto, siempre que se aprecie dolo en la conducta de la demandada.

La segunda STS, de 30 de julio de 1999, aportó importantes matizaciones, pues a pesar de apreciar dolo en la conducta de la esposa, negó la procedencia de una indemnización con base en dos argumentos claves. Por un lado, el incumplimiento del deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil solo constituye una causa de separación matrimonial —vigente entonces la causa del artículo 82.1. del Código Civil— que no comportaba ningún efecto económico y tampoco estaba comprendida en la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil; por otra parte, entiende que por más que se estimen como contractuales los deberes matrimoniales en razón a la propia naturaleza del matrimonio, no es aplicable el artículo 1101 del Código Civil, «pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar».

La problemática jurídica contenida en las dos decisiones adquiere mayor impacto en la literatura jurídica en el momento en que nuestras Audiencias Provinciales empiezan a perfilar los criterios del TS.

2. Cómputo del plazo de prescripción

La primera particularidad procesal en este ámbito es la conexión entre esta acción para exigir la responsabilidad extracontractual y la acción de impugnación de la paternidad. En el estudio detallado de la cuestión que hace FARNÓS (2011, 36) se pone de manifiesto que el aspecto más crítico es la determinación del momento del conocimiento de la falsa paternidad, ya que muchas demandas planteadas no han seguido adelante en la valoración de los requisitos de una resarcibilidad de los daños, precisamente por haber transcurrido el plazo prescripcional de un año.

La regla expresada en el artículo 1968.2 del Código Civil se refiere al conocimiento, pues el plazo de un año para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil empieza a contar «desde que lo supo el agraviado».

Las sentencias aquí analizadas presentan discrepancias respecto de la consideración del *dies a quo*, aunque se puede decir que predomina el cómputo desde el momento en que la sentencia de impugnación de la paternidad deviene firme. Fijando el inicio del plazo prescriptivo en el hecho objetivo de la sentencia firme,

se gana en seguridad jurídica, ya que permite elaborar un discurso basado en el carácter «definitivo» y «oficial» de la pérdida.

Es el parecer adoptado en los casos descritos en la STS de 14 de julio de 2010, y SSAP de León de 2 de enero de 2007, Baleares de 20 de septiembre de 2006, y más recientemente en la SAP de Cáceres de 8 de junio de 2016.

La SAP de Valencia de 13 de noviembre de 2014 explica el sentido de fijar el conocimiento en el momento de la sentencia definitiva cuando razona en su FJ 2.º que «solo desde el momento que el demandado obtuvo la declaración de que la menor no era hija suya, al resolverse la pretensión deducida en ese sentido, puede fijarse como aquel donde se produce el hecho que generó la reclamación indemnizatoria por la pérdida de la paternidad. La tesis de la recurrente, remitiéndonos al día que tuvo conocimiento por comunicación de la demandada, olvida la naturaleza de la acción ejercitada y sus presupuestos fácticos, así, en caso de que la demanda de impugnación de paternidad no hubiese prosperado, el daño reclamado en este procedimiento habría carecido de sustento y no habría podido ejercitarse la acción de responsabilidad, al seguir vigente la relación paterno filial, es por tanto la pérdida de esa relación la que permite el ejercicio de la acción deducida en este procedimiento».

Ese carácter definitivo que otorga la sentencia es apreciado como elemento de valoración del impacto del daño por la SAP de León de 2 de enero de 2007 cuando afirma que «a partir de ese momento supo el Sr. Pedro Francisco que se le habían acabado las armas legales para seguir luchando por seguir siendo el padre de la que hasta entonces había sido su hija».

Ahora bien, aunque sea minoritario es preciso apuntar que en algunos casos, como en la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004, se valoró como *dies a quo* el momento del conocimiento del resultado de las pruebas de ADN[19].

Más recientemente, la STS de 18 de junio de 2012 que trae causa de una demanda formulada por el actor contra la madre y el padre biológico por daños físicos y morales causados como consecuencia de la pérdida de dos hijas criadas como tales y concebidas por los demandados ocultándole la realidad de tal concepción y paternidad. La demanda se había presentado transcurrido más de un año desde que el demandante había recibido el alta médica del tratamiento psicológico al que se había sometido. El demandante pretendía que el cómputo del plazo tuviese lugar desde la fecha de la sentencia que resolvió la impugnación de la paternidad. El TS entiende probado que los daños ya se habían producido antes de dicha sentencia, puesto que tras el divorcio de la pareja, los hijos fueron a vivir con la madre y el padre biológico, provocando una pérdida del contacto con los menores, hecho que ha llevado al demandante a padecer una fuerte depresión, diagnosticada y tratada.

3. La conducta dolosa

Respecto de la exigencia de una actuación dolosa se pueden encontrar pronunciamientos dispares en las Audiencias Provinciales, pues mientras algunas exigen la prueba del dolo, otras, conscientes de su dificultad extrema, optan por la culpa como criterio de imputación, de modo que la falta de la diligencia debida en la averiguación de la paternidad del hijo, cuando se mantienen relaciones sexuales simultáneas con el cónyuge y un tercero, podría dar lugar a una indemnización por daños morales.

Las primeras decisiones de AP posteriores a las citadas SSTS de 22 y 30 de julio de 1999 no se centraron en la negligencia de la concepción del hijo, sino

que exigieron la conducta dolosa del cónyuge que ocultó la paternidad (MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 2004,1-23).

Es el caso, por ejemplo, de la SAP de Girona de 13 de junio de 2002 que corrige una decisión del juzgado que había fijado una indemnización de 30.000 euros por los daños morales provocados por la ocultación de la paternidad de un hijo nacido durante el matrimonio, con base en la idea de que mantener una relación fuera del matrimonio, aunque no se pueda demostrar que se hayan tomado las debidas precauciones anticonceptivas, no implica automáticamente una actuación dolosa.

La SAP de Pontevedra de 13 de diciembre de 2006 no observa dolo en el comportamiento de la madre y padre biológicos porque no se puede deducir sin más la procreación intencionada «no entendiéndose la simple negligencia, o desatención, sin descartarse el fallo de los elementos anticonceptivos, como generador de responsabilidad»

La SAP de Barcelona de 22 de julio de 2005 tampoco encuentra una actuación dolosa en la ocultación, pues no deben ser confundidas «la realidad de la situación de infidelidad conyugal, con la del conocimiento de que la hija nacida constante matrimonio no hubiere sido concebida por el hoy actor», siendo determinante en la apreciación de la ausencia de dolo «la existencia de relaciones sexuales matrimoniales plenas, al momento de la concepción, con el *ex* marido y demandante; y la mayor capacidad económica de la *ex* esposa documentada en autos».

Este último aspecto —haber mantenido igualmente relaciones sexuales con el marido— es resaltado como elemento de exclusión de la intencionalidad del daño, de igual modo en las SSAP de Burgos de 16 de febrero de 2007, y de Segovia de 11 de diciembre de 2007. Se entiende, con esta tesis, que entra dentro de lo razonable la existencia de dudas en la propia mujer sobre la auténtica paternidad, muchas veces demostrada por su oposición a la acción de impugnación de la paternidad.

La SAP de León de 30 de enero de 2009 describe la construcción de una estrategia dolosa «con la finalidad de obtener su ansiada maternidad fuera del matrimonio, ya que con su esposo lo veía inviable, y sin tener en cuenta ni los sentimientos de su esposo ni el daño irreparable que su conducta produciría con seguridad a todas las personas afectadas por su comportamiento, y no conforme con ello, mantuvo en secreto tal circunstancia, haciendo creer a su esposo que la hija era suya, lo que generó en este el lógico sentimiento de cariño que normalmente se tiene hacia una hija que él consideraba de su sangre».

Decisiones más recientes también insisten en la necesidad de una actuación dolosa. Así la SAP de A Coruña de 8 de noviembre de 2010, dice que la mera negligencia no es suficiente para establecer una responsabilidad civil por daños.

En esa línea, la SAP de Granada de 13 de junio de 2014 desestimó la pretensión indemnizatoria por daño moral al considerar que en la ocultación de la posible falta de paternidad del actor respecto del hijo nacido durante el matrimonio cuando la demandada no conocía aquella, por comunicársela el padre tras realización de prueba biológica, no hay dolo. Si bien mantuvo de forma consciente relaciones sexuales con tercero, en la medida en que también las tuvo con su esposo en el momento de la gestación y nacimiento del hijo, únicamente prueba que existía la duda acerca de la identidad del padre biológico. Completa el criterio, la apreciación de que la simple duda de la paternidad biológica por parte de la esposa no es determinante en todo caso de responsabilidad frente al esposo por el posterior descubrimiento de la auténtica filiación biológica, por lo

que habrá que estar a la valoración de las circunstancias del caso. En el supuesto, se trataba de un hijo concebido antes del matrimonio.

También aplica esa doctrina la SAP de Sevilla de 9 de julio de 2015, en un conflicto en que, corrigiendo la decisión de instancia, estima en su integridad el recurso, sobre la base de que no pudo acreditarse la existencia de ocultación dolosa de la paternidad; «ya que no se comparte el criterio de que incurra en responsabilidad la esposa que ha mantenido la relación extramatrimonial por el solo hecho de no haber promovido la prueba biológica para despejar las dudas sobre la paternidad con relación a su hijo», asimismo «no pudiendo pretender que se exija a su esposa responsabilidad a su favor por una supuesta negligencia en la comprobación de la paternidad en la que también él habría incurrido». Y la SAP de León de 23 de noviembre de 2012, desestima la pretensión de una indemnización por ocultación de la verdadera filiación de un menor, por falta de acreditación de dolo.

Ahora bien, no siempre la actuación dolosa es tan evidente como en la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 que entendió probada que la paternidad de tres de los cuatro hijos nacidos durante el matrimonio no correspondía al marido, y en el caso concreto fueron condenados al resarcimiento por daños morales tanto el cónyuge infiel como el verdadero padre de los hijos producto de la relación extramatrimonial.

Por ello, y teniendo en cuenta la propia redacción del artículo 1902 del Código Civil, está abierto el camino a la interpretación más flexible llevada a cabo, por ejemplo, por la SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007, que consideró negligente la actuación de la demandada que pudo y debió sospechar que era otro el padre de la menor. En esa ocasión, quedó probado que la demandada no se había quedado embarazada durante diecisiete años de matrimonio, a pesar de su voluntad y de haberse sometido a diversos tratamientos de fertilidad; y que precisamente en la época de la concepción de su hijo mantuvo relaciones sexuales con un tercero, situación que debió hacerle plantearse que el padre no fuera su marido[20]. De forma categórica acomete la tarea de superación de la exigencia del dolo cuando dicta que «la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa. Puede afirmarse que [la demandada] no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual». Aunque es curioso que la propia AP de Barcelona muestra poco después, un criterio distinto cuando en otra sentencia de 23 de julio de 2009 atiende al recurso de la demandada, por no considerar negligente la ocultación de la paternidad cuando la mujer mantuvo relaciones sexuales con un tercero durante la vigencia del matrimonio, sin que mediase una separación de hecho y con total desconocimiento de la situación por parte del marido.

La SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 sigue el planteamiento de que mantener relaciones sexuales simultáneas es un comportamiento negligente que puede generar responsabilidad por los daños causados, puesto que «puede presumirse que la esposa que mantiene simultáneamente relaciones sexuales con otro hombre y queda embarazada sabe o puede saber que existe más de una paternidad

posible. En consecuencia, debe hacer todo lo razonable para determinar la paternidad biológica desde el primer momento, evitando así, si es el caso, que se considere padre al marido por el juego de la presunción legal de paternidad matrimonial. Y esa conducta ya es en sí mismo gravemente negligente y legitima su responsabilidad».

4. Valoración de los daños morales

Por lo que a los daños morales se refiere, aquí el bien jurídico protegido es la integridad psíquica de los padres no biológicos que desconocían la verdad.

Los daños tenidos en cuenta en las sentencias se refieren esencialmente al impacto emocional y psicológico que la situación haya provocado en el actor, tanto en el momento del conocimiento de la verdad, como posteriormente en su repercusión en la relación con la persona que consideraba su hijo. De ahí la importancia de la prueba pericial.

Sirva como ejemplo, el caso descrito por la SAP de Jaén de 9 de marzo de 2015 que considera probado el nexo de causalidad entre la ocultación de la paternidad y el empeoramiento de la enfermedad del demandante. Dice «A la vista de lo anterior, se coincide con el perito valorador del daño en la existencia de un nexo causal entre el curso clínico de la enfermedad y el conflicto personal derivado de la imputación de la paternidad de la menor, coincidiendo en el tiempo la agravación de su enfermedad con la comunicación por la demandada de la no paternidad, siendo esta el hecho que desencadena el agravamiento, por cuanto en el curso clínico influye de manera directa las situaciones de ansiedad o estrés emocional, como el padecido por el actor, que además de ser consecuencia natural y lógica al hecho de enterarse de que no es el padre de la hija en este caso está constatado clínicamente y además resulta de las propias conversaciones grabadas, en las que le decía a la demandada que estaba del estómago fatal por la gran incertidumbre que tenía acerca del tema de la paternidad, coincidiendo la mejora de su estado con la resolución de este tema, es decir cuando se dicta sentencia declarando que su no paternidad en enero de 2012 y posterior de divorcio, sin acordar medidas de ningún tipo».

V. UN CASO RECIENTE: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA DE 3 DE MARZO DE 2016

Con el relato de esta decisión judicial es posible hacer un repaso de los principales aspectos aquí tratados. Por un lado, no hubo prescripción porque se ha entendido que el conocimiento se produjo al dictarse sentencia firme estimatoria de la impugnación de la paternidad. Pudo demostrarse la actuación dolosa de la demandada que ya conocía la duda de la paternidad desde el mismo embarazo. Y en cuanto a la valoración del daño moral, si bien afirma que el cuadro de trastornos psicológicos presentados por el actor se enmarca en una ruptura traumática, entiende que se agravó claramente con el conocimiento de la exclusión de su paternidad.

La historia judicial de este litigio tiene su primera decisión en la sentencia de 3 de diciembre de 2014 del JPI núm. 6 de Santander que atendiendo a las reclamaciones del demandante condena a la demandada a pagar al actor la cantidad de 30.000 euros en concepto de daños morales. En el fundamento de

la imputación de la responsabilidad se hace referencia expresa a la «conducta y actuación maliciosa en la ocultación de la real paternidad de la hija que fue inscrita como matrimonial de las partes».

La SAP confirma el criterio de la primera instancia contestando a los tres fundamentos del recurso: la existencia de prescripción extintiva de la acción entablada *ex* artículo 1968.2 del Código Civil, el error en la valoración de la prueba, y la errónea interpretación al caso del artículo 1902 del Código Civil y la jurisprudencia de desarrollo.

Respecto de la primera alegación de prescripción de la acción entablada el 16 de enero de 2014, es rechazada porque se entiende que el *dies a quo* fue el momento en el que se ha dictado la sentencia firme estimatoria de la pretensión del demandante de impugnación de la filiación matrimonial, el 13 de junio de 2013; y no, como mantenía la recurrente, el momento en que se tuvo conocimiento del resultado de una prueba de paternidad el 13 de marzo de 2012, ya que según la Audiencia tal prueba fue el primer indicio cierto que el actor pudo tener de no ser el padre, pero en ningún caso concluyente, pues como admitía el propio informe que acompañaba el resultado de la prueba, este poseía un mero carácter informativo y oportuno valor probatorio, ya que no constaba de forma inequívoca la identidad de los implicados ni existía una garantía de cumplimiento de la cadena de custodia.

El punto de partida del reconocimiento de un deber de indemnizar daños morales en el supuesto concreto empieza en el Fundamento cuarto de la sentencia por el planteamiento general de que son plenamente admisibles en la actualidad los daños morales en las relaciones familiares, una vez que la familia dejó de ser una institución a la que había que garantizar su paz y privacidad, para adquirir un carácter más liberal, individualista «en la que se busca potenciar los derechos individuales de las personas también en el ámbito de la familia y la propia autonomía privada en la determinación de las relaciones conyugales».

Reconoce que la doctrina mayoritaria de las Audiencias exige un ocultamiento doloso que en muchos supuestos es de difícil prueba. En el caso concreto, parte del concepto de dolo del artículo 1269 del Código Civil y recuerda que «las palabras o maquinaciones pueden ser de carácter positivo, que será lo normal, o negativo, cuando se utiliza la reticencia o el silencio ante una situación que razonablemente podía dar lugar a pensar lo contrario». Ese deber de información no se ha cumplido en esa ocasión, pues «es razonable presumir que la esposa que mantiene relaciones sexuales ajenas al matrimonio y de resultas de alguna de ellas queda embarazada, cuando no la conoce directamente, sí tiene que dudar de la paternidad. Y una conducta apropiada le obliga a resolver la duda, cuando la tenga, antes de que simplemente se considere padre al esposo por el juego de la presunción de paternidad matrimonial (art. 116 del Código Civil), manteniendo además a este en la real creencia de su condición de padre».

Establecida la resarcibilidad del daño, la Sala entiende probada la independencia de los daños causados por la ocultación de la paternidad. No hace ninguna referencia concreta a la pérdida de los lazos afectivos, sino al choque emocional y al agravamiento de su estado de salud psíquica ya perjudicada por la ruptura matrimonial traumática.

Particularmente opino que para dar entidad propia a los daños causados por la pérdida de la condición de padre, debería haberse hecho una valoración de su reflejo en las relaciones entre el actor y su —hasta la impugnación de la paternidad— hija, pues en caso contrario, creo que los trastornos descritos, en concreto el trastorno ansioso depresivo calificado de reactivo, es de dudosa resarcibilidad.

VI. REFLEXIONES FINALES

I. La dificultad de aplicación de las normas de la responsabilidad civil a los supuestos de daños en las relaciones familiares, y concretamente a aquellos causados por ocultación de la verdadera paternidad se hace patente en la disparidad de criterios constante en las sentencias de diferentes Audiencias Provinciales sobre la materia. Muchos de los fundamentos en ellas expresados pisan terrenos resbaladizos como la función punitiva del derecho de daños, el restablecimiento de la culpa en demandas derivadas de crisis matrimoniales o el reproche jurídico de comportamientos que no están tipificados como ilícitos civiles o penales, por citar algunas de las cuestiones espinosas.

II. Por lo que a las demandas de resarcimiento por daños morales se refiere, no creo que se pueda seguir estimulando la sanción de la infidelidad —aunque disfrazada muchas veces por el discurso de la ocultación dolosa o culposa de la auténtica paternidad—, pero sí propiciar la reparación de aquellos daños producidos por la pérdida de los lazos sentimentales entre aquellos que se creían padres e hijos biológicos.

III. Es preciso avanzar en la senda de la reparación patrimonial por los gastos y pérdidas de oportunidad generados por una falsa atribución de la paternidad, camino que si bien parece cerrado por la jurisprudencia reacia a cualquier mecanismo de compensación por dichos gastos, bien merece una reflexión más pausada, a partir de los argumentos sobre la pertinencia del mecanismo del enriquecimiento injustificado reflejados en el voto particular a la STS de 24 de abril de 2015.

IV. En una necesaria reforma integral de las normas sobre la filiación, —y en especial de las acciones de filiación— ampliamente demandada por la doctrina, debería introducirse algún mecanismo restitutorio o resarcitorio adaptado a las particularidades del derecho de familia, con una clara limitación temporal y económica, evitando los efectos nocivos de una excesiva extensión del derecho de daños por la vía de la aplicación del artículo 1902 del Código Civil.

V. Un cauce más especializado y adecuado para las pretensiones restitutorias o resarcitorias no significa que no sea posible solicitar una indemnización por los daños morales provocados por la ocultación de la verdadera paternidad *ex* artículo 1902 del Código Civil, pero entiendo que debería estar restringida a aquellos supuestos en que, como consecuencia de la referida ocultación, exista una pérdida o importante merma de los lazos afectivos y de la relación entre el falso padre y aquella persona que creía ser su hijo.

VI. La tendencia marcada por la jurisprudencia del TEDH que reconoce la importancia de las relaciones de afectividad, por encima en muchas ocasiones de los hechos biológicos, debería inspirar la valoración del impacto psicológico por el descubrimiento de un fraude en la atribución de la paternidad.

Los nuevos contornos de las relaciones familiares en los que la patria potestad ha evolucionado hacia un concepto de responsabilidad parental en la que se prima el interés del menor, permiten que se explore un poco más este discurso.

VII. En suma, los supuestos indemnizables desde el punto de vista de los daños morales deberían limitarse a aquellos casos en que la ocultación de la paternidad signifique un auténtico quebranto psicológico derivado de la pérdida de la relación —o un importante desgaste de la misma— entre el demandante y sus, hasta la impugnación de la paternidad, hijos.

RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

- STS de 24 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1915)
- STS de 20 de noviembre de 2013*(RJ* 2013, 782)
- STS de 18 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 6849)
- STS de 13 de abril de 2012 *(RJ* 2012, 5902)
- STS de 21 de marzo de 2011 *(RJ* 2011, 2889)
- STS de 14 de julio de 2010 *(RJ* 2010, 5152)
- STS de 30 de junio de 2009 *(RJ* 2009, 5490)
- STS de 22 de septiembre de 2004 *(RJ* 2004, 5681)
- STS de 30 de julio de 1999 *(RJ* 1999, 5726)
- STS de 22 de julio de 1999 *(RJ* 1999, 5721)
- SAP de Cáceres de 8 de junio de 2016 (ROJ SAP CC 400/2016)
- SAP de Sevilla de 9 de julio de 2015 *(JUR* 2015, 235882)
- SAP de Jaén de 9 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 129380)
- SAP de Valencia de 13 de noviembre de 2014 *(AC* 2015, 228)
- SAP de Granada de 13 de junio de 2014 *(AC* 2014, 1628)
- SAP de Cádiz de 16 de mayo de 2014 *(JUR* 2014, 203955)
- SAP de Madrid de 9 de mayo de 2014 *(AC* 2014, 1397)
- SAP de Alicante de 16 de enero de 2013 *(JUR* 2013, 150976)
- SAP de León de 23 de noviembre de 2012 *(AC* 2012, 1643).
- SAP de Cádiz de 21 de septiembre de 2012 *(JUR* 2012, 353634)
- SAP de Ciudad Real de 29 de febrero de 2012 *(AC* 2012, 359)
- SAP de Barcelona de 27 de octubre de 2011 *(AC* 2015, 4436)
- SAP de A Coruña de 8 de noviembre de 2010 *(AC* 2010, 2303)
- SAP de Madrid de 15 de octubre de 2010 *(JUR* 2011, 17650)
- SAP de Murcia de 18 de noviembre de 2009 *(AC* 2010, 60)
- SAP de Castellón de 10 de febrero de 2009 *(AC* 2009, 346)
- SAP de León de 30 de enero de 2009 *(JUR* 2009, 192431)
- SAP de Barcelona de 31 de octubre de 2008 *(AC* 2009, 93)
- SAP de Cádiz de 4 de abril de 2008 *(JUR* 2008, 234675)
- SAP de Segovia de 11 de diciembre de 2007 *(JUR* 2008, 148138)
- SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 *(JUR* 2007, 340366)
- SAP de Burgos de 16 de febrero de 2007 *(JUR* 2007, 217448)
- SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007 *(JUR* 2007, 323682)
- SAP de León de 2 de enero de 2007 *(JUR* 2007, 59972)
- SAP de Pontevedra de 13 de diciembre de 2006 *(JUR* 2007, 38139)
- SAP de Baleares de 20 de septiembre de 2006 *(JUR* 2006, 279201)
- SAP de Barcelona de 22 de julio de 2005 *(JUR* 2006, 163268)
- SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 *(AC* 2004, 1994)
- SAP de Girona de 13 de junio de 2002 *(EDJ* 2002, 48376)

BIBLIOGRAFÍA

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2012). Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales. En: R. Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 103-174.

DÍEZ PICAZO, L. (2008). *El escándalo del daño moral*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas.

FARNÓS, E. (2007). Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18.ª, de 16 de febrero de 2007, *InDret*, núm. 2/2007, 1-25.

— (2011). Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 9-54.

FERRER I RIBA, J. (2001). Relaciones familiares y límites del derecho de daños. *InDret*, núm. 4/2001, 1-21.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2010). El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales. *InDret*, núm. 4/2010, 1-40.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. (2004). ¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales? *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales* núm. 15/2004, Aranzadi (BIB 2004\1732), 1-23.

MARTÍN CASALS, M. y RIBOT, J. (2011). Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás. *ADC*, tomo LXIV, II, 503-561.

PANIZA FULLANA, A. (2011). Filiación impugnada: prescripción y daños continuados. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm.9/2011 parte Comentario, BIB 2010\2871, 1-7.

PÉREZ GALLEGO, R. (2015). Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 141-175.

ROCA I TRÍAS, E. (2014). *Libertad y familia*, Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2000). La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil. En: J. A. Moreno Martínez (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid: Dykinson, pp. 533-566.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2009). *Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., y PÉREZ VALLEJO, A. M.ª (2012). *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamento para su reclamación*, Granada: Comares.

VARGAS ARAVENA, D. (2009). *Daños Civiles en el Matrimonio*, Madrid: La Ley.

NOTAS

[1] La noticia de prensa resume los principales aspectos del proyecto y se puede consultar en la página web del Ministerio de Justicia alemán http://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/08312016_Scheinvaterregress.html. Última consulta el 1 de septiembre de 2016.

[2] Si bien los casos judiciales aquí relatados se refieren esencialmente a situaciones de ruptura, el descubrimiento se puede dar en otros escenarios como la realización de un tratamiento médico, las características físicas del niño, etc. Y los daños alegados van desde la pérdida de oportunidades laborales o los perjuicios económicos relativos a la manutención del menor hasta la destrucción afectiva de la relación paterno-filial, pasando por el dolor causado por el sentimiento de traición y exposición pública de la vida privada, y la pérdida de la relación con aquellos que fueron criados y educados como hijos del demandante.

[3] Es ilustrativo el título del ya citado trabajo de MARTÍN CASALS, M. y RIBOT, J. (2011). Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás. *ADC*, tomo LXIV, II, 503-561.

[4] Con la salvedad de aquellos que sean resultado de delitos o de las propias normas del derecho de familia para las crisis matrimoniales. *Vid.,* LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2010). El

resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales, *InDret*, núm. 4/2010, p. 4.

[5] En los países del *common law* la reticencia a la aceptación del derecho de daños en el derecho de familia se ha imbuido de argumentos similares. Como pone de manifiesto ROCA I TRÍAS, analizando los criterios expuestos por PROSSER, el sistema español «…inserto en un ámbito político mucho menos influido por las motivaciones religiosas, llega seguramente a soluciones parecidas…», ROCA I TRÍAS, E., (2000), La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. J. A. Moreno Martínez), Madrid: Dykinson, p. 535.

[6] Para un desarrollo detallado *Vid.*, la obra SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., y PÉREZ VALLEJO, A. M.ª (2012). *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamento para su reclamación*, Granada: Comares.

[7] En la actualidad, puede constituir una causa de desheredación *ex* artículo 855.1 del Código Civil, que se refiere a «haber incumplido grave e reiteradamente los deberes conyugales», y motivar la pérdida del derecho de alimentos *ex* artículo 152.4 del Código Civil. También por remisión a la causa de ingratitud del artículo 855.1, puede ser una causa de revocación de las donaciones por razón del matrimonio *ex* artículo 1343 del Código Civil.

[8] Para estos autores la clave está en que la infidelidad no sea recíproca. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2012), Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales. En: R. Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Cizur Menor: Thomson Reuters, pp. 145-147.

[9] En esa línea, MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J. (2011, 506) se refieren a la paradoja presente en el hecho de que las reformas que eliminaron las causas del divorcio, promoviendo la ruptura unilateral «parecen haber espoleado a la doctrina a explorar la posibilidad de liquidar daños vinculados a la ruptura conyugal».

[10] Pero, a continuación no profundiza en la relación paterno-filial, en el sentimiento de ser padre. Asume la doctrina del TS que desarrolla el concepto de la infidelidad como una actuación potencialmente dañina para el honor. *Vid.*, STS de 21 de marzo de 2011.

[11] Por el contrario, la SAP de Madrid de 9 de mayo de 2014 resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia que condenaba a la demandada a una indemnización por daños morales de 4.000 euros, confirmando el fallo. En este caso ha puesto el foco exclusivamente sobre la infidelidad contenida en la ocultación de la paternidad y el daño moral que la misma ha causado en el demandante. En ningún momento se hace referencia a los lazos afectivos con la menor a la que creía hija.

[12] De todos modos, se reforma parcialmente la sentencia de instancia para reducir la indemnización a 30.000 euros.

[13] A pesar del intento de plantear la cuestión como daños continuados, se ha declarado la prescripción de la acción. La sentencia afirma que en este caso no se aplica la doctrina de los daños continuados visto que sí ha habido fraccionamiento o separación según los hechos probados. Desde el año 2001 cuando se presenta la enfermedad ya pudo haber reclamado, de tal forma que no puede basarse ahora en un informe médico del año 2005. Se afirma que: «los distintos conceptos por los que se reclama indemnización por daños morales residen en unos hechos perfectamente diferenciados y concretados en el tiempo». Sobre el tema, en especial en su comparación con el supuesto resuelto por la STS de 30 de junio de 2009, *vid.*, PANIZA FULLANA, A. (2011) Filiación impugnada: prescripción y daños continuados, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2011 parte Comentario, BIB 2010\2871, 1-7.

[14] Cita las SSAP de Cádiz de 3 de abril de 2008, de León de 2 de enero de 2007, y de Asturias de 28 de septiembre de 2009 y 15 de octubre de 2010.

[15] Hace referencia a las SSAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 y 2 de noviembre de 2011, Barcelona de 16 de enero de 2007. y Baleares de 20 de septiembre de 2006.

[16] SSAP de Ciudad Real de 29 de febrero de 2012, Toledo de 7 de noviembre de 2002, y Granada de 13 de junio de 2014.

[17] Postura mantenida, sin fisuras, por la reciente SAP de Cáceres de 8 de junio de 2016.

[18] El voto particular también hace hincapié en que la madre no ha actuado de buena fe. Dice que «En todo caso, si no bastara con las anteriores razones en pro de la debida

exigencia de la responsabilidad patrimonial de la mujer respecto de una obligación de alimentos que cobró, sin causa para ello, y con incumplimiento de su deber de patria potestad a prestarlos íntegramente, debe tenerse en consideración que su comportamiento, acreditado en el presente caso, constituyó una vulneración frontal y directa al principio general de la buena fe, tanto en su manifestación nuclear, como en sus respectivas aplicaciones (7.1 y 1258 del Código Civil). En efecto, convenció a su marido para que se sometiera a un sufrido y costoso tratamiento de fertilidad, para acto seguido, tener las relaciones extramatrimoniales que dieron lugar al nacimiento de su hija. Comportamiento doloso, a todas luces, que debió reforzar la pretensión restitutoria que aquí se reclama pues, en caso contrario, se premia la impunidad de actuación y la ausencia de la responsabilidad tanto respecto de ella, como del verdadero progenitor, al cual ya no se le podrá reclamar el pago de estos alimentos que el marido realizó, sin causa y de forma indebida».

[19] En la misma línea de considerar el conocimiento en sentido estricto, sin vincularlo a la firmeza de la sentencia de impugnación, se encuentra la SAP de Madrid de 15 de octubre de 2010.

[20] En el supuesto resuelto por la SAP León de 30 de enero de 2009, se enfatiza que la demandada mantuvo relaciones extramatrimoniales con la intención de quedarse embarazada.

1.7. Concursal civil

La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario. Análisis de las reformas operadas por la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales*

Suspension of the eviction of mortgagors. Examination of the reforms introduced by Law 25/2015 on the second-chance mechanism, and the recent caselaw of the Courts

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: La excepcional figura de suspensión de los lanzamientos, introducida en el Derecho español por el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, ha visto ampliado su ámbito de aplicación de forma sucesiva por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que lo derogó tácitamente sustituyendo su regulación por una nueva modificada en parte, y por la Ley 25/2015, de 28 de julio, procedente del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero. Las modificaciones introducidas en esta figura, con esa finalidad de ampliación de su ámbito de aplicación, han afectado tanto a su ámbito de aplicación temporal, como a su ámbito de aplicación subjetivo. En relación con el primero, la autora interpreta que el *dies a quo* de la medida de suspensión de los lanzamientos debe computarse desde la fecha de expedición del testimonio del decreto de adjudicación y extenderse por un periodo de cuatro años, de manera que los lanzamientos de las familias ejecutadas y beneficiadas por la medida de suspensión solo podrían iniciarse a partir del 16 de mayo de 2017 y siempre que hubieran transcurrido cuatro años de ocupación a título gratuito del inmueble. En relación con el ámbito de aplicación subjetivo, se analiza la medida de elevación de los ingresos máximos que puede percibir la unidad familiar, ingresos que se fijaron en cuatro o cinco veces el IPREM, por Ley 1/2013, en ciertos casos de excepción (en beneficio de discapacitados), y que la Ley 25/2015 ha determinado que deben computarse en todo caso sobre el IPREM de catorce pagas. Igualmente se postula que en relación con el nuevo colectivo acreedor de la medida según la Ley 25/2015 (mayores de

* Este trabajo ha contado con la financiación del Ministerio de Economía y Competitividad, a través del Proyecto DER 2013-46315 «Préstamo responsable y ficheros de solvencia». Investigadora Principal: M. CUENA CASAS.

60 años), la suspensión del lanzamiento les resulte aplicable aunque no formen parte de una unidad familiar.

ABSTRACT: The exceptional principle of the suspension of evictions, introduced into Spanish Law by Royal Decree-law 27/2012 of 15 November, has seen its scope of application successively extended by Law 1/2013 of 14 May, which tacitly repealed it and replaced its regulation with new partially-amended provisions, and by Law 25/2015 of 28 July, deriving from Royal Decree-law 1/2015 of 27 February. The amendments introduced into this principle, with the aim of extending its scope of application, have affected both its temporal scope of application and its subjective scope of application. With regard to the former, the author interprets that the dies a quo of the measure for the suspension of evictions should be calculated as from the date the deed is issued after the auction, and that it should extend for a term of four years, such that the eviction of families foreclosed on and who benefit from the suspension measure may only commence as from 16 May 2017, provided that they have been able to occupy the dwelling free of charge for four years. With regard to the subjective scope of application, the measure to increase the maximum income that the family unit may receive is examined. Said income was defined by Law 1/2013 as four or five times the Public Indicator of Multiple-Effect Income (IPREM), in certain exceptional cases (for the benefit of disabled people), and Law 25/2015 provides that it must always be calculated on the basis of the Spanish Public Multiple Effect Income Indicator (IPREM) payable in fourteen instalments. Likewise, it is argued that in relation to the new class of persons benefitting from the measure under Law 25/2015 (persons aged over 60), the suspension of eviction applies to them although they are not part of a family unit.

PALABRAS CLAVE: Ejecución hipotecaria. Suspensión del lanzamiento.

KEY WORDS: Mortgage foreclosure. Suspension of eviction.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL REAL DECRETO-LEY 27/2012, DE 15 DE NOVIEMBRE, LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO Y LA LEY 25/2015, DE 28 DE JULIO, DE MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD.—III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS.—IV. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS.—V. CONCLUSIONES. —VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, procedente del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, incorpora en su Título I bajo la rúbrica «*Medidas urgentes para la reducción de la carga financiera*», una reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (relativa, en esencia, a la figura preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos y al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho o segunda oportunidad o *fresh start*[1]); una

reforma del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (norma que introdujo en el Derecho español el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de la deuda hipotecaria); y una reforma 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, concretamente de su artículo 1, el cual, junto con el artículo 2, había regulado la suspensión de los lanzamientos de los deudores hipotecarios, derogando tácitamente la norma que inicialmente introdujo esta figura en el ordenamiento jurídico, esto es, el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

II. EL REAL DECRETO-LEY 27/2012, DE 15 DE NOVIEMBRE, LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO Y LA LEY 25/2015, DE 28 DE JULIO, DE MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD

El Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que entró en vigor el 16 de noviembre de 2012 de acuerdo con su Disp. Final 2.ª, fue la primera norma que reguló la suspensión inmediata y por un plazo de dos años (art. 1.1) de los desahucios de las familias que el legislador identificó como especialmente vulnerables. De manera que en dicho plazo de dos años no podían producirse lanzamientos de dichas familias, de las fincas adjudicadas al acreedor hipotecario o persona que actuase por su cuenta, en ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial, siempre que se tratase de la vivienda habitual.

Esta medida tenía carácter *excepcional y temporal, por lo que quedaba excluida la aplicación analógica de la norma* (art. 4.2 del Código Civil)[2], así como claros efectos retroactivos, pues se aplicaba a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubiesen iniciado *a la entrada en vigor de la norma (por lo tanto, a fecha de 16 de noviembre de 2012) y en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento*. La norma dejaba inalterado el procedimiento de ejecución hipotecaria (E. de M., párrafo VI), garantizando al deudor hipotecario y su familia que podría permanecer en la vivienda habitual adjudicada al acreedor, sin pagar renta o merced alguna, durante el periodo de suspensión del lanzamiento, en la confianza de que, a la finalización de dicho periodo, el deudor habría superado la situación de dificultad en que se encontraba, estando en condiciones de subvenirse una vivienda en alquiler o en propiedad (E. de M., párrafo X).

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que entró en vigor el 15 de mayo de 2013 (Disp. Final 4.ª), no previó expresamente la derogación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, pero hay que pensar que lo derogó tácitamente, en cuanto establecía una nueva regulación incompatible con la de dicho Real Decreto-ley.

En efecto, el Real Decreto-ley preveía la suspensión de los lanzamientos durante dos años a contar desde su entrada en vigor, por lo tanto, en principio, de 16 de noviembre de 2012 a 16 de noviembre de 2014, siendo aplicable la norma a los procesos judiciales que se hubiesen iniciado antes del 16 de noviembre de 2012, y en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento, *aunque también podrían lucrase de tal beneficio los deudores hipotecarios afectados por ejecuciones*

hipotecarias iniciadas a partir del 16 de noviembre de 2012 (Cfr. Disp. Transitoria Única Real Decreto-ley 27/2012).

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 1/2013 preveía que «hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de esta Ley [la cual se produjo el 15 de mayo de 2013, según su Disp. Final 4.ª], no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo». Estableciendo, a su vez, la Disp. Transitoria 1.ª de la Ley 1/2013 que «esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma *en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento*». Tales procesos podían ser *anteriores o posteriores* al 16 de noviembre de 2012, según lo explicado, por lo que *implícitamente* había que entender que la anterior regulación de la suspensión de los lanzamientos quedaba sustituida (y por lo tanto, tácitamente derogada) por el Capítulo I de la Ley 1/2013, «antidesahucios» (arts. 1 y 2)[3].

La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social[4], procedente del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero[5], cuya redacción confirma en este punto, ha modificado (art. 3), los apartados 1, 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, dándoles nueva redacción, con vistas a ampliar por un plazo adicional de 2 años más la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos que la ley considera especialmente vulnerables, ampliando también el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, y por lo tanto, la consideración de colectivos vulnerables[6].

III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS

Trataremos ahora del *dies a quo* y del *dies ad quem* de la medida de suspensión de los lanzamientos. De acuerdo con el artículo 1.1 de la Ley 1/2013, en su nueva redacción, podría entenderse que solo hasta el 15 de mayo de 2017 (incluido) estarán suspendidos los lanzamientos de los deudores hipotecarios de su vivienda habitual, pudiendo aquellos reiniciarse a partir del 16 de mayo de 2017 (si no se desalojase voluntariamente la vivienda).

Es evidente que las circunstancias tanto personales como económicas de la familia pueden verse alteradas a lo largo del procedimiento de ejecución, y por ello el artículo 2 de la Ley 1/2013 señala que la concurrencia de las circunstancias a que se refiere en su artículo 1 se acreditará por el deudor *en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes del lanzamiento*[7], pero, en puridad y en principio, realmente *el momento procesal oportuno a que hay que atender para entender concurrentes dichas circunstancias es el momento de la adquisición por el acreedor hipotecario* (de acuerdo con los artículos 673 y 674 LEC, momento de expedición por el Secretario judicial del testimonio comprensivo del decreto de adjudicación al acreedor[8]), pues es en tal momento cuando surge para el adquirente el derecho a obtener la posesión judicial y el lanzamiento de los ocupantes del inmueble (art. 675 LEC)[9]. En consecuencia, entiendo que es en este momento y no en otro, en el que el juez (o el notario) encargado del procedimiento deberá formular una declaración de « status de *familia en situación*

de especial vulnerabilidad», dando audiencia al acreedor, el cual podrá solicitar el desalojo si considera que los ocupantes no tienen título suficiente (legal) para permanecer en el inmueble (esto es, no son familia especialmente vulnerable). *En este caso, el deudor debería tener presentada su documentación antes de expedirse el testimonio del decreto de adjudicación.*

Entiendo que el juez o notario deben pronunciar esa resolución *declarativa* de la situación de familia especialmente vulnerable, pues se desprende del espíritu de la norma que ella es *conditio iuris* para la aplicación de la medida legal de suspensión del lanzamiento. Es evidente que al juez o notario le corresponderá verificar y comprobar el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 1 de la Ley y, por lo tanto, sobre la base del cumplimiento de tales requisitos, declarar el *status* de familia especialmente vulnerable, o bien denegar tal declaración y, en consecuencia, el beneficio de la suspensión del lanzamiento (que es una excepción al derecho concedido al adquirente en la ejecución en el art. 675 LEC).

Si el desalojo ya era inmediato a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2015 (29 de febrero de 2015), pues la familia no cumplía los requisitos previstos en el artículo 1 de la Ley 1/2013 (en su redacción originaria) y el adjudicatario había hecho uso del artículo 675.2.2.º LEC, habiéndose formulado petición de lanzamiento, *pero con la nueva redacción del artículo 1 de la Ley (operada por dicho Real Decreto-ley 1/2015), la familia si cumple los requisitos a que se condiciona la suspensión del lanzamiento,* deberá suspenderse la vista prevista en el artículo 675.3 LEC el tiempo suficiente para que el deudor (que haya presentado declaración responsable en el sentido del artículo 2.d) Ley 1/2013) acredite su situación de especial vulnerabilidad. El Tribunal, por medio de auto, resolverá sobre el lanzamiento, que decretará en todo caso si el ocupante u ocupantes no comparecieren sin justa causa.

Si ya había recaído auto que resolvía sobre el lanzamiento, y con la nueva redacción dada al artículo 1 de la Ley 1/2013 por el Real Decreto-ley 1/2015 la familia cumple con los requisitos legales para obtener la suspensión del lanzamiento, la ley obligaría a suspender su ejecución (*arg. ex* Disp. Transitoria 1.ª Ley 1/2013), en la medida en que el deudor formule tal solicitud y presente al mismo tiempo una declaración responsable relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situado en el ámbito de aplicación de la norma, requisitos que acreditará diligentemente en el plazo más breve posible.

Vemos, pues, que las situaciones contempladas por la Ley 1/2013, tras su reforma por el Real Decreto-ley 1/2015, son diversas y que de computarse el plazo de suspensión de los lanzamientos del modo primeramente indicado (4 años *desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013*), *habría deudores hipotecarios que no se beneficiarían de una suspensión del lanzamiento durante cuatro años*, pues podría consumirse una buena parte de dicho plazo durante la propia tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria, pudiendo suspenderse el lanzamiento *por tiempo muy inferior*, lo que podría impedir la recuperación económica del deudor (fin de la norma expresado en su E. de M.). Por ello pienso que lo más razonable es entender que el plazo de suspensión del lanzamiento es *de cuatro años a contar desde la fecha del testimonio expedido por el Secretario Judicial comprensivo del decreto aprobatorio de la adjudicación, pues es en esa fecha cuando el deudor pierde la propiedad y queda sujeto al lanzamiento,* aunque las circunstancias del artículo 1 Ley 1/2013 y la solicitud de suspensión del lanzamiento se verifiquen con posterioridad, por razón de lo avanzado del procedimiento al entrar en vigor la nueva redacción de la Ley 1/2013, o por devenir después la familia en situación de vulnerabilidad.

Verificada la declaración judicial de «*status de familia en situación de especial vulnerabilidad*», parece que debería articularse de algún modo la inscripción, en sentido amplio, de la misma en el Registro de la propiedad, *junto con la fecha de inicio y fin del plazo de suspensión del lanzamiento, pues ello vendría exigido por el principio de especialidad*. Además ello garantizaría el perjuicio a todo tercero adquirente (incluso un tercero hipotecario) a que tiene derecho el ejecutado, en la medida en que las entidades crediticias pueden enajenar la finca de su propiedad, pues no están sujetas a ninguna prohibición legal o judicial de disponer. La posibilidad de inscripción de tal declaración judicial depende de la naturaleza jurídica que se atribuya al derecho concedido *ex lege* al ejecutado[10].

Por lo tanto, y en conclusión, habría que entender que los desahucios podrían comenzar, para las familias en situación de especial vulnerabilidad sujetas a la Ley 1/2013 solo *a partir del 16 de mayo de 2017, y siempre que hubiesen transcurrido 4 años de ocupación a título gratuito del inmueble, desde la fecha de expedición del testimonio del decreto de adjudicación*.

La norma no resuelve si la suspensión puede decretarse de oficio por el juez. Parece que no, siendo precisa la solicitud de parte, pero simplemente presentando un escrito y adjuntando la documentación necesaria, sin necesidad de previa personación mediante abogado y procurador. Si el juez denegase la solicitud mediante auto, sería de aplicación el artículo 562 LEC[11], relativo a las impugnaciones de infracciones legales durante el curso de la ejecución, que permite recurrir en reposición o mediante la interposición de un escrito dirigido al Tribunal. La resolución del juez que conoce de la ejecución no tendría efecto de cosa juzgada, por lo que la cuestión podría volver a plantearse en un ulterior proceso declarativo[12].

IV. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS

El artículo 1.4 del Real Decreto-ley 27/2012 señalaba que «a los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá: …

… b) Por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar[13, 14]».

Esta definición debía ponerse en relación con el apartado 2 del artículo 1 del Real Decreto-ley 27/2012. Esto es, *la unidad familiar definida en el artículo 1.4*[15] debía encontrarse en alguno de los supuestos que la hacían especialmente vulnerable, lo que el legislador entendía que se producía en los siguientes casos:

a) La unidad familiar era una *familia numerosa* de acuerdo con la legislación (Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas).
b) La unidad familiar era monoparental con dos hijos a cargo. *Strictu sensu*, dada la definición legal de unidad familiar, haría referencia al supuesto exclusivo de que hubiese fallecido el cónyuge del deudor o su pareja de hecho inscrita[16].
c) De la unidad familiar formaba parte un menor de tres años.
d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tuviese *declarada* discapacidad superior al 33%, situación de dependencia o enfermedad que

le incapacitase acreditadamente de forma permanente para realizar *una actividad laboral* (luego, debía tener declarada una incapacidad permanente, absoluta o gran invalidez).

e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encontrase en situación de desempleo y hubiese agotado las prestaciones por desempleo[17].

f) Unidad familiar con la que conviviesen, en la misma vivienda, una o más personas que estuviesen unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge [no con la pareja de hecho inscrita] por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o *afinidad*, y que se encontrasen en situación personal de discapacidad [no siendo necesario tener reconocido un 33% de grado de minusvalía, pues la norma no lo exige], dependencia, [o] enfermedad grave que les incapacitase *acreditadamente* de forma *temporal o permanente* para realizar *una actividad laboral [o sea, toda actividad laboral, pues no indica «su» actividad laboral].*

g) Unidad familiar en que existiese una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituyese su domicilio habitual.

Además de los supuestos de especial vulnerabilidad, para que resultase aplicable la medida de suspensión de los lanzamientos, debían concurrir una serie de circunstancias económicas:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no superase el límite de tres veces el IPREM.

b) Que en los cuatro años anteriores al momento de su solicitud, la unidad familiar hubiese sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda. De acuerdo con el artículo 1.4.a) se entendería que se había producido tal alteración significativa cuando el esfuerzo que representase la carga hipotecaria sobre la renta familiar se hubiese multiplicado por al menos 1,5. Dicha alteración significativa no era preciso que se hubiese manifestado *durante* el periodo de los cuatro años anteriores a la solicitud, sino *en dicho periodo,* que probablemente el legislador había hecho coincidir con el estallido de la burbuja inmobiliaria (4 años anteriores a una solicitud presentada antes de la expiración del año 2012, situaba el incremento del esfuerzo hipotecario en el 2008, fecha del estallido de la burbuja inmobiliaria, a lo que contribuyó la paulatina subida de tipo de interés por el Banco Central Europeo que afectó a los índices de referencia de los préstamos a interés variable). Ahora bien, entendíamos que tal alteración significativa de las circunstancias económicas debería estar vigente en el momento de formularse la declaración de «*status de familia en situación de especial vulnerabilidad*»[18].

c) Que la cuota hipotecaria resultase superior al 50% de los ingresos netos que percibiese el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

d) Que se tratase de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recayese sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma[19].

De lo expuesto se desprendía que los miembros de la unidad familiar podían tener ingresos, *incluso procedentes del trabajo o de actividades económicas*, siempre que no superasen el límite de tres veces el Indicador Público de Renta

de Efectos Múltiples. Además, la cuota hipotecaria bastaba que resulte superior al *50 por cien de los ingresos netos que percibiese el conjunto de miembros de la unidad familiar.* La existencia de fiadores, o de otros garantes reales no impedía la aplicación de la norma, ni tampoco la existencia de codeudores ajenos a la familia. Evidentemente el fin perseguido por la norma era diverso al perseguido por el Real Decreto-ley 6/2012. Este pretendía *la novación de la deuda hipotecaria y la reducción del esfuerzo hipotecario de los deudores (evitando la ejecución hipotecaria) o bien, la dación en pago extintiva de toda la deuda pendiente.* El Real Decreto-ley 27/2012 no reducía el esfuerzo hipotecario de los deudores ni impedía la ejecución hipotecaria, sino que *pretendía asegurar la habitación del deudor y su familia durante un plazo de dos años, sin pagar canon o renta alguna, por no estar en condiciones de subvenirse una nueva vivienda*.

Cuestión importante que planteaba la norma es si protegía también al *fiador real*, esto es, al hipotecante por deuda ajena, que suele ser un pariente próximo del deudor hipotecario que adquiere mediante préstamo hipotecario su vivienda habitual. Aunque el texto legal parecía pensar en el deudor hipotecario, es evidente que el sentido de la norma también amparaba a este hipotecante no deudor, si reunía los requisitos del artículo 1 del Real Decreto-ley 27/2012. Incluso señalaban RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA que si tanto deudor hipotecario como hipotecante no deudor conviviesen bajo el mismo techo (esto es, en la vivienda habitual del *fiador real*) «aunque uno de ellos lo haya hecho sobrevenidamente, como a veces ocurre, por un cambio en su situación económica que le haya obligado a retornar a la vivienda de sus padres o familiares, los Tribunales deberán juzgar [en cuanto a la concurrencia de los requisitos del artículo 1 en la unidad familiar de uno u otro] en la forma más benévola para hacer efectiva la protección de los afectados, tanto en lo concerniente a las condiciones de la unidad familiar como en cuanto al nivel de renta exigido»[20].

En cuanto al acreedor adjudicatario afectado, si bien la ley pensaba en principio en entidades financieras, podía ser también un particular o sociedad, que no siendo entidad financiera de las autorizadas en la Ley del Mercado Hipotecario, hayan sido acreedores hipotecarios de particulares. Era posible también que el acreedor ejecutante se hubiera reservado la facultad de ceder el remate a tercero. ¿Afectaría en tal caso al cesionario del remate la suspensión del desahucio decretada por el legislador? Hay que tener en cuenta que con la cesión del remate la ley procesal facilita una nueva transmisión inmediata a favor del tercero cesionario en el mismo procedimiento sin necesidad de constancia registral de la transmisión intermedia[21]. Por ello, este cesionario debería resultar afectado por la medida de suspensión de la misma forma que el acreedor adjudicatario, para evitar que mediante la realización de tales cesiones, pudiera defraudarse el tenor de la norma[22].

Si el inmueble hipotecado hubiera sido vendido a un tercer adquirente que se hubiese subrogado en la posición jurídica del deudor hipotecario (art. 1205 del Código Civil y art. 118.1.º LH), dicho tercer adquirente, en mi opinión, entraba dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 27/2012, en cuanto deudor hipotecario que asumía una hipoteca y la responsabilidad personal derivada del préstamo para la adquisición de su vivienda habitual.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, amplió el ámbito de aplicación personal de la medida de suspensión de los lanzamientos. Si bien *no modificó los supuestos de especial vulnerabilidad que debían concurrir en la unidad familiar (art. 1.2 en relación con el artículo 1.4 de la misma), sí que modificó una de las circunstancias económicas que además debían concurrir, para la aplicación*

de la suspensión de los lanzamientos. Concretamente, la relativa a los ingresos de la unidad familiar.

El artículo 1.3.a) de la misma estableció que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no podría superar el límite de tres veces el IPREM, *salvo en dos supuestos, lo que constituía la novedad introducida*.

En efecto, dicho límite sería de *cuatro veces* el IPREM en los supuestos previstos en las letras d) y f) del artículo 1.2, esto es, cuando se tratase de «unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33%, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral» (art. 1.2.d) Ley 1/2013) o bien cuando se tratase de «unidad familiar con la que convivan en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, [o] enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral» (art. 1.2.f) Ley 1/2013).

El segundo supuesto en que se exceptuaba la regla de ingresos no superiores a tres veces el IPREM era el caso de que «el ejecutado sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33% [parece que en los tres casos, o por lo menos, en los dos últimos], o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente [aunque sea transitoriamente], a la persona [o sea, al ejecutado] o a su cuidador, para realizar una [toda] actividad laboral». En este caso, los ingresos de la unidad familiar podían ser de hasta 5 veces el IPREM. Parecía, igualmente, que la situación de especial vulnerabilidad *venía dada por las condiciones concurrentes en el propio ejecutado,* por lo que bastarían dichas condiciones para cumplir lo previsto en el artículo 1.2 (situación de especial vulnerabilidad) y 1.3.a) (requisito económico de ingresos), sin necesidad de que concurriera *además* alguna de las circunstancias del artículo 1.2 o de que el ejecutado tuviera una unidad familiar en los términos del artículo 1.4.b).

Lo expuesto debía ser puesto en relación con el artículo 1.3.b) y c) y con el artículo 1.4.a) Ley 1/2013[23].

La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, procedente del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, mantiene la redacción dada por este Real Decreto-ley al art. 1, apartados 1, 2 y 3 de la Ley 1/2013, *redacción que amplía el ámbito de aplicación subjetivo de la misma por medio de una doble vía.* Por un lado, al considerar como supuesto de especial vulnerabilidad el que el deudor sea *mayor de 60 años* y por otro lado, al modificar la primera de las circunstancias económicas que deben concurrir para la aplicación de la medida de suspensión del lanzamiento (art. 1.3.a) Ley 1/2013), en el sentido de que «el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el IPREM anual *de catorce pagas*», o bien de cuatro o cinco veces dicho indicador, en los casos de excepción previstos en el mismo artículo 1.3.a) Ley 1/2013 (y a que nos hemos referido antes). Es de notar que a diferencia de la redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2015 al artículo 3.1.b). 5.º del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en este caso *no se indica expresamente que el*

supuesto de vulnerabilidad concurre aunque el deudor mayor de 60 años no reúna los requisitos para ser considerado unidad familiar. Sin embargo, nos inclinamos a pensar que el espíritu de la norma es considerar la concurrencia de la situación de vulnerabilidad siempre que el deudor tenga 60 años o más, con independencia de cualquier otra consideración.

V. CONCLUSIONES

I. La excepcional figura de suspensión de los lanzamientos, introducida en el Derecho español por el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, ha visto ampliado su ámbito de aplicación de forma sucesiva por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que lo derogó tácitamente sustituyendo su regulación por una nueva modificada en parte, y por la Ley 25/2015, de 28 de julio, procedente del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero.

II. Las modificaciones introducidas en esta figura, con esa finalidad de ampliación de su ámbito de aplicación, han consistido en posponer la fecha a partir de la cual puede procederse al lanzamiento del deudor hipotecario, fecha que según la Ley 25/2015 será el 16 de mayo de 2017; así como elevar los ingresos máximos que puede percibir la unidad familiar, ingresos que se fijaron en cuatro o cinco veces el IPREM, por Ley 1/2013, en ciertos casos de excepción (en beneficio de discapacitados), y que la Ley 25/2015 ha determinado que deben computarse en todo caso sobre el IPREM de catorce pagas; así como ampliar los supuestos de especial vulnerabilidad, señalando como nuevo colectivo acreedor de la medida a los mayores de 60 años, sin más consideraciones.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- ATC 129/2014, de 5 de mayo
- SAP de Granada (Sección 3.ª), de 15 de mayo de 2015
- AAP de Cádiz (Sección 8.ª), de 30 de junio de 2014
- AAP de Barcelona (Sección 17.ª), de 26 de noviembre de 2014
- AAP de Barcelona (Sección 19.ª), de 27 de noviembre de 2014
- AAP de Madrid (Sección 14.ª), de 11 de febrero de 2015
- AAP de Barcelona (Sección 13.ª), de 17 de abril de 2015
- AAP de Barcelona (Sección 16.ª), de 28 de abril de 2015
- AAP de Gerona (Sección 2.ª), de 22 de abril de 2015
- AAP de Gerona (Sección 2.ª), de 6 de mayo de 2015
- AAP de Gerona (Sección 1.ª), de 16 de julio de 2015
- AAP de Barcelona (Sección 14.ª), de 4 de febrero de 2016
- AAP de Barcelona (Sección 19.ª), de 17 de febrero de 2016

VII. BIBLIOGRAFÍA

JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2013). El Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, ¿un derecho de habitación legal de la familia ejecutada o un comodato forzoso? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm., 736, 1230-1257.

— (2014). La derogación tácita del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios,

por el Capítulo I (Suspensión de los lanzamientos) de la Ley «anti-desahucios». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm., 742, 748-764.

— (2015). La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario y su familia, y la continuación de la ejecución ordinaria posterior, tras la Ley 1/2013, «anti-desahucios». En: M. Cuadrado Iglesias (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo.* Vol. 2. Madrid: Editorial La Ley (pp. 1308-1338).

— (2016). La exoneración de pasivo pendiente y la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 756, 2318-2341.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. (2015). La suspensión de los lanzamientos sobre la vivienda habitual en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reformar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. En: M. Cuadrado Iglesias (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo.* Vol. 2. Madrid: Editorial La Ley (pp. 1387-1410).

NÚÑEZ IGLESIAS, A. (2014). La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria. En: J. A. Escartín Ipiéns (coord.). *La protección del deudor hipotecario: aproximación a la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.* Granada: Editorial Comares (pp. 193-212).

RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2015). Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios: la suspensión de los lanzamientos y el alquiler social. En: M. Cuadrado Iglesias (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo.* Vol. 2. Madrid: Editorial La Ley (pp. 1429-1459).

RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y DE LUCCHI LÓPEZ TAPIA, Y. (2012). Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. *Diario La Ley,* núm. 7977.

— (2013). Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. *Diario La Ley,* núm. 7994.

SÁNCHEZ JORDÁN, M.ª E. (2016). Deudas derivadas de la adquisición de vivienda y exoneración concursal del pasivo insatisfecho. En: M. Espejo Lerdo de Tejada (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución.* Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi (pp. 939-997).

VILLEY, M. (2003). *Filosofía del Derecho.* Traducción de Evaristo Palomar Maldonado. Barcelona: *Scire* Universitaria.

NOTAS

[1] Ambas figuras fueron introducidas en el ordenamiento jurídico español por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Sobre el régimen de segunda oportunidad *vid*.: SÁNCHEZ JORDÁN, M.ª E., 2016 y JIMÉNEZ PARÍS, 2016.

[2] No obstante la medida también era aplicable en el caso de ejecución ordinaria basada en la escritura de constitución de hipoteca (art. 517.4.º LEC) o en el caso de ejecución ordinaria abierta tras una sentencia recaída en un declarativo seguido contra el deudor hipotecario, pues la *ratio legis* de la norma también en estos casos estaba presente, y había que entenderlos incluidos en su espíritu aunque no estuviesen enunciados expresamente (*arg. ex* Disp. Transitoria Única del Real Decreto-ley 27/2012 que habla de «*procesos judiciales*… de ejecución hipotecaria»). Si bien es cierto que el acreedor hipotecario no suele utilizar

estas vías procedimentales sino el procedimiento especial de ejecución hipotecaria judicial (antiguo artículo 131 LH [hoy Cap. V, Tít. IV, Libro III de la LEC] o el procedimiento de venta extrajudicial ante Notario. En este sentido señalaban RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA que «atendiendo a la propia E. de M. del Real Decreto-ley, que establece que las suspensiones afectarán a *cualquier* proceso judicial o extrajudicial, *una interpretación teleológica del mismo* nos obliga a pensar que el ámbito de aplicación *se extiende* [interpretación extensiva] a todos los procesos de ejecución, hipotecarios u ordinarios, o a ejecuciones derivadas de monitorios, siempre que se esté ejecutando una garantía hipotecaria» (RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ TAPIA, 2013).

[3] Si bien los lanzamientos ya suspendidos con arreglo a lo previsto en el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, parece que se regirán por lo dispuesto en el mismo (así en cuanto al periodo de suspensión). El AAP de Madrid (Sección 14.ª), de 11 de febrero de 2015, resuelve la cuestión de si en el supuesto era aplicable el Real Decreto-ley 27/2012, como entendía el Juzgado de Primera Instancia, o bien la Ley 1/2013, como entendía el apelante. La cuestión tenía su trascendencia pues el Juez de Instancia había estimado la pretensión de suspensión del lanzamiento, pero suspendiendo el mismo durante dos años desde la fecha de entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley (16 de noviembre de 2012), o sea, hasta el 14 de noviembre de 2014, mientras que el deudor ejecutado apelante pedía la suspensión, en aplicación de la Ley 1/2013, hasta el 15 de mayo de 2015. La Audiencia indica que «el Real Decreto-ley 27/2012 preveía la suspensión del lanzamiento durante dos años en las ejecuciones hipotecarias, cuando los deudores se hallaran en situación de exclusión social, mandato que se extendía a los procesos en marcha a su entrada en vigor, en los que no se hubiera practicado el lanzamiento. …Hemos revisado ambos textos legales, y no vemos que la Ley 1/2013 contenga disposición derogatoria del Real Decreto-ley 27/2012, aunque ambos contengan disposiciones transitorias en las que se prevé la suspensión del lanzamiento en los mismos términos; procesos en marcha en los que no se hubiera ejecutado el lanzamiento. En estas circunstancias *el principio de derogación tácita del artículo 2.2 del Código Civil y el hecho de que no se pidiera la posesión hasta el 13 de septiembre de 2013, fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 nos hacen pensar que la ejecución no estaba agotada, por lo que procede la aplicación de la Ley 1/2013, suspendiendo el lanzamiento hasta el 15 de mayo de 2015*». Razón por la que se estima el recurso de apelación y se revoca el Auto del Juzgado de Primera Instancia.

[4] Vigencia de 30 de julio de 2015 (Disp. Final 21.ª Ley 25/2015).

[5] Vigencia de 29 de febrero de 2015 (Disp. Final 3.ª del Real Decreto-ley 1/2015).

[6] Aplica la medida de suspensión del lanzamiento hasta el 15 de mayo de 2017, por entender aplicable lo previsto en el artículo 1.1. de la Ley 1/2013, según la redacción dada por el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, el AAP de Barcelona (Sección 16.ª), de 18 de abril de 2015. Auto cuyo razonamiento, por otro lado, es discutible, dado que el deudor hipotecario que solicitaba la medida de suspensión del lanzamiento no residía en la vivienda objeto de ejecución hipotecaria, habiendo trasladado su residencia a Ecuador junto con su cónyuge. Artículo 1 Ley 1/2013, en redacción dada por Ley 25/2015 (indicamos en cursiva las novedades respecto del texto anterior): 1. «Hasta transcurridos *cuatro años* desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo. 2. Los supuestos de especial vulnerabilidad a los que se refiere el apartado anterior son: a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente. b) Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo. c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años. d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral. e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo. f) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y

que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral. g) Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituya su domicilio habitual. h) *El deudor mayor de 60 años*. 3. Para que sea de aplicación lo previsto en el apartado 1 deberán concurrir, además de los supuestos de especial vulnerabilidad previstos en el apartado anterior, las circunstancias económicas siguientes: a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual *de catorce pagas*. Dicho límite será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual *de catorce pagas* en los supuestos previstos en las letras d) y f) del apartado anterior, y de cinco veces dicho indicador en el caso de que el ejecutado sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral. b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda. c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma. 4. A los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá: a) Que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5. b) Por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar».

[7] Artículo 2, Ley 1/2013, de 14 de mayo. *Acreditación. La concurrencia de las circunstancias a que se refiere esta Ley se acreditará por el deudor en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento, ante el Juez o el Notario encargado del procedimiento*, mediante la presentación de los siguientes documentos: a) Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar: 1.º Certificado de rentas y, en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios. 2.º Últimas tres nóminas percibidas. 3.º Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo. 4.º Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales. 5.º En caso de trabajador por cuenta propia se aportará el certificado expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida. b) Número de personas que habitan la vivienda: 1.º Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho. 2.º Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores. c) Titularidad de los bienes: 1.º Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar. 2.º Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere. d) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situado en el ámbito de aplicación de esta Ley. Es motivo para denegar la suspensión del lanzamiento la falta de acreditación de las circunstancias personales y económicas a que se refiere la Ley. Así, el AAP de Gerona (Sección 2.ª), de 22 de abril de 2015 confirma la resolución de instancia

que desestimó la suspensión del lanzamiento «porque en primer lugar no se indica en el recurso cual es el supuesto concreto de especial vulnerabilidad de los relacionados en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que se viene invocando por la parte recurrente, lo cual constituye la premisa ineludible para acceder al beneficio que se propugna …No se ha aportado libro de familia …lo cual impide conocer la existencia o no de hijos integrantes de la unidad familiar, cuyos ingresos debieran de ser computados a los efectos de las pretensiones deducidas. Los certificados de empadronamiento que se acompañan con el recurso, no son acreditativos de las personas empadronadas en la vivienda hipotecada, al tratarse de certificados individuales, de manera que no se cumple con lo exigido en el artículo 2.b) de la Ley 1/2013, desconociéndose cuáles son los miembros de la unidad familiar y los eventuales ingresos que pudieran obtener. Pero es más, aunque admitamos que el inmueble hipotecado constituye la vivienda habitual de los codemandados, deudores hipotecarios, tal y como exige la citada Ley, cosa que la documentación obrante en los autos contradice, pues toda la documentación relativa a los demandados sitúa su domicilio habitual en Barcelona, incluida la escritura de préstamo hipotecario que sirve de título y que el contrato de arrendamiento de vivienda de 24 de marzo de 2010 corrobora, circunstancia que unos empadronamientos individuales e intempestivos en la vivienda hipotecada situada en La Escala (Gerona), (localidad diferente a aquella en la que siempre han residido y trabajado los deudores hipotecarios, que es Barcelona), no desvirtúan, resulta que los recurrentes tampoco han aportado certificado de rentas de los últimos cuatro ejercicios tributarios, lo que unido a las omisiones anteriormente señaladas conduce a rechazar el recurso y a mantener el criterio del órgano *a quo*, ya que los documentos acompañados con el recurso no proporcionan la acreditación de las circunstancias que la parte deudora puede hacer en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria, antes de la ejecución del lanzamiento, para conseguir su suspensión».

[8] Artículo 673 LEC. *Inscripción de la adquisición: título*. *Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el Secretario judicial, del decreto de adjudicación,* comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria. El testimonio expresará, en su caso, que el rematante ha obtenido crédito para atender el pago del precio del remate y, en su caso, el depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo, a los efectos previstos en el artículo 134 de la Ley Hipotecaria. Artículo 674 LEC. *Cancelación de cargas*. *A instancia del adquirente,* se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación. Asimismo, el Secretario judicial mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados. También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación. A instancia de parte, el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se remitirán electrónicamente al Registro o Registros de la propiedad correspondientes.

[9] Artículo 675. *Posesión judicial y ocupantes del inmueble.*1. Si el adquirente lo solicitara, se le pondrá en posesión del inmueble que no se hallare ocupado. 2. Si el inmueble estuviera ocupado, el Secretario judicial acordará de inmediato el lanzamiento cuando el Tribunal haya resuelto, con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 661, que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en él. Los ocupantes desalojados podrán ejercitar los derechos que crean asistirles en el juicio que corresponda. Cuando, estando el inmueble ocupado, no se hubiera procedido previamente con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 661, el adquirente podrá pedir al Tribunal de la ejecución el lanzamiento de quienes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 661, puedan considerarse ocupantes de mero hecho o sin título suficiente. La petición deberá efectuarse en el plazo de un año

desde la adquisición del inmueble por el rematante o adjudicatario, transcurrido el cual la pretensión de desalojo solo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda. 3. La petición de lanzamiento a que se refiere el apartado anterior se notificará a los ocupantes indicados por el adquirente, con citación a una vista que señalará el Secretario judicial dentro del plazo de diez días, en la que podrán alegar y probar lo que consideren oportuno respecto de su situación. El Tribunal, por medio de auto, sin ulterior recurso, resolverá sobre el lanzamiento, que decretará en todo caso si el ocupante u ocupantes citados no comparecieren sin justa causa. 4. El auto que resolviere sobre el lanzamiento de los ocupantes de un inmueble dejará a salvo, cualquiera que fuere su contenido, los derechos de los interesados, que podrán ejercitarse en el juicio que corresponda.

[10] Sobre este punto, *vid.,* JIMÉNEZ PARÍS, 2013 y 2015.

[11] *Artículo 562. Impugnación de infracciones legales en el curso de la ejecución.* 1. Con independencia de la oposición a la ejecución por el ejecutado según lo dispuesto en los artículos anteriores, todas las personas a que se refiere el artículo 538 podrán denunciar la infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución: 1.º Por medio del recurso de reposición establecido en la presente ley si la infracción constara o se cometiera en resolución del Tribunal de la ejecución o del Secretario judicial. 2.º Por medio del recurso de apelación en los casos en que expresamente se prevea en esta Ley. 3.º Mediante escrito dirigido al Tribunal si no existiera resolución expresa frente a la que recurrir. En el escrito se expresará con claridad la resolución o actuación que se pretende para remediar la infracción alegada. 2. Si se alegase que la infracción entraña nulidad de actuaciones o el Tribunal lo estimase así, se estará a lo dispuesto en los artículos 225 y siguientes. Cuando dicha nulidad hubiera sido alegada ante el Secretario judicial o este entendiere que hay causa para declararla, dará cuenta al Tribunal que autorizó la ejecución para que resuelva sobre ello.

[12] RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2013. Considera que no procede la interposición de recurso de apelación contra el auto que desestima la suspensión del lanzamiento, el AAP de Barcelona (Sección 17.ª), de 26 de noviembre de 2014, sobre la base de que la Ley 1/2013 no prevé modificación alguna en relación con los recursos de apelación en las disposiciones transitorias, «con lo que atendido el régimen especial de los recursos en el proceso de ejecución que se deriva del contenido del artículo 562 de la LEC, al no venir expresamente previsto en la Ley la posibilidad de interposición de recurso de apelación, no debió tenerse por interpuesto el recurso de apelación».

[13] El legislador insiste en equiparar situaciones no equiparables como el matrimonio (fundamento de la sociedad familiar) y la convivencia *more uxorio.* Los integrantes de la pareja de hecho tienen el estado civil de solteros, y son jurídicamente extraños entre sí, habiendo rehusado voluntariamente celebrar el contrato matrimonial y por lo tanto, gozar de los beneficios inherentes a la condición de casado. No existe entre ellos relación jurídica alguna, pues falta el negocio jurídico matrimonial que los vincule, faltando por tanto, la identidad sustancial, entre ambos supuestos (matrimonio y unión *more uxorio*), base de la analogía. Además, la potencial protección de los hijos habidos de tales uniones *more uxorio,* no se verifica precisamente otorgando beneficios propios de la condición de casado a la pareja de hecho, pues ello, en definitiva, fomenta socialmente la huida del matrimonio y potencia una situación no adecuada al bien común de los hijos, que no gozan de un entorno estable y duradero para su educación, entorno que puede desaparecer en cualquier momento por decisión unilateral de uno de los padres. La verdadera protección a los hijos se verifica potenciando el matrimonio, vínculo entre los progenitores que por Derecho natural (esto es, por exigencias de la condición humana tal como la concibió Dios, Creador del hombre) ha de ser indisoluble para el varón y la mujer, para que quede garantizado el bien de la prole.

[14] Sorprende que la familia deba ser constantemente definida y redefinida por el legislador a través de normas positivas, en razón de uno u otro efecto jurídico que quiera vinculársele, *en una suerte de nominalismo que huye de la realidad de las cosas para fraguar voluntarísticamente conceptos legislativos*. Como señala VILLEY, «todo el mundo ha oído hablar de la «querella de los universales». Esta controversia nace del análisis del lenguaje. Atendamos, por ejemplo, esta frase: «Sócrates es ciudadano de Atenas». En esta frase distinguiremos (dejando a un lado la cópula *es*), dos tipos de términos, uno *singular (Sócrates)*

y otro *universal (ciudadano de Atenas* —la expresión se aplica a *todos los ciudadanos*—). Se pregunta bajo qué título estas palabras *significan la realidad, con qué tipo de realidad se corresponden unos y otros. Para los realistas… a cada uno de estos términos les corresponde una realidad.* A la palabra Sócrates, evidentemente; Sócrates existe, es real. El individuo, dice Aristóteles, es incluso de quien se debe afirmar en primer lugar la existencia distinta, una «sustancia primera». Pero hemos de decir que también las palabras «Atenas» o «ciudadano» [léase, familia] remiten a algo real, *algo diferenciado en la realidad, lo que Aristóteles denomina «sustancia segunda». El mundo no es simplemente un conjunto de cosas singulares, está ordenado: comporta realidades genéricas (como la de «ciudadano») o cuerpos (Atenas [léase, familia]). Está realmente estructurado, y son estas estructuras [léase sociedad familiar]* las que reflejan, … los términos universales. Distinta es la respuesta de los *nominalistas. Sin duda porque son familiares de una literatura religiosa en la que únicamente entran en juego las personas: su universo no comprende más que seres singulares: Sócrates, Pedro o Pablo.* …[Para los nominalistas]… a *los términos universales («ciudadano de Atenas» [o familia] no podría decirse que les corresponde un objeto real; que tenga por función designar inmediatamente una cosa. Son [meros] instrumentos lingüísticos que… [servirían]… para connotar (lo que significa abarcar en conjunto —simultáneamente, de un solo golpe—) una pluralidad de objetos que guardan entre sí cierta semejanza.* Así mediante la palabra «ciudadano de Atenas» designo en un momento a Sócrates, Alcibíades, Platón, etc. Es una economía del lenguaje. De ahí se sigue que los «universales» *no tienen* [para los nominalistas] *otra existencia que la mental e instrumental; y nosotros los formamos libremente. No les pedimos que sean verdaderos (esto es, adecuados a lo real), sino que… nos permitan operar sobre los fenómenos singulares; solamente, pues, que sean «operativos» como dicen los sabios de hoy»* (VILLEY, 2003, 90-91).

[15] *Vid.*, ATC 129/2014, de 5 de mayo.

[16] Sin embargo, el AAP de Barcelona (Sección 14.ª) de 4 de febrero de 2016, revocando la decisión de primera instancia, considera que el deudor, separado legalmente en Ecuador, y que tiene cuatro hijos a su cargo, de los que se cuida un familiar, si bien «literalmente … no se engloba dentro del concepto de unidad familiar definido en el apartado 4, letra b) del artículo 1 de la referida Ley [1/2013] … y si bien el apelante no tiene a sus cuatro hijos en España, sí se ha acreditado que tiene cuatro hijos y que les envía dinero cuando puede, siendo sus ingresos muy exiguos, dado el tiempo en que ha permanecido en el paro, situación que se ha prolongado en diversas ocasiones», razón por la que se estima su recurso de apelación. El AAP de Barcelona, Sección 19.ª, de 17 de febrero de 2016, considera un supuesto de unidad familiar del artículo 1.2.f de la Ley 1/2013, el de la esposa separada de hecho del ejecutado y que vive en la vivienda ejecutada con tres hijos a su cargo, uno de ellos con un grado de disminución física del 45 %. «Sobre esta base, se acredita la concurrencia de las circunstancias económicas establecidas en el apartado tercero del artículo 1 de la Ley 1/2013, *si bien no se justifican cuáles sean los ingresos del ejecutado José Antonio sobre la base de la separación de hecho expresada por la recurrente*». Hay que observar que con este razonamiento se haría de mejor condición a los cónyuges en situación de crisis matrimonial que a los cónyuges en situación de normalidad matrimonial, pues los ingresos del marido separado de hecho no impedirían la concurrencia de las circunstancias económicas exigidas en el artículo 1.3 Ley 1/2013. Ello, a nuestro juicio, discriminaría negativamente a las familias en situación de normalidad matrimonial, y particularmente a sus hijos, en los cuales habrían podido concurrir las mismas circunstancias de edad, minusvalía, salario de sus padres, etc., que las señaladas por el Auto, no beneficiándose, en cambio, de la suspensión del lanzamiento.

[17] Distinguiendo entre prestación por desempleo y subsidio por desempleo, sobre la base de los artículos 206 y 215 de la Ley General de la Seguridad Social, y considerando que la percepción de este no impide la aplicación de la Ley 1/2013, ya que el subsidio de desempleo se concede a los parados que no tienen derecho a la prestación por desempleo, AAP de Cádiz (Sección 8.ª), de 30 de junio de 2014.

[18] El AAP de Barcelona (Sección 19.ª), de 27 de noviembre de 2014, considera que no procede la suspensión del lanzamiento por no cumplirse el requisito del artículo 1.3.b) Ley 1/2013 ya que si bien la apelada manifiesta que sí se ha cumplido porque en el plazo de los cuatro años anteriores al momento de la solicitud de suspensión del lanzamiento ha tenido

un hijo, sin embargo «consta que sus ingresos son algo mayores en 2013 que en 2011 y que la carga hipotecaria (lo que paga o debía pagar de hipoteca) se ha reducido del año 2007 al 2012. Si tenemos en cuenta que el artículo 1.4 de la Ley dice que: «A los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá: a) Que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se hay multiplicado por al menos 1,5», vemos cómo el requisito no se cumple. Y no se cumple porque el esfuerzo que representa la carga hipotecaria no se ha incrementado en dicha proporción; es más, ha disminuido. Ciertamente el nacimiento de un hijo significa mayores obligaciones económicas, pero este Tribunal no puede hacer una interpretación tan amplia de la Ley que le haga convertirse en legislador».

[19] El AAP de Girona (Sección 1.ª), de 16 de julio de 2015, deja sin efectos la suspensión del lanzamiento acordada en primera instancia porque «no se ha acreditado debidamente que se den los requisitos exigidos del artículo 1.3 de la Ley 1/2013, y por otro lado, *a la vista de las propia escritura de préstamo con garantía hipotecaria, con relación a la escritura de adjudicación de pago de otra finca y de los certificados de empadronamiento, no se desprende que se trate de un préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma, pues de dicha documentación la vivienda no se adquirió para constituir el domicilio habitual*». *En efecto, «se acredita también que a noviembre de 2012 el Sr. Luis María [deudor hipotecario junto con el Sr. Arsenio] y la Sra. Gema [cónyuges] adjudicaron en pago de unas deudas otra finca a la Caja de Ahorros del Mediterráneo, indicando que hasta ese momento era el domicilio habitual de la familia.* En la escritura de constitución de hipoteca sobre la vivienda objeto de [esta] ejecución y de la suspensión pretendida se indica que no constituye vivienda habitual familiar, …ello es lógico pues la vivienda fue adquirida por D. Luis María y Arsenio. En el certificado de empadronamiento del 29 de mayo de 2014, además del Sr. Luis María y la Sra. Gema constan otras personas empadronadas y a pesar de las explicaciones dadas, no consta realmente el motivo de ello, pero en todo caso, del certificado acompañado como documento núm. 4 consta que el alta en el domicilio sito en la CALLE 000 Núm. 000 se produjo el día 9 de abril de 2013, *con posterioridad a la referida adjudicación en pago, lo mismo que la Sra. Gema, mientras que con anterioridad y desde el 2006 estaban empadronados en el* Núm. 001. *Dando la impresión que tras la adjudicación en pago del que era domicilio habitual de la familia se trasladan a la vivienda objeto de ejecución*». De acuerdo con el AAP de Gerona (Sección 2.ª), de 6 de mayo de 2015, el que el crédito ejecutado se integre en un *iter* sucesivo de «préstamos garantizados con hipoteca que recae sobre la única vivienda propiedad de los deudores y que se trata de préstamos novados, permaneciendo un único préstamo hipotecario, aunque se haya ampliado su capital» no impide considerar que se cumple con el requisito exigido en el artículo 1.3.d) de la Ley 1/2013, pues «estamos ante un préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda aunque se hayan modificado posteriormente sus condiciones. Y no figurando en la documentación aportada, un destino diferente de la cantidad objeto del préstamo novado, que no sea la de hacer frente a la adquisición de la vivienda para lo cual fue concedido, aunque posteriormente se incrementara el capital del mismo, no se puede presumir en perjuicio del consumidor una finalidad diferente, siendo el acreedor que cuestiona el objeto del préstamo, quien ha de acreditarlo. Ningún óbice existía para hacer constar en los documentos de formalización del contrato, que la cantidad prestada o el incremento del capital del préstamo garantizado con hipoteca de la vivienda única del deudor, iba destinado a fines y necesidades de tesorería propias, diferentes del reintegro del préstamo concedido para adquisición de la vivienda. No se hizo constar y en consecuencia no caben especulaciones y conjeturas en perjuicio del consumidor particularmente vulnerable, haciendo abstracción de lo que es habitual en operaciones de este tipo, en que se incrementa el capital del préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual y exclusiva, con la única finalidad de modificar el contrato haciendo posible o más asequible la finalidad del pago, alargando el periodo de duración, rebajando el importe de las cuotas, modificando sus intereses, o simplemente propiciando liquidez momentánea para afrontar los vencimientos inminentes de las cuotas hipotecarias, que de otra forma no podrían afrontar, circunstancia que la Sala aprecia como más próxima y compatible con el motivo de la novación y ampliación del capital del préstamo, que aquel

indeterminado que parece inferir el órgano *a quo* [fines diversos de la adquisición de la vivienda familiar]». Se entiende que no concurre esta circunstancia del artículo 1.3.d) Ley 1/2013 en el supuesto enjuiciado por el AAP de Barcelona (Sección 13.ª), de 17 de abril de 2015, que señala que «la apelante no tiene contraído un préstamo para la adquisición de vivienda habitual garantizado con hipoteca, sino que en cumplimiento de un convenio regulador de divorcio, solo tiene atribuido el derecho de usar la vivienda que fue conyugal durante un periodo de tiempo delimitado y de la que es propietaria el banco».

[20] RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2013.

[21] RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2013.

[22] En este sentido se pronuncia la SAP de Granada (Sección 3.ª), de 15 de mayo de 2015, al indicar «se admite por la actora que su dominio trae causa de la cesión del remate de la acreedora bancaria ejecutante, esta entonces habrá de pasar y respetar esta protección legal [la de la Ley 1/2013] ya que la cesión de derecho por la que vino la demandante-apelada a adquirir el dominio de la vivienda objeto de la ejecución implica, necesariamente, el quedar sometida a esa ley de protección específica y temporal, así como a respetar las medidas y consecuencias legales inherentes a la procedencia o suspensión temporal del desalojo de la vivienda hipotecada en su día, pues la actora no puede, desde una recta y coherente interpretación del espíritu y finalidad de la Ley 1/2013, entenderse excluida de los destinatarios obligados por la norma a respetar esta suspensión en la privación de la vivienda habitual de los deudores desfavorecidos, como si se tratara de un tercero adquirente».

[23] El artículo 1.3.b) Ley 1/2013 exigía para que procediera la suspensión del lanzamiento que «en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda», lo que el artículo 1.4.a) precisaba en el sentido de haberse producido un incremento de la carga hipotecaria sobre la renta familiar. En concreto, el esfuerzo que representaba la carga hipotecaria sobre la renta familiar había debido multiplicarse por al menos 1,5. Lo cual se acreditaba mediante presentación de certificado de rentas y, en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto del Patrimonio, expedido por la AEAT, *con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios*. Por su parte, el artículo 1.3.c) Ley 1/2013 exigía que «la cuota hipotecaria *resulte* superior al 50 por cien de los ingresos netos que *perciba* el conjunto de miembros de la unidad familiar». La utilización de los verbos «resultar» y «percibir», en presente de subjuntivo parecía indicar que *la medición de la cuota hipotecaria en relación con los ingresos netos debía hacerse a fecha de presentación de la solicitud de suspensión de lanzamiento, quedando únicamente por dilucidar si siempre debía hacerse el cálculo en relación con el límite de tres veces el IPREM, o bien debía hacerse en relación con el límite de cuatro o de cinco veces el IPREM en los especiales supuestos en que se permitía unos ingresos mayores*. A mi juicio, la respuesta debía ser la primeramente dada, pues lo contrario podría frustrar el objetivo de la ley de conceder una especial protección a las familias con discapacitados o a estos mismos (art. 1.3.a) *in fine*), al endurecer el requisito del artículo 1.3.c) (la cuota hipotecaria debería ser proporcionalmente mayor), lo que quizás no tenía mucho sentido, salvo que se pensase que, en tales casos, las dificultades intrínsecas a la condición de discapacitado del deudor o de alguno de los miembros de la unidad familiar o de los parientes del deudor o su cónyuge hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, habrían motivado la compra de una vivienda de características especiales, o la realización de obras (financiadas por la hipoteca) de adaptación de la vivienda a la minusvalía y consecuentemente, que el crédito hipotecario concedido fuera mayor y por ende, la cuota de amortización superior en términos generales a la que pagaría un deudor corriente. Pero esta interpretación quizás no tenía mucho sentido pues la ley en el artículo 2.b) exigía simplemente acreditar el «certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores», lo que evidenciaba que pensaba en que las circunstancias del artículo 1.2.d) y f), así como la prevista en el artículo 1.3.a) *in fine*, podían haberse producido en fecha posterior a la constitución del préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda. Luego no establecía relación alguna entre cuota de amortización (proporcionalmente mayor) y condición de discapacitado.

2. DERECHO MERCANTIL

Fiducia *cum amico,* compraventa de acciones e inaplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil

Fiducia Cum Amico, Share Purchases and Non-application of Article 1306 of the Civil Code

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: En dos recientes sentencias del Tribunal Supremo de 2016 se niega la aplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil en negocios no atributivos del derecho de propiedad (fiducia *cum amico*) procediéndose por tanto a la restitución de las prestaciones por ambas partes.

ABSTRACT: Two recent Supreme Court rulings of 2016 deny that article 1306 of the Civil Code applies to juristic acts that do not convey any right of ownership (fiducia cum amico), in which case the considerations should be returned to both parties.

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos. Fiducia *cum amico.* Compraventa de acciones. Restitución de las prestaciones.

KEY WORDS: Contract law. Fiducia cum amico. Share purchase. Return of considerations.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA FIDUCIA, LA «PUESTA A NOMBRE DE OTRO» Y LA NULIDAD POR ILÍCITO CAUSAL.—III. DE LA INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1306 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente, nuestro Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de volver a encontrarse con un viejo tema de debate doctrinal y jurisprudencial como es el de los negocios fiduciarios, en este caso, bajo la modalidad *cum amico*.

El interés de la cuestión reside tanto en el análisis que sobre la licitud o ilicitud de los mismos se efectúa, como de la restitución de prestaciones o no

entre las partes del negocio fiduciario, a saber, fiduciante y fiduciario, en base a la alegación y posible aplicación o no de la retención que faculta el artículo 1306 del Código Civil.

De esta forma, en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 353/2016 de 30 mayo de 2016 *(RJ* 2016, 2307), los hechos analizados fueron los siguientes:

El 16 de diciembre de 1993, Calixto y Enma concertaron con José Pablo, Clemencia, Laureano y Rocío un contrato privado, en el que estos cuatro últimos reconocían haber recibido de Calixto y Enma en fiducia las siguientes acciones y participaciones:

— José Pablo 10 participaciones sociales de Llegarva, S.L., 15 participaciones de Retintel, S.L. y 2 acciones de Rentapren, S.A.
— Laureano 10 participaciones sociales de Llegarva, S.L., 15 participaciones de Retintel, S.L. y 3 acciones de Rentapren, S.A.
— Clemencia 10 participaciones sociales de Llegarva, S.L.
— y Rocío 10 participaciones sociales de Llegarva, S.L.

En el reseñado contrato de 16 de diciembre, Jose Pablo, Clemencia, Laureano y Rocío reconocían que su titularidad era mera apariencia, pues los títulos seguían siendo propiedad de Calixto y Enma. Y se comprometían, en consecuencia, a volver a transmitir a Calixto y Enma las participaciones y acciones.

Además, se obligaban a seguir las instrucciones de Calixto y Enma respecto del ejercicio de todos los derechos derivados de los títulos. Y Calixto y Enma se obligaban, a su vez, a pagar a los fiduciarios todos los gastos que se derivasen para ellos de la titularidad formal de los repetidos títulos, así como los de transmisión cuando se la pidiesen.

«[…] Segundo.— Que, como consecuencia del anterior reconocimiento, los Sres. José Pablo, Laureano, Clemencia y Rocío, se comprometen ya desde ahora y para el momento en que se lo indiquen los Sres. Calixto y Enma, a transmitir a favor de estos las acciones y participaciones a que se refiere el presente contrato.

»Tercero.— En tanto en cuanto frente a terceros los Sres. José Pablo, Laureano, Clemencia y Rocío, ostenten la titularidad de las referidas acciones y participaciones, se comprometen para el ejercicio de los derechos políticos y económicos que puedan derivarse de la tenencia de las tan referidas acciones y participaciones, a seguir bien y fielmente las instrucciones que le sean ordenadas por los Sres. Calixto y Enma».

En la demanda que dio inicio al presente procedimiento, Calixto y Enma pidieron, en cumplimiento del reseñado contrato de fiducia de 16 de diciembre de 1993, que los demandados José Pablo, Clemencia, Laureano y Rocío fueran condenados a transmitir a las demandantes las acciones y participaciones que cada uno de ellos tenía como fiduciario.

En su contestación a la demanda, los demandados opusieron la improcedencia de esta reclamación por ser contraria a la buena fe. Otra de las razones por las que los demandados se opusieron a la demanda fue que no habían ofrecido en su demanda el pago de los gastos generados a los demandados por la titularidad de las participaciones y acciones. En cualquier caso, en la audiencia previa, el juzgado fijó como cuestión litigiosa la licitud del negocio fiduciario, y preguntó a los demandantes si estaban conformes con que, de estimarse la demanda, se incluyese la referencia a que ellos debían indemnizar los gastos, a lo que contestaron que sí.

La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda, en cuanto que condenó a los demandados a entregar la titularidad de las participaciones y acciones a los demandantes, y declaró que correspondía a estos últimos abonar los gastos ocasionados a los fiduciarios por la tenencia de los títulos y los que se ocasionen con su transmisión.

Recurrida la sentencia en apelación por los demandados, la Audiencia estimó los dos recursos.

Quedó acreditado que D. Calixto reconoció que el contrato se otorgó para evitar que los bienes apareciesen como suyos ante los acreedores. O sea, para burlar el principio de responsabilidad patrimonial universal que establecen las leyes, en una actuación que, dependiendo de las circunstancias, podría haber constituido delito de alzamiento de bienes.

Ante lo anterior, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación fundado en vulneración del artículo 1306 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta mediante la realización del siguiente razonamiento:

«SEGUNDO

Recurso de casación

1. Formulación del motivo. El motivo se funda en la infracción del artículo 1306 del Código Civil (LEG 1889, 27) y la jurisprudencia que lo interpreta. Según esta jurisprudencia, el artículo 1306 del Código Civil no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo, que es lo que ocurrió en este caso. En virtud del contrato de fiducia las participaciones y acciones se pusieron bajo la titularidad de los demandados, sin que hubiera mediado contraprestación de clase alguna.

Procede estimar el recurso por las razones que exponemos a continuación.

2. Estimación del motivo. En el presente caso, tanto el juzgado como la Audiencia han partido de que nos hallábamos ante una fiducia cum amico. *La titularidad de las participaciones y acciones que ahora reclaman los demandantes, había sido atribuida a los demandados con el compromiso de ejercer los derechos económicos y políticos de acuerdo con las instrucciones de los demandantes y de restituírselas a estos últimos cuando les fuera requerido.*

Como se ha advertido en la doctrina, no existe una fiducia negocial típica. Por lo que es preciso acudir, en cada caso, al contenido del negocio concreto que la establece, y, en especial, a la limitación fiduciaria, para advertir si se ha previsto con eficacia real o simplemente obligacional. De tal forma que el contenido de la limitación fiduciaria condiciona el contenido de las acciones que le correspondan al fiduciante.

En nuestro caso, el pleito se ha suscitado entre los dos fiduciantes y los cuatros fiduciarios, esto es, entre quienes fueron parte en el contrato o negocio de fiducia. Los fiduciantes, en cumplimiento del contrato de 16 de diciembre de 1993, pidieron la condena de los fiduciarios a transmitir a los fiduciantes las acciones y participaciones objeto de la fiducia cum amico.

Frente a esta pretensión, la sentencia recurrida, que no ha negado que se había convenido una fiducia cum amico, *razona que el contrato se había firmado con el fin de ocultar los títulos a los acreedores de los demandantes, lo que vició de ilicitud la causa del contrato. Motivo por el cual entiende que no puede reclamarse a los demandados nada en virtud del dicho contrato, conforme a lo prescrito en el artículo 1306 del Código Civil.*

Esta posición es contraria a la jurisprudencia de esta Sala que, en supuestos como el presente, afirma: «lo que no se puede pretender es aprovechar la existencia

de una finalidad fraudulenta en el pacto de fiducia cum amico *para negar toda eficacia* inter partes *a dicho pacto y consolidar definitivamente una propiedad aparente, faltando así a la confianza depositada por el fiduciante cuando consintió que fuera ella la que apareciera externamente como titular única del bien de que se trata» (sentencias 182/2012, de 28 de marzo* [RJ *2012, 5588], y 648/2012, de 31 de octubre). De este modo, en un supuesto como el presente de fiducia* cum amico, *frente a la reclamación de las participaciones y acciones objeto de la fiducia, los fiduciarios no podían oponer la previsión contenida en el artículo 1306 del Código Civil respecto de la concurrencia de causa torpe, para eludir el cumplimiento de la obligación de restituir las participaciones y acciones cuya propiedad no llegó a ser realmente transmitida entre las partes, en un sistema de transmisión de la propiedad causalista como el nuestro.*

3. Por todo lo cual procede estimar el recurso de casación, lo que conlleva la desestimación de los dos recursos de apelación y la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia».

Por su parte, en un caso similar, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) sentencia núm. 396/2016 de 10 junio de 2016 *(RJ* 2016, 2827), siendo los hechos los siguientes: el demandante don Mariano, ejercita en esta *litis* frente a los herederos de don Fructuoso (fallecido en noviembre de 2007), doña Lidia y don César y doña Claudia, acción declarativa de existencia de negocio fiduciario consistente en un contrato verbal de fiducia celebrado con don Fructuoso en 1996, justificativo de las ventas hechas el 14 de marzo (de 600 acciones de Ecot) y el 24 de julio (de 200 participaciones de Transaher Madrid S.L.). Alega en la demanda que don Mariano cedió a favor de don Fructuoso, solo de forma temporal, la gestión de la parte del negocio formalmente transferido, manteniendo la titularidad efectiva de esa parte con el fin de preservarla ante la crisis matrimonial que atravesaba, sujetándose su matrimonio al régimen aragonés de consorcio, y de preservarla también de los expedientes administrativos sancionadores y de reclamación de deudas a la Hacienda Pública y Seguridad Social de las sociedades de su titularidad, creando una apariencia de transmisión y pérdida de titularidad mediante unos pactos de confianza mutua por los cuales transmitió la titularidad formal de la parte esencial de su negocio de transportes frente a terceros a don Fructuoso, que pasó a ser representante legal de las sociedades Ecot y Transaher Madrid S.L. (luego Grupo Transaher S.L.), con el efecto de separar las sociedades económicamente viables (Ecot y Transaher Madrid S.L.), en las que don Mariano dejaría de figurar como administrador y como socio, de las endeudadas e inviables (Arafresa S.L., Saherba S.L., Transaher S.L., Transaher Barcelona S.L. y Transaher Valencia S.L.).

Por lo que solicita que se declare la existencia y vigencia de un negocio fiduciario, en su modalidad *cum amico*, y la resolución del referido negocio al darse la causa extintiva del mismo (fallecimiento del fiduciario) y, en consecuencia, se condene a los demandados a la restitución *in natura* de los bienes y derechos entregados en su día, precisando que la restitución alcanza el 60% del capital de las sociedades Ecot, Transaher Central de Liquidaciones, S.L., y Grupo Transaher, S.L.

Los demandados se opusieron a la demanda, solicitando su desestimación, niegan la existencia de un pacto verbal de fiducia señalando, en todo caso, la existencia de un negocio simulado.

La sentencia recaída en la primera instancia estimó parcialmente la demanda. Declaró la existencia y vigencia de un negocio fiduciario, en su modalidad

jurídica denominada *cum amico*, declaró la resolución del referido contrato de fiducia y condenó a los demandados a restituir al actor el 60 por ciento de las acciones de la sociedad Ecot, transmitidas a don Fructuoso por escritura de 14 de marzo de 1996.

La sentencia, en la transmisión en 1996 por el demandante a favor de don Fructuoso, apreció una titularidad solo formal, reservándose la real el transmitente, en cuyo interés se configuró el mecanismo jurídico fundado en la confianza, debiéndose restablecer por los herederos del fiduciario (demandados) la atribución de la efectiva titularidad que siempre ha pertenecido al fiduciante. Llega a tal conclusión a través del análisis de indicios que se derivan de la prueba documental del proceso y de los testimonios realizados en el juicio y, en orden al alcance de la condena justifica, en el último párrafo del fundamento de derecho quinto de su sentencia, por qué debe afectar al 60 por ciento de las acciones de Ecot y no igual proporción las participaciones de Transaher Central de Liquidaciones S.L. y de Grupo Transaher, S.L.

Frente a la anterior resolución, los demandados interponen recurso de apelación que es desestimado por la sentencia de la Audiencia, confirmando la resolución de la sentencia de primera instancia.

Los demandados interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que se desestima (con deducción de testimonio de actuaciones y remisión de los Autos al Ministerio Fiscal, por la presunta existencia de delito), con los siguientes razonamientos:

«TERCERO

Recurso de casación. Negocio fiduciario: fiducia cum amico. *Transmisión de acciones disimuladas bajo compraventa. Ilicitud de la causa fiduciae: finalidad fraudulenta de la misma como causa concreta del negocio. Procedencia del efecto restitutorio. Inaplicación de la regla* nemo auditur *del artículo 1306 del Código Civil (LEG 1889, 27). Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. La parte recurrente, al amparo del ordinal segundo del artículo 477.2 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, denuncia la vulneración de los artículos 1274, 1275 y 1276 del Código Civil, por carecer de causa o por expresión de causa falsa. En este sentido, argumenta que el contrato no puede producir efecto alguno tal y como resulta de la causa fiduciae *que se mantiene desde el inicio del presente procedimiento, esto es, la finalidad fraudulenta, contraria al artículo 7 del Código Civil (LEG 1889, 27), de eludir bienes frente a su esposa ante un posible proceso de divorcio y, a su vez, la ocultación de patrimonio a la Hacienda Pública para frustrar su acción ejecutiva.*

2. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser desestimado.

El examen del motivo comporta dos cuestiones que, aunque estrechamente relacionadas entre sí, deben ser diferenciadas. En la primera de ellas, hay que dar respuesta a si procede la nulidad del negocio fiduciario que los demandados, aquí recurrentes, opusieron como excepción en su contestación a la demanda. Nulidad que hay que precisar que el presente caso no se produciría por la carencia de causa del negocio, o por su falsedad, tal y como formalmente alega el recurrente, sino por la ilicitud de la misma, como en el fondo denuncia el recurrente por su «finalidad fraudulenta». En la segunda cuestión, si se declara la nulidad del negocio fiduciario por causa ilícita, hay que dar respuesta al posible efecto restitutorio que se deriva de dicha declaración, esto es, bien a su improcedencia, como sostiene la recurrente

sobre la base de la regla nemo auditur*, propia del artículo 1306 del Código Civil (LEG 1889, 27), o bien a su procedencia por aplicación de la regla de la recíproca restitución dispuesta en los artículos 1275 y 1303 del Código Civil (LEG 1889, 27), de acuerdo con la naturaleza y función del negocio fiduciario celebrado.*

Centrados en la primera cuestión, no le falta razón al recurrente en su denuncia sobre la ilicitud de la causa fiduciae. Esta Sala, a tenor de la propia demanda transcrita, no puede compartir los pronunciamientos de licitud del negocio fiduciario que realizan ambas instancias. Por el contrario, la transcripción referida evidencia que la finalidad fraudulenta, lejos de poder ampararse en el ámbito subjetivo de los motivos o móviles que llevaron al fiduciante a realizar la transmisión, fue un elemento determinante de la «causa concreta» del negocio fiduciario celebrado, es decir, del propósito práctico que las partes quisieron conseguir con dicho negocio fiduciario considerado en su unidad. De ahí, que esta indisimulada finalidad fraudulenta de eludir la responsabilidad patrimonial del fiduciante, de la que fue participe el fiduciario, comporte la nulidad del negocio fiduciario en cuanto se opone a las leyes en sentido de lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil (LEG 1889, 27).

En atención a la segunda cuestión planteada, determinante para la resolución del motivo, debe precisarse que una vez señalada la existencia del negocio fiduciario bajo la modalidad cum amico*, con la finalidad de la transmisión de las acciones (disimulada bajo compraventas) para fines de mera titularidad formal, que no real, del fiduciario, la declaración de la ilicitud de causa fiduciae no opera la excepción del efecto restitutorio, propia de la regla nemo auditur del artículo 1306 del Código Civil (LEG 1889, 27). En este sentido, la excepción del efecto resolutorio es contraria a la jurisprudencia de esta Sala que, en supuestos como el presente, tiene declarado en la sentencia núm. 353/2016, de 30 de mayo (RJ 2016, 2307), lo siguiente:*

«[…] lo que no se puede pretender es aprovechar la existencia de una finalidad fraudulenta en el pacto de fiducia cum amico *para negar toda eficacia inter partes a dicho pacto y consolidar definitivamente una propiedad aparente, faltando así a la confianza depositada por el fiduciante cuando consintió que fuera ella la que apareciera externamente como titular única del bien de que se trata (sentencias 182/2012, de 28 de marzo [RJ 2012, 5588], y 648/2012, de 31 de octubre). De este modo, en un supuesto como el presente de fiducia* cum amico*, frente a la reclamación de las participaciones y acciones objeto de la fiducia, los fiduciarios no pueden oponer la previsión contenida en el artículo 1306 del Código Civil (LEG 1889, 27) respecto de la concurrencia de la causa torpe, para eludir el cumplimiento de la obligación de restituir las referidas participaciones y acciones cuya propiedad no llegó a ser realmente transmitida entre las partes, en un sistema de transmisión de la propiedad causalista como el nuestro».*

Toda vez que, en el presente caso, no se da la existencia de un tercer subadquirente de buena fe.

CUARTO. En atención a lo razonado y a la vista de que los hechos que se han enjuiciado pueden ser constitutivos de infracción penal, procede deducir testimonio de las actuaciones y su remisión al Ministerio Fiscal a estos efectos».

II. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA FIDUCIA, LA «PUESTA A NOMBRE DE OTRO» Y LA NULIDAD POR ILÍCITO CAUSAL

Sobre la fiducia *cum creditore* y la venta en garantía, ya opinamos en su momento sobre el carácter simulado de la misma[1]. En este sentido, nos referíamos a que ALBALADEJO[2] había vuelto a escribir sobre el carácter simulado de los

negocios fiduciarios (reiterando el abandono de sus tesis de juventud y volviendo a admitir las tesis del profesor DE CASTRO[3]).

Así y de forma gráfica, introduce el tema en cuestión[4]: «Esto es así, en España los valedores del negocio fiduciario en la doctrina después de DE CASTRO se han quedado muy en cuadro porque aparte de que GARRIGUES[5] ha muerto, es que su monografía es anterior a la obra de DE CASTRO y, por otro lado, desde donde ahora están ambos y JORDANO, GARRIGUES habrá visto la verdad de las cosas y se habrá sumado a la opinión de DE CASTRO. Sin embargo, no deja de ser cierto que todavía hay autores que siguen creyendo en el negocio fiduciario, lo que es como creer que un cadáver está vivo, si bien muchos de los que tal hacen no hacen más que repetir lo de la realidad del negocio fiduciario porque lo toman de otros, pero sin mayor ahondamiento del tema.

En definitiva, que hoy el negocio fiduciario donde parece tener más asentamiento no es en los libros, sino en la jurisprudencia de la Sala Primera del TS si bien es verdad que por un lado, ahondando las sentencias se ve que en gran parte, aunque lo aceptan de palabra, no admiten de hecho el negocio fiduciario verdadero, y, por otro lado, es que las modernas han comenzado a dudar de él o a abandonarlo…».

Como apunté, me adscribo totalmente a las tesis de DE CASTRO y de ALBALADEJO que consideran que el negocio fiduciario (tal y como expondremos brevemente) se trata de un negocio simulado.

Aunque desde ahora, realizo una observación a las citadas palabras de ALBALADEJO, no solo a esos pocos autores que aún afirman la validez del negocio fiduciario[6], ni a esas sentencias del Tribunal Supremo que ancladas en posiciones pasadas (teoría del desdoblamiento de propiedades —formal y material—, teoría del doble efecto, y teoría de la validez de la «*causa fiduciae*») siguen considerando válido al negocio fiduciario (aunque sin admitir la plena transmisión de propiedad del bien), sino al legislador español tras la publicación del Real Decreto-ley 5/2005, son a quienes deben dirigirse las conclusiones de la invalidez del negocio fiduciario, al consistir este en un simple negocio simulado.

Así pues, con la introducción de dicha figura en el Real Decreto-ley 5/2005, parece que ha de renacer el interés por afirmar, como crítica a dicha introducción, el carácter simulado del negocio fiduciario.

Esto es, también en nuestra opinión, la venta en garantía como negocio fiduciario no supone más que la existencia de un negocio simulado en el que no es válida la transmisión de propiedad que se ha pretendido operar por inexistencia de consentimiento y de causa onerosa, puesto que el verdadero fin pretendido es la constitución de una garantía, negocio interno que será válido si su causa es lícita.

No obstante dicha afirmación, es cierto que aún la Jurisprudencia sigue siendo reticente a calificar el negocio fiduciario como un negocio simulado (en nuestro juicio, al ser rehén de antiguas posiciones que afirmaban la validez del mismo y de los efectos transmisivos pretendidos, aunque mantenga por otro lado la invalidez de la teoría del doble efecto)[7].

Aunque se notó un cierto cambio de rumbo en la misma, sobre todo, a raíz de la acertada sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1.999 *(RJ* 1999, 4474), donde se afirma que lo que realmente se convino por las partes fue un negocio simulado que encubría una garantía de la devolución de las cantidades adeudadas.

Así dicha sentencia se pronunció acertadamente al respecto del siguiente tenor literal: «…*En el presente caso, por más que se hable de negocio jurídico fiduciario en la sentencia de instancia, que no le aplica los efectos que según la*

doctrina le eran propios, no hay sino un negocio jurídico simulado. Las partes celebran sendos contratos de compraventa y en documento privado, reconocido por todas ellas, manifiesta que lo han celebrado sin verdadero «ánimo vendendi». La simulación es relativa, en el sentido de que encubre, disimula, el verdadero negocio jurídico, el cual es, como dicen en el mismo documento, garantía de devolución de las cantidades adeudadas. Como consecuencia, dice el documento, tras la compraventa se concede a los pseudo-vendedores el derecho de retracto sobre las fincas pseudo-vendidas. El negocio disimulado es, pues, la garantía del préstamo y esta no consiste sino en hacer suyas las fincas dadas en garantía: lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio prohibido, con antiguos precedentes, en nuestro Derecho en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil».

Pese a ello, desafortunadamente no termina de afianzarse dicha postura, puesto que el Tribunal Supremo en diferentes sentencias continúa afirmando la validez del negocio fiduciario y su carácter no simulado[8].

El efecto más negativo para el fiduciante según el esquema expuesto, es que declarada la inexistencia de una compraventa y sí de una garantía real atípica —verdadero negocio querido por las partes— este no podrá esgrimir su verdadero derecho de propiedad frente a tercero de buena fe y a título oneroso que haya adquirido del fiduciario que se extralimite en su derecho[9].

Lo anterior nos lleva, al menos, a recordar en el ámbito de la calificación del tercer adquirente a título oneroso como de buena fe (*ex* art. 34 de la Ley Hipotecaria), que el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sido denegar la inscripción de los negocios fiduciarios, basándose sobre todo en el carácter imperativo de los preceptos de ejecución extrajudicial de la hipoteca, así como en la prohibición del pacto comisorio[10].

Sin embargo, no es menos cierto que en realidad lo que existe es una titubeante postura jurisprudencial sobre el particular. En realidad el Tribunal Supremo ha resuelto que el negocio fiduciario puede ser una modalidad de simulación, *vid.,* STS de 2 de junio de 2009 *(RJ* 2009, 3368) y que la adquisición por persona interpuesta se distingue de los de mera titulación formal o puesta a nombre de otro, *vid.* STS de 14 abril de 2005 *(RJ* 2005, 4515)[11].

De esta forma, en la STS de 19 de junio de 1997 *(RJ* 1997, 5418), relativa a un negocio de adquisición por persona interpuesta, fue calificado de fiducia *cum amico*, apreciando la simulación relativa, esto es, un «*convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión plena del dominio, eficaz "erga omnes" y otro, obligacional, válido "inter partes", destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado*».

Prueba de lo anterior es que la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 1012/1996 de 2 de diciembre de 1996 *(RJ* 1996, 8784), incardina a la fiducia *cum amico*, dentro de la simulación, razonando lo siguiente: «*el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista, y esta Sala ha proclamado reiteradamente que, cuando no envuelve fraude de ley, el contrato explicado es válido y eficaz, y de ahí que el planteamiento de la recurrente —sobre que el incumplimiento por el fiduciario de su promesa obligacional no derivará en la pérdida de la titularidad atribuida por un negocio transmisivo seguido de "*traditio*", como sucedería en un "pacto de retro", sino que este solo responderá del incumplimiento de la obligación*

según lo establecido en los artículos 1096 y 1101 del Código Civil—, no sirve como apoyo de la indemnización sustitutiva, pues, de una parte, el artículo 1096 compatibiliza la ejecución forzosa con la compensación de daños y perjuicios a elección del acreedor y, de otra, la recurrida, en uso de la opción expresada, ejercitó en el pleito una acción reivindicatoria con la asistencia de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para su éxito, a saber: la titularidad de la propiedad, la reclamación contra quien tenía la cosa en su poder, la inexistencia de derecho en la otra parte contra el dueño para retener el bien, y la debida identificación de la cosa, y lo hizo con el objetivo de recuperar el dominio, en realidad nunca perdido en virtud de la «fiducia cum amico» *incrustada en la relación jurídica con simulación relativa de persona interpuesta, donde, al quebrar la relación de confianza por la conducta del fiduciario, tenía aptitud legal para el ejercicio de dicha acción».*

Prueba de la falta de claridad en cuanto al discurso jurisprudencial es que se sigue afirmando en ocasiones que mediante la estipulación de un negocio fiduciario se persigue en ocasiones fines lícitos, cuáles pueden ser la transferencia de la propiedad con fines de garantía, pues como dice la STS de 26 de julio de 2004 recurso 3684/1998 «*La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o "venta en garantía" es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación*», fideicomisos, obtención de préstamos, etc., y otras veces, claramente ilícitas como lo es vulnerar la garantía general que para los acreedores representa el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil, la evasión de impuestos o la obtención de subvenciones a las que no se tiene derecho. Incluso los traspasos y subarriendos ilegales como recuerda la STS de 16 de julio de 2001, recurso 1505/1996.

Incluso, siguen existiendo recientes posturas en nuestra doctrina sobre la validez del negocio fiduciario y concretamente en el ámbito de la fiducia gestión (fiducia *cum amico*). De esta forma, destacamos las conclusiones de MATEO Y VILLA[12], al respecto:

«*a)* Que la causa, dentro del Derecho español, es un concepto lo suficientemente amplio como para enmarcar dentro de la misma negocios hasta ahora no desarrollados en el Código Civil.

b) Que la causa fiduciaria tiene un carácter no tipificado y se entiende por tal aquella por la que un sujeto adquiere la titularidad dominical de un bien con carácter temporal y afectado dicho bien a la finalidad de administración, con obligación de transmitir al beneficiario las rentas producidas y los bienes resultantes.

c) Que a esta figura le resulta de aplicación por analogía determinados preceptos del Código Civil respecto de la administración de la herencia y más particularmente de las sustituciones fideicomisarias.

d) Que la regulación de la fiducia gestión requiere en todo caso la existencia de un verdadero patrimonio separado, lo que implica una fuente independiente de entrada y salida de los bienes y derechos y un centro independiente de imputación de responsabilidad. Esto implicará, entre otros, la existencia de un patrimonio personal y de otro fiducario, ambos bajo la titularidad de la misma persona, y que el concurso de uno de los patrimonios no afecte al otro y viceversa.

e) Que, como el resto del ordenamiento jurídico, la seguridad es piedra angular a los efectos de evitar perjuicios de terceros interesados en el negocio —fundamentalmente el beneficiario y los acreedores— por lo que el Registro de la Propiedad se establece como institución fundamental a los efectos de dar

a conocer a terceros la existencia y la extensión, respecto de bienes inmuebles, del negocio fiduciario lo que es fundamental para su articulación; y, por último,

f) Que la declaración de entrada y salida de los bienes del patrimonio fiduciario, la adjudicación de bienes y de rentas al beneficiario o cualquier otra medida de control, puede hacerse a partir de instituciones ya existentes pero que, en todo caso y dentro de lo posible, no deben perjudicar a la flexibilidad de esta figura que por su naturaleza puede ser especialmente sensible a trabas de cualquier tipo».

Pues bien, en nuestro caso en cuestión y más allá de las discusiones apriorísticas sobre la naturaleza y verdadera esencia del negocio fiduciario, sentado en las instancias la existencia de un negocio fiduciario *cum amico*, consistente en una pretendida transmisión de propiedad con el objeto de poder distraer el patrimonio de los acreedores del fiduciante, el ilícito causal se releva en toda su plenitud, al buscarse la clara inaplicación del artículo 1911 del Código Civil.

Además en nuestro caso, entendemos que no nos encontramos «*strictu sensu*», ante un supuesto de fiducia, sino que estaríamos ante el negocio jurídico de «puesta a nombre de otro», tal y como señala la STS de 17 de febrero de 2005 recurso 5211/2000: «*y aparte de que dicho negocio es nulo si envuelve un fraude (ad exemplum sentencia de 2 de diciembre de 1996), además de todo ello, procede decir que esta Sala (vgr. sentencia de 5 de julio de 1989) ya se ha referido en diversas ocasiones al negocio jurídico de «puesta a nombre de otro» en sentido estricto —«nomen commodat»— [en Cataluña «prestanom»], refiriéndose a su designio de «conseguir una finalidad económica muy limitada con instrucciones reservadas del verdadero propietario, cual es la ocultación de la titularidad real para salvar el patrimonio de las responsabilidades en que se halla implicado, figura que tiene unos perfiles ciertamente semejantes con los negocios fiduciarios, pero con más improntas específicas, y concomitancias con figuras afines como la de interposición de personas»; y entre estas figuran, a no dudarlo, el denominado «testaferro» (del italiano «testa ferro», cabeza de hierro), en cuanto se trata de «una persona que figura con su nombre en un contrato, o como propietario de cierta cosa, en vez del interesado, o dueño verdadero, que queda oculto»*.

Así, tanto para el negocio fiduciario *estricto sensu*, como para el negocio de «puesta a nombre de otro», hemos de tener presente la concepción del ilícito causal que se realiza en las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 5 de marzo de 2001, 7 de junio de 2002, de 30 de marzo de 2004, y 17 de febrero de 2005, que afirman que «*cuando no envuelve fraude de ley, el contrato explicado es válido y eficaz*». Lo que, por otra parte, no es sino una consecuencia lógica de lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil, a cuyo tenor «*Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*». Y la STS de 13 de marzo de 1997 precisa que «*la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquel imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio*», y STS de 19 de febrero de 2009 recurso 2236/2003 «*Es cierto que el artículo 1275 del Código Civil en consonancia con el apartado tercero del artículo 1261 del mismo código, que exige como requisito esencial del contrato la existencia de causa de la obligación se establezca, señala que el contrato con causa ilícita no produce efecto alguno y que es ilícita la causa cuando se opone a la ley, de modo que en tal caso se impondrá la aplicación de las reglas del artículo 1306 en cuanto distingue los supuestos en que la causa torpe deba atribuirse a ambas partes o a*

uno solo de los contratantes. En este sentido la sentencia de esta Sala de 27 de marzo de 2007 se remite a la de 13 de marzo de 1997 para reiterar que «la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las Leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquel imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio (Sentencias de 8 de febrero de 1963, 2 de octubre de 1972, 22 de noviembre de 1979, 14 de marzo y 11 de diciembre de 1986), descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes (sentencias de 22 de diciembre de 1981 y 24 de julio de 1993)».

Aun cuando la «causa» no aparece conceptualmente definida en el Código Civil y el propio legislador utiliza una terminología equívoca, pues unas veces habla de causa de la obligación (art. 1261-3.º) y otras de causa del contrato (arts. 1275, 1276 y 1277), puede afirmarse que se trata del fin objetivo o inmediato del negocio jurídico o la función económica y social que el Derecho le reconoce como relevante, sin perjuicio de que los móviles subjetivos —en principio, ajenos a la causa— puedan considerarse integrados en la misma cuando se han objetivado mediante su expresión en el propio negocio como fundamento del mismo o se trata de móviles ilícitos, los que vienen a integrar los llamados «motivos casualizados» (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1984, 21 de noviembre de 1988 y 8 de abril de 1992, entre otras)[13].

En consecuencia, la nulidad del negocio fiduciario obligacional por ilícito causal (distracción del patrimonio del fiduciante al poder de sus acreedores), acarrearía la ineficacia del contrato de naturaleza real aparente, como integrantes de un único negocio complejo, pues no pueden sobrevivir independientemente, aunque con efectos limitados al fiduciante y fiduciario, dada la inatacabilidad de la posición que sobre los bienes fiduciarios ostentan los terceros de buena fe por negocios efectuados por el fiduciario, ya que para los terceros, ajenos a los pactos fiduciarios, serían plenamente válidos y eficaces (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª) núm. 459/2009 de 24 de julio de 2009 *(JUR* 2009, 361380).

III. DE LA INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1306 DEL CÓDIGO CIVIL

En cuanto a las consecuencias que para los contratantes se deriva de que la nulidad provenga de ser ilícita la causa del contrato viene regulada en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil[14], indicando, este último, que es el que aquí nos interesa que «*Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:*

1.ª) Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.

2.ª) Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá este repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fue extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido».

Los artículos 1305 y 1306 del Código Civil, suponen una excepción o salvedad (ya anunciada en el artículo 1303 «*in fine*» del Código Civil) a la regla de la recí-

proca restitución de las prestaciones producidas en virtud de un contrato nulo. La razón de estos preceptos se presenta en sede de pago de lo indebido, o de enriquecimiento injusto. En efecto, se trata de un conjunto de casos, ya tratados en el Derecho Romano, en que se deniega la «*conditio*» o la acción de cobro de lo indebido, y que la doctrina moderna fundamenta, entre otras teorías, en la prohibición del abuso de derecho y en la observancia del principio de legalidad.

Ahora bien, la aplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil, tiene dos excepciones jurisprudencialmente admitidas: los supuestos de simulación contractual y los negocios en que una sola de las partes efectúa prestaciones. Así lo entendió la STS de 30 de octubre de 1985 «*al ser reiterada la jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en la sentencia de 7 de febrero de 1959 y en las citadas en la misma, según la que el artículo 1.306 del Código Civil "no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo" que es, al igual que en el supuesto contemplado por la referida sentencia, el caso resuelto por la aquí recurrida, en que el presunto vendedor, padre del demandando, hoy recurrente, transmitió a este, que figuraba como comprador, las fincas objeto de las simuladas compraventas, sin contraprestación alguna por su parte*», lo que corrobora la STS de 14 de noviembre 2008 recurso 74/2003 «*En todo caso, y aunque ello ha sido discutido doctrinalmente, esta Sala ha declarado expresamente (sentencias de 7 de febrero de 1959, 24 de enero de 1977 y 30 de octubre de 1985) que el artículo 1306 del Código Civil "no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo"*.

En igual sentido se pronuncia la doctrina de las Audiencias Provinciales, así la SAP de Burgos de 31 de marzo de 2004, cuando nos dice que «*Partiendo el actor en su demanda de que la finalidad del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, cuya nulidad pretende, era la de simular una venta a favor de su hermana D.ª Cristina pues, consecuencia de una serie de problemas y deudas profesionales (era albañil) temía que le embargaran; y así evitar que los bienes vendidos, casa con terreno y cochera, útiles y herramientas de su trabajo le fueran embargados por terceros, es claro que la causa del contrato litigioso obedeció a una causa torpe o ilícita, cual era vulnerar la garantía general que para los acreedores representa el principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 1911 del Código Civil y aún cuando de conformidad con la literalidad del artículo 1306 núm. 2 del Código Civil, el actor carecería de acción para exigir la restitución de los bienes enajenados al responder la transmisión a una causa torpe, no puede ignorarse la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo a lo largo de casi un siglo, no obstante ser criticada por un sector amplio de la doctrina, según la cual este precepto no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo (SSTS de 24 de enero de 1977, 7 de febrero de 1959, 30 de junio de 1931), doctrina reiterada por la más reciente STS de 23 de octubre de 1992, en términos que no dejan lugar a dudas sobre la imposibilidad de aplicar a supuestos como los de autos, la regla 2.ª del artículo 1306, por inmoral y fraudulento que puede parecer esta utilización de los mecanismos y recursos jurídicos, cuando literalmente dice "como el derecho no puede temer a la verdad sino favorecer el que esta prevalezca, es llano que los intervinientes en el negocio con simulación absoluta están legitimados para pedir la declaración de su inexistencia"*», SAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 de julio de 2003 al afirmar que «*no hay que confundir el dolo con la causa ilícita o torpe del artículo 1306 del mismo Código y que es predicable de ambos contratantes, precepto que solo es de aplicación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo —senten-*

cia de 10 de abril de 2001, por citar alguna de las más recientes— a los casos de nulidad de pleno derecho o absoluta (entre los que no se incluye el supuesto de los vicios de la voluntad y, entre otros, del dolo), y que tampoco es aplicable, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo —sentencia de 30 de octubre de 1985, por ejemplo—, si uno solo de los contratantes entregó algo. Sobre la base de esta consideración y de la inaplicación del artículo 1306 citado, habría que entender que, en este caso, los efectos materiales de la resolución pretendida por el actor serían los mismos que los de la nulidad solicitada por el demandado, pues ambas formas de ineficacia contractual se traducen en la obligación de restitución propia de las cosas o de las prestaciones que hubieren sido objeto del contrato (art. 1303 del Código Civil) y entregadas o ejecutadas en virtud del mismo». La SAP de Tarragona de 14 de noviembre de 2003 que «*respecto a la supuesta causa ilícita y correlativa nulidad del contrato, hay que indicar que, aceptando esta línea argumental, lo que quedaría sin efecto es precisamente la atribución formal de la titularidad a favor de la esposa, que es la apariencia creada por las partes para obtener la subvención, revelándose entonces como válido el único y auténtico negocio de adquisición real por parte de ambos cónyuges; lo que nunca cabría defender es la solución contraria, propugnada por la recurrente, esto es, que constatada la ilicitud de la causa, se mantuviera la situación aparente creada por las partes con tal fin*». *Esta misma doctrina la admite la SAP Alicante (Sección 7.ª) de 11 de noviembre de 2002 al sostener que «Sentado, pues, que D. José Francisco conocía que el fin pretendido por D. Bartolomé al proceder a la venta de sus propiedades era el sustraer las mismas a la acción de los acreedores, cabe concluir que la causa torpe o ilicitud de la causa (vulnerar la garantía que para los acreedores representa el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 del Código Civil) era conocida tanto por el vendedor como por el comprador, siendo de aplicación, pues la causa torpe descrita no constituye delito ni falta a que hace referencia el artículo 1305 del Código Civil, lo previsto en la regla 1.ª del artículo 1306 al establecer que "cuando la culpa este de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido". Si bien es cierto que existe jurisprudencia según la cual el artículo 1306 del Código Civil no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni cuando es uno solo de los contratantes el que entregó algo (STS de 30 de octubre de 1985), también lo es que en el presente caso ha quedado suficientemente acreditado, mediante constancia en escritura pública, que el actor reconoció recibido el precio estipulado, sin que dicha prueba pueda ser destruida por la declaración testifical que ni siquiera asegura tener constancia de si se realizó o no se realizó pago alguno, motivo por el cual no nos encontramos ante ninguno de los supuestos citados, sino, como ya ha quedado expuesto, ante un caso de contrato con causa ilícita»*. Si bien esta última sentencia se aplicó el artículo 1306 del Código Civil, porque no se trataba de un contrato simulado, y se consideró que hubo prestaciones por ambas partes litigantes, por tanto, no concurría ninguna de las excepciones jurisprudenciales a su aplicabilidad.

En consecuencia, cuando se da uno de estos dos supuestos de excepción a la norma especial sancionadora, la consecuencia por ella prevista decae y vuelve a ser aplicable la norma general reguladora de los efectos «*inter partes*» de la nulidad contractual, que es la prevista en el artículo 1303 del Código Civil conforme al cual «*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*».

Anteriormente, ya hemos expuesto que en realidad más que ante un negocio fiduciario *cum amico*, nos encontramos en los casos analizados por estas sentencias del Tribunal Supremo ante supuestos de intestación conocidos como negocios de puesta a nombre de otro. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1989 viene a indicar que «*aparece claro que el contrato de compraventa a favor de la Orden de Predicadores, efectuado por los actores por medio de su apoderado a tal fin don Eloy V. M. y con el propósito de esquivar responsabilidades de orden administrativo constituye un típico caso de negocio jurídico de "puesta a nombre de otro" en sentido estricto, que en el historial patrio cuenta con innumerables precedentes en los avatares de los conflictos político-sociales padecidos y que con un instrumento jurídico aparentemente ilimitado en sus consecuencias cual es la transmisión de la propiedad, se trata de conseguir una finalidad económica muy limitada y con arreglo a instrucciones reservadas del verdadero propietario, cual es la ocultación de la titularidad real para salvar el patrimonio de las responsabilidades en que se halle implicado el mismo; tiene pues, unos perfiles ciertamente semejantes a los negocios fiduciarios, pero con unas improntas específicas, que han sido objeto de doctrina de esta Sala si bien en casos diferentes al que aquí no ocupa —sentencias de 26 de abril de 1956, 13 de noviembre de 1958 y 25 de octubre de 1962— y con concomitancias con figuras afines como la de interposición de personas. Ahora bien, calificado el contrato de 8 de febrero de 1969, como enmarcado en el negocio de "puesta a nombre de otro" («nomen commodat»), y dada su validez no cabe extenderse más allá de lo prevenido, conforme al acuerdo de voluntades de los contratantes, por lo que las sucesivas transmisiones sin el consentimiento de una de las partes incurre en vicio de simulación, y nulidad por falta del consentimiento del verdadero titular salvo que esté protegido por la buena fe el tercer adquirente, en aras de la seguridad jurídica*».

Por ello, como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª) núm. 232/2013 de 20 de mayo de 2013 *(JUR* 2013, 211153), no existe verdadera transmisión de propiedad entre las partes del negocio fiduciario *cum amico* ni en el de intestación consistente en la puesta a nombre de otro: «*al tratase de un negocio de fiducia trátese de una fiducia* cum amico *o simplemente un supuesto de puesta a nombre de otro pretendiendo que la verdadera titularidad quede oculta lo cierto y verdad es que la titularidad cuasi transmitida es meramente aparente y no real y por lo tanto las ventas o transmisiones realizadas por el fiduciario sin el consentimiento o fuera de las instrucciones arregladas con el fiduciante son nulas por cuanto están hechas por quien no es verdadero titular de los bienes y no se prueba que se haya realizado de acuerdo con las instrucciones del mismo. Por ello el motivo en cuanto confunde la existencia de los dos tipos de negocios fiduciarios se desestima*».

En realidad, no existiendo transmisión dominical en los negocios analizados por las sentencias del Tribunal Supremo de 2016, nos encontramos realmente ante una «tercera excepción» a la aplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil, junto a las ya citadas de los contratos simulados y la de los contratos en lo que solo una de las partes procedió a cumplir su prestación, como es el de los supuestos de prestaciones no definitivas o que el *accipiens* no recibía para su propio patrimonio, tal y como las denomina DELGADO ECHEVARRÍA[15], (con quien coincidimos) razonándolas del siguiente tenor: «El *Código Civil* alemán excepciona de la exclusión de repetición de la prestación torpe el caso en que la prestación consistiere en contraer una obligación (§ 817, 2, de la BGB). Con mayor razón debe mantenerse la misma doctrina para el Derecho español, en que no se

reconoce el negocio obligacional abstracto. La aceptación de letra de cambio o la firma de pagaré no es todavía pago (*vid.* art. 1170, 2.°, del Código Civil) y es conforme a la idea de los artículos 1305 y 1306 impedir su cumplimiento para evitar con él una atribución patrimonial reprobable. Generalizando este criterio restrictivo, se ha dicho que no ha de excluirse la repetición de las atribuciones no definitivas, aquellas que el atributario no ha de retener para siempre según el acuerdo y las que no recibe para su propio patrimonio (19). Así, por ejemplo, las prestaciones en garantía (constitución de prenda o hipoteca, cesión de crédito en garantía, etc.) serían repetibles aun cuando la obligación garantizada fuera nula por ilicitud de la causa.

Lo mismo las cantidades entregadas para ejecución de un mandato ilícito (mientras este no ha sido ejecutado) o las atribuciones fiduciarias: de otro modo, la aplicación de los artículos 1305 y 1306 llevaría a desplazamientos patrimoniales que ni siquiera el contrato habría producido de ser válido.

Siguiendo este camino, es decir, entendiendo restrictivamente el concepto de «prestación» realizada en virtud de contrato ilícito («lo que se hubiera dado a virtud del contrato», dice el art. 1306 del CA), se hace notar que en contratos como el préstamo o el arrendamiento lo dado en virtud de él no es el dinero o la cosa, sino la utilización de ellos durante cierto tiempo; en consecuencia, la irrepetibilidad solo operaría en el tiempo contractualmente previsto para la duración de la prestación.

El supuesto principal es el del préstamo usurario, que llevó al Reichsgericht a cambiar en el sentido apuntado su anterior jurisprudencia (sentencia de 30 de junio de 1938): se entiende que al usurero alcanza la tacha de torpe, y no así al prestatario, por lo que este puede repetir los intereses pagados, pero aquel no el capital entregado; ahora bien, si la negación de la repetición fuera perpetua, el prestatario obtendría sin fundamento alguno otra ventaja patrimonial, además de la que el contrato le proporcionaba (la utilización del capital por el tiempo pactado); en definitiva, se entiende que el § 817 de la BGB (equivalente a nuestro art. 1306) no se opone a la repetición del capital una vez transcurrido el tiempo pactado. La solución parece aceptable en nuestro Derecho, en que el artículo 3.° de la Ley de 23 de julio de 1908 (de represión de la usura) obliga al prestatario a restituir la suma recibida, autorizándole a repetir el exceso pagado en concepto de intereses: ha de entenderse —aunque no resulta con claridad de la jurisprudencia— que la restitución del capital tampoco puede exigirse antes del plazo pactado. Considerando que esta solución legal no es sino concreción para un caso de la regla del artículo 1306 podríamos tratar con los mismos instrumentos problemas como el del arrendamiento de prostíbulo, sin necesidad de reconocer —lo que sería incorrecto, en mi opinión— el ejercicio de la reivindicatoria al arrendador durante el plazo del arriendo».

Por tanto, si el negocio fiduciario fuese nulo por concurrir causa ilícita, cual pudiera ser una eventual evasión fiscal o un fraude de acreedores, la consecuencia no sería siempre que el fiduciario no tendría que entregar nada al fiduciante, por aplicación del artículo 1306 Código Civil, sino que se debe de estar al artículo 1303 del mismo texto legal, cuando fue solo el fiduciante el que efectuó entregas, cuando se trate de un negocio simulado, o bien, en realidad cuando no la atribución no haya supuesto una transferencia dominical, como realmente ocurre en el caso de los negocios fiduciarios y en los de puesta a nombre de otro. Lo contrario incluso supondría un enriquecimiento injusto para el fiduciario cooperador en el negocio fraudulento. Además, esta sería la solución más correcta desde el punto de vista de eventuales terceros perjudicados, ya que al

reintegrarse los bienes en el patrimonio de su verdadero titular, normalmente podrán (los terceros) desplegar con mayor facilidad las acciones que pudieran corresponderles, cual sucede en supuestos de obtención de subvenciones indebidas, fraudes fiscales, de acreedores…, con lo que estimamos acertada la solución que nos ofrecen estas dos sentencias del Tribunal Supremo de 2016 al negar la aplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil en negocios no atributivos del derecho de propiedad, procediéndose por tanto a la restitución de las prestaciones por ambas partes.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA. *La simulación.* Madrid, 2005.

ALONSO PUIG. Reflexiones sobre el artículo 1306 del Código Civil. *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo.* Tomo I. Derecho Civil. Parte General. Thomson-Civitas, 2003.

DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio jurídico,* 1967.

DELGADO ECHEVARRÍA (comentario al art. 1306 del Código Civil). *Comentarios al Código Civil.* Edersa (2005). Tomo XVII, Vol 2.º: Artículos 1281 a 1314 del Código Civil (2.ª edición).

GÓMEZ GALLIGO. Titularidades fiduciarias. *Actualidad Civil,* 1992-3.º, XXXIII.

JORDANO BAREA. Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria (Notas sobre la sentencia del TS de 16 de mayo de 1983 a la luz de la doctrina del Prof. Castro). *Anuario de Derecho Civil,* vol. 36, núm. 4, 1983, pp. 1435-1454.

MATEO Y VILLA. De la fiducia gestión. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año núm. 83, núm. 704, 2007.

MORALES MORENO. Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes (Anotaciones a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1986), *Anuario de Derecho Civil* (1988).

PARA MARTÍN. En torno a la fiducia *cum creditore*. *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo.* Tomo I. Derecho Civil. Parte General. Thomson-Civitas, 2003.

REDONDO TRIGO. El pacto marciano, el pacto «*ex intervallo*» y la fiducia «*cum creditore*» en las garantías financieras del Real Decreto-ley 5/2005. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año núm. 83, núm. 699, 2007.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 11 de julio de 1984
- STS de 21 de noviembre de 1988
- STS de 5 de julio de 1989
- STS de 15 de junio de 1999 *(RJ* 1999, 4474)
- STS de 8 de abril de 1992
- STS de 2 de diciembre de 1996
- STS de 13 de marzo de 1997
- STS de 19 de junio de 1997
- STS de 5 de marzo de 2001
- STS de 16 de julio de 2001
- STS de 7 de junio de 2002
- STS de 30 de marzo de 2004 *(RJ* 2004, 2603)

- STS de 26 de julio de 2004
- STS de 17 de febrero de 2005
- STS de 14 abril de 2005 *(RJ* 2005, 4515)
- STS de 15 de julio de 2005 *(RJ* 2003, 4462)
- STS de 14 de noviembre de 2008
- STS de 19 de febrero de 2009
- STS de 2 de junio de 2009 *(RJ* 2009, 3368)
- STS de 30 de mayo de 2016 *(RJ* 2016, 2307)
- STS de 10 de junio de 2016 *(RJ* 2016, 2827)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 de julio de 2003
- SAP de Tarragona de 14 de noviembre de 2003
- SAP de Burgos de 31 de marzo de 2004
- SAP de Madrid de 24 de julio de 2009
- SAP de Madrid de 20 mayo de 2013

NOTAS

[1] REDONDO TRIGO. El pacto marciano, el pacto «*ex* intervallo» y la fiducia «*cum creditore*» en las garantías financieras del Real Decreto-ley 5/2005. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año núm. 83, núm. 699, 2007, pp. 355-375.

[2] ALBALADEJO GARCÍA. *La simulación.* Madrid, 2005.

[3] DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio jurídico,* 1967.

[4] *Vid., op. cit.,* pp. 91 y 92.

[5] ALBALADEJO, se está refiriendo a la obra cumbre de GARRIGUES en esta materia: *Negocios jurídicos fiduciarios en el Derecho mercantil,* 1976.

[6] ALBALADEJO cita a DE COSSÍO, LACRUZ-LUNA, VIDAL MARTÍNEZ, SANTOS BRIZ, GETE-ALONSO CALERA y NURIA GINÉS. V. *op. cit.,* cita 3 ter de la página 91.

[7] En este sentido, se puede examinar toda la Jurisprudencia analizada por ALBALADEJO en torno a la calificación o no del negocio fiduciario como negocio simulado. *Vid. op. cit.,* pp. 94 y sigs.

[8] En esta línea, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2005 *(RJ* 2003, 4462) y la también sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2004 *(RJ* 2004, 2603).

[9] En cuanto al resto de la problemática derivada de las relaciones entre fiduciante, fiduciario, terceros acreedores y terceros adquirentes nos remitimos (al exceder el ámbito de este trabajo) a las recientes reflexiones al respecto expuestas por PARA MARTÍN. En torno a la fiducia *cum creditore. Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Tomo I. Derecho Civil. Parte General.* Thomson-Civitas, 2003.

PARA MARTÍN, también acoge la postura de la simulación al afirmar (p. 736) lo siguiente: «En mi opinión la venta en garantía es siempre un negocio simulado que encubre otro disimulado, calificable de fiduciario que establece un derecho real atípico de garantía».

[10] En este sentido, GÓMEZ GALLIGO, Titularidades fiduciarias, *Actualidad Civil*, 1992-3.º, XXXIII.

[11] Sobre la titularidad fiduciaria, con plena adscripción a las tesis de DE CASTRO, *vid.,* JORDANO BAREA. Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria (Notas sobre la sentencia del TS de 16 de mayo de 1983 a la luz de la doctrina del Prof. Castro). *Anuario de Derecho Civil,* vol. 36, núm. 4, 1983, pp. 1435-1454.

[12] MATEO Y VILLA. De la fiducia gestión. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año núm. 83, núm. 704, 2007, pp. 2585-2677.

[13] En cuanto a los convenios que pretendían atribuir la propiedad de bienes con ánimo de evitar actuaciones tributarios y su nulidad por ilícito causal, *vid.,* MORALES MORENO. Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes (Anotaciones a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1986), *Anuario de Derecho Civil* (1988), pp. 607-618.

[14] *Vid.,* para un análisis recopilatorio de las posturas doctrinales al respecto, *Vid.,* ALONSO PUIG. Reflexiones sobre el artículo 1306 del Código Civil. *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Tomo I. Derecho Civil. Parte General.* Thomson-Civitas, 2003, páginas 154 y siguientes.

[15] DELGADO ECHEVARRÍA (comentario al art. 1306 del Código Civil). *Comentarios al Código Civil.* Edersa (2005). Tomo XVII, vol 2.º: Artículos 1281 a 1314 del Código Civil (2.ª edición).

3. URBANISMO

La fecha de terminación de la obra antigua y su acreditación mediante certificación expedida por técnico competente

The date of completion of the old construction and its accreditation certificate issued by a competent technician

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESUMEN: Se analizan en este comentario tres extremos de las declaraciones de obra antigua: la cuestión de Derecho transitorio, la determinación de la fecha de terminación de las obras y la competencia del técnico certificante.

ABSTRACT: Analysis of three aspects of the statements of ancient work: the question of transitional law, the determination of the date of completion of the work and competence of certifying technical.

PALABRAS CLAVE: Obra antigua. Fecha finalización. Derecho transitorio. Técnico competente.

KEY WORDS: Old construction statement. Date of completion. Transitional law. Competent technician.

RESOLUCIÓN de 15 de enero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. Planteamiento. 2. La cuestión de derecho transitorio. 3. La determinación de la fecha de la finalización de la obra. 4. La competencia del técnico certificante.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

El recurso se interpone contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad por la que se suspende la inscripción de una declaración de ampliación de obra nueva.

I. Mediante escritura otorgada con fecha 19 de septiembre de 2014, se procedió a la declaración de ampliación de obra nueva, alegando la antigüedad de la misma por plazo superior a cuatro años, y tomando por base el certificado expedido por un arquitecto.

II. Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Suspendida la inscripción del documento que precede, conforme a los siguientes hechos: Según resulta de la certificación librada por la técnico colegiada, la antigüedad de la edificación que ahora se declara es superior a siete años. Fundamentos de Derecho. La antigüedad de la edificación es inferior al plazo de prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 52. b) del Reglamento para la inscripción de actos de naturaleza urbanística y lo establecido en el artículo 236 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana, a cuyo tenor: Artículo 236 Obras terminadas sin licencia o sin ajustarse a sus determinaciones. Plazo de caducidad de la acción para ordenar la restauración de la legalidad urbanística: 1. Siempre que no hubieren transcurrido más de quince años desde la total terminación de las obras o usos del suelo realizados sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en la misma, el Alcalde requerirá al propietario para que, en el plazo de dos meses, solicite la oportuna autorización urbanística o ajuste las obras a las condiciones de la licencia otorgada. El referido plazo de caducidad de acción de la administración empezará a contar desde la total terminación de las obras o desde que cesen los usos del suelo de que se trate. 2. A los efectos previstos en esta ley, se presume que unas obras realizadas sin licencia u orden de ejecución están totalmente terminadas, cuando quedan dispuestas para servir al fin previsto sin necesidad de ninguna actividad material posterior referida a la propia obra o así lo reconozca de oficio la autoridad que incoe el expediente, previo informe de los servicios técnicos correspondientes. Contra la presente calificación (…)».

III. Contra la anterior nota de calificación se interpuso recurso con base, entre otros, en los siguientes argumentos: «(…) 1. Las obras realizadas sin licencia fueron terminadas en fecha muy anterior a la entrada en vigor de la Ley 5/2014 de 25 de julio de la Generalidad Valenciana. 2. A pesar de ello, las obras eran compatibles con el planteamiento según el técnico municipal de la ciudad. 3. Autorizada la escritura notarialmente, finalmente se suspende su inscripción, por considerar de aplicación lo establecido en la Ley 5/2014 de 25 de julio. Tercero.—Retroactividad normativa administrativa. Cuestiona esta parte la aplicación de la Ley 5/2014 de 25 de julio al administrado como motivo para suspender la inscripción, fundamentalmente porque las obras ya estaban terminadas a la entrada en vigor de dicha Ley, por lo que no puede aplicarse de forma retroactiva una normativa que resulta ser más perjudicial que la que anteriormente estaba en vigor al momento de terminar las obras. Y además desde que el Ayuntamiento de Villena constata su finalización (años 2007) han trascurrido más de 4 años hasta que se autoriza la escritura y se solicita su inscripción (plazo este legalmente exigible para realizar tal acto al momento de terminación de las obras). De tal forma que conforme se acredita con el Certificado técnico unido a la escritura de declaración de obra, las obras en agosto de 2014, tenían una antigüedad superior a 7 años, por el principio de irretroactividad no puede ampararse la suspensión de su inscripción en el registro en septiembre de 2014, por una ley aprobada en julio de 2014 y entrada en vigor en agosto, puesto que con la normativa anterior, hubiera sido posible su inscripción, caso distinto es que las obras hubieran sido

terminadas en fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley Valenciana, en relación a las obras ejecutadas sin licencia, o fuera de ordenación, en cuyo caso es evidente que sería de aplicación la Ley vigente (…)».

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 9.3, 148.1.3.ª, 149.1.1.ª y 149.1.8.ª de la Constitución Española; 2 del Código Civil; 17, 20 y 51 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo; 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 221, 224 y 228 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana; 236 y 238 y la disposición transitoria tercera de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana; los artículos 45, 52 y siguientes y 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística; las Sentencias del Tribunal Constitucional números 27/1981, 99/1987, 227/1988 y 150/1990; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de abril de 2005, 9 de enero de 2010, 24 de marzo, 11, 12 y 14 de abril, 4 de mayo, 7 y 14 de junio, 12 de septiembre y 12 y 14 de noviembre de 2011, 17 de enero, 1, 2 y 5 de marzo, 8 y 24 de mayo, 18 (2.ª) y 29 (2.ª) de octubre, 12 de noviembre (2.ª) y 3 de diciembre (1.ª) de 2012, 25 de febrero, 4 de marzo, 15 de abril (2.ª), 6 de mayo y 5 de noviembre de 2013 y 11 de marzo de 2014.

1. Es objeto de discusión en el presente recurso la posibilidad de inscribir una declaración de ampliación de obra nueva de las denominadas «antiguas», construida sin licencia en un suelo no urbanizable, sobre la base de una declaración contenida en certificado técnico donde se acredita una antigüedad superior a los cuatro años. Resulta determinante en este supuesto la posible aplicación de la norma urbanística vigente al tiempo de otorgarse la escritura pública y presentarse el título en el Registro de la Propiedad, pero que no lo estaba al momento de concluirse la construcción o edificación declarada.

2. El recorrido lógico de dicho análisis nos debe hacer comenzar por esta última cuestión, relativa a la aplicación o no de una norma en función de ciertos parámetros temporales, por lo que a su estudio y resolución se entrará en primer lugar, al ser la «ratio decidendi» del derecho sustantivo del conflicto planteado. Como ha quedado señalado, se declara en fecha 19 de septiembre de 2014 una ampliación de obra terminada en el año 2007, y a la cual el Registrador de la Propiedad aplica la recientemente aprobada Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana. La entrada en vigor de la misma se produjo el día 20 de agosto del año 2014, por lo que la norma se encontraba plenamente vigente al tiempo del otorgamiento del título de ampliación de obra nueva y de su posterior presentación en el Registro. La doctrina general de este Centro Directivo es clara y consolidada en este aspecto: «En relación con la eficacia temporal de las normas en esta materia, hay que recordar que, (…) en materia de inscripción de actos o negocios jurídicos regulados por las normas urbanísticas de trascendencia inmobiliaria, el Registrador debe basar su calificación, no solo en la legalidad intrínseca de los mismos, sino también en las exigencias especiales que las normas exigen para su documentación pública e inscripción registral. Son en consecuencia las

sucesivas redacciones legales en la materia (Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico; Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio; Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), las que serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos periodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior. Siendo ello así y estando vigente el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en el momento del otorgamiento de la escritura calificada (…), dicho texto legal deberá ser el canon normativo que se aplique para dilucidar la cuestión de fondo planteada (…)» (cfr. Resolución de 11 de marzo de 2014).

Esta regla general, sin embargo, sufre evidentes limitaciones en determinados ámbitos normativos, para evitar, entre otras consecuencias, la posible aplicación de un régimen sancionador a una infracción cometida antes de su entrada en vigor. Por eso hay que aclarar que —tal y como se recoge en la mencionada Resolución de 11 de marzo de 2014— esta doctrina general no puede resultar de aplicación en relación al ámbito sancionador de la normativa urbanística cuando el periodo señalado para la prescripción de la acción correspondiente ya se ha cumplido en su totalidad al tiempo de entrar en vigor la nueva norma.

La anterior Ley urbanística valenciana de 2005 señalaba un plazo de prescripción de cuatro años para las obras sin licencia, el cual se amplía con la norma recién aprobada en 2014 a quince años. Por tanto, al tiempo de la entrada en vigor de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana (vigencia desde 20 de agosto de 2014) la acción de restauración de la legalidad de la obra ya no podría iniciarse, atendiendo al texto normativo que se encontraba vigente en el momento de cometerse la infracción, ya que había transcurrido un lapso de tiempo superior a los cuatro años de restablecimiento de la legalidad urbanística. De ahí que la aplicación del régimen de la nueva ley, como considera el Registrador, supondría el renacimiento de una acción que ya se encontraba prescrita e implicaría una aplicación retroactiva de la norma, efecto este que, al margen de no encontrarse contemplado en la misma ley (cfr. disposición transitoria primera de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana), podría provocar la vulneración del principio constitucional de no retroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

3. Una vez aclarada la incorrecta aplicación de la Ley de 25 de julio de 2014 por motivos de eficacia temporal, cabe analizar si puede inscribirse la obra nueva por antigüedad, acreditando que la misma es de siete años. Como ya se ha avanzado, el artículo 224 de la norma que se resuelve como aplicable al caso (es decir, la Ley Urbanística Valenciana de 2005), especifica que el plazo para ordenar la restauración urbanística será de cuatro años para obras sin licencia desde la terminación de la obra; siendo este plazo indefinido para las construcciones llevadas a cabo entre otros casos en suelo urbanizable protegido. Según resulta de la descripción de la finca en el Registro así como en la propia escritura (y sin que haya quedado desvirtuado por ningún otro medio de prueba) el suelo donde se declara la obra es suelo rústico sin concreción ni protección específica alguna. Tampoco consta en el expediente la iniciación de un plan de gestión de la zona por tratarse de un suelo no urbanizable de especial protección. La consecuencia en uno y otro caso de esta infracción (construcción sin licencia) podría suponer la adopción de medidas de restablecimiento de esa legalidad que lleven a la de-

molición del inmueble o construcción dentro de los plazos señalados (arts. 225 y 228 de la indicada Ley de 2005).

Por tanto, se observa que al tiempo de otorgarse la escritura de ampliación de obra nueva han transcurrido de manera completa y efectiva los plazos legalmente previstos para iniciar las acciones de restablecimiento de la legalidad urbanística señaladas en la ley aplicable, es decir la Ley Urbanística Valenciana de 2005.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

III. COMENTARIOS

1. Planteamiento

El supuesto de hecho contemplado refleja tres cuestiones concretas de gran relevancia en materia de inscripción de las declaraciones de obra nueva respecto de las cuales no cabe la adopción por la administración competente de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción establecidos al efecto por la legislación autonómica urbanística aplicable; esto es, lo que se conoce comúnmente como obra antigua.

En el momento de la presentación del título en el Registro, el régimen de inscripción de esta clase de obras era el contenido en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, en su redacción dada por el apartado 12 de la Disposición Final Duodécima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas. Dicho precepto, cuyo contenido es coincidente con el artículo 28 del hoy vigente 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, establecía en su apartado 4.a) la siguiente previsión:

«Se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. A tales efectos, el Registrador comprobará 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 y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general».

La primera cuestión que vamos a abordar en estos comentarios es la que constituye el objeto directo de la resolución que nos ocupa: la determinación del régimen transitorio aplicable cuando se ha producido un cambio legislativo que modifica los requisitos de acceso al Registro de tales obras. En el caso contemplado se acredita la terminación de la obra cuando estaba vigente la normativa anterior que preveía un plazo de cuatro años de prescripción de la posibilidad de adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, siendo presentado el título en el Registro bajo la vigencia de la nueva ley que amplía el plazo a quince años.

La segunda cuestión que vamos a analizar es la relativa a uno de los requisitos legalmente establecidos para la inscripción de la declaración de obra antigua, consistente en la determinación de la fecha de finalización de la construcción.

Finalmente, nos referiremos a uno de los modos posibles de acreditar dicha fecha de terminación de la obra: la certificación expedida por técnico competente, deteniéndonos en los presupuestos precisos para que pueda considerarse cumplido el requisito de su competencia para expedirla.

2. La cuestión de Derecho transitorio

En el caso contemplado por la resolución que analizamos, la construcción del edificio declarado había concluido durante la vigencia de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística de la Comunidad Valenciana, la cual establecía un plazo de prescripción de cuatro años para las obras sin licencia, plazo que ya había transcurrido en el momento de la presentación del título. Sin embargo, a la fecha de la presentación ya había entrado en vigor la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana, que amplió el plazo a quince años.

Para la solución del problema de derecho intertemporal en relación con esta materia hay que comprobar en primer lugar si la nueva norma establece un régimen transitorio específico que resuelva directamente la cuestión. En el resto de los casos es necesario acudir a un criterio general acorde con el principio de irretroactividad de las normas consagrado en los artículos 9.3 de la Constitución y 2.3 del Código Civil. Partiendo de esta idea, la Dirección General ha sentado la regla según la cual el Registrador debe acomodar su labor calificadora atendiendo a la normativa aplicable en el momento de su intervención.

La resolución comentada cita en este sentido otra de 11 de marzo de 2014, que se refiere a ello en estos términos: «En relación con la eficacia temporal de las normas en esta materia, hay que recordar que, (…) en materia de inscripción de actos o negocios jurídicos regulados por las normas urbanísticas de trascendencia inmobiliaria, el Registrador debe basar su calificación, no solo en la legalidad intrínseca de los mismos, sino también en las exigencias especiales que las normas exigen para su documentación pública e inscripción registral. Son en consecuencia las sucesivas redacciones legales en la materia (Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico; Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio; Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), las que serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos periodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior. Siendo ello así y estando vigente el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en el momento del otorgamiento de la escritura calificada (…), dicho texto legal deberá ser el canon normativo que se aplique para dilucidar la cuestión de fondo planteada (…)».

Una primera matización de la regla general expuesta, que perfila el alcance de la misma, tiene en cuenta también la intervención del notario autorizante, la cual se habrá de ajustar a la legislación vigente al tiempo del otorgamiento. Si en tal caso se produce un cambio legislativo antes de la presentación del título, lo lógico es entender que el Registrador habrá de realizar su calificación a la vista de la nueva normativa. La Resolución de 17 de enero de 2012, con cita de otras, realiza esta acertada matización señalando lo siguiente: «ha de analizarse el alcance temporal de las normas aplicables para determinar el régimen apli-

cable a los requisitos para obtener la inscripción de las declaraciones de obras antiguas (o ampliaciones de obras antiguas), siendo las normas o disposiciones a aplicar, no las que regulan los controles administrativos sobre la forma en que se ha ejecutado la obra, sino las disposiciones que regulan los requisitos necesarios para su documentación pública e inscripción registral. Por lo tanto, como ya afirmó este Centro Directivo en sus Resoluciones de 9 de enero de 2010 y 24 de marzo de 2011, las sucesivas redacciones legales en la materia (…), serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos periodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior. Ahora bien, tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determinada norma de protección de legalidad urbanística, pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el Registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción».

La resolución objeto del presente comentario realiza una segunda matización delimitadora del alcance de la regla general al enfrentarse a una nueva hipótesis: la ampliación del plazo legal de prescripción en el momento de la presentación de la escritura, la cual se había otorgado cuando resultaba de aplicación el plazo inferior establecido por la normativa anterior y este ya había concluido.

La citada resolución razona ante esta hipótesis lo siguiente: «esta regla general, sin embargo, sufre evidentes limitaciones en determinados ámbitos normativos, para evitar, entre otras consecuencias, la posible aplicación de un régimen sancionador a una infracción cometida antes de su entrada en vigor. Por eso hay que aclarar que —tal y como se recoge en la mencionada Resolución de 11 de marzo de 2014— esta doctrina general no puede resultar de aplicación en relación al ámbito sancionador de la normativa urbanística cuando el periodo señalado para la prescripción de la acción correspondiente ya se ha cumplido en su totalidad al tiempo de entrar en vigor la nueva norma».

Como consecuencia de ello, la resolución parte de la circunstancia de no poder iniciarse la acción de restauración de la legalidad de la obra al tiempo de la entrada en vigor de la nueva norma, atendiendo al texto normativo que se encontraba vigente en el momento de cometerse la infracción, ya que había transcurrido un lapso de tiempo superior a los cuatro años de restablecimiento de la legalidad urbanística. Y de ahí concluye que la aplicación del régimen de la nueva ley supondría el renacimiento de una acción que ya se encontraba prescrita e implicaría una aplicación retroactiva de la norma, efecto este que, al margen de no encontrarse contemplado en la misma ley (conforme a la Disposición Transitoria Primera de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana), podría provocar la vulneración del principio constitucional de no retroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

En consecuencia, ante esta hipótesis, una aplicación rigurosamente literal de la regla general antes expuesta debe ceder sin duda ante el principio constitucional de no retroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

3. La determinación de la fecha de la finalización de la obra

La segunda cuestión antes señalada consiste en el análisis del requisito de la determinación de la fecha de finalización de la obra antigua. Se trata de di-

lucidar si es necesario que la fecha esté perfectamente determinada o si basta con que se acredite que desde el momento en que se produjo dicha finalización ha transcurrido el plazo de prescripción fijado por la legislación autonómica.

La regulación de este requisito se encuentra contenida en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo en su redacción dada por el apartado Doce de la Disposición Final Duodécima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, que era la norma vigente en el momento de la calificación registral en el supuesto contemplado por la resolución comentada y cuyo contenido se reproduce en el actualmente en vigor artículo 28 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. Ambas normas establecen en el apartado 4.a) respectivo lo siguiente:

«No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, la constancia registral de la terminación de la obra se regirá por el siguiente procedimiento:

a) Se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título (…)».

La interpretación de esta norma ha dado lugar a opiniones discordantes en la doctrina: algunos autores consideran necesario que se acredite la fecha exacta de la terminación de las obras, mientras que para otros basta con que se acredite que estas terminaron con una antelación superior al plazo de prescripción legalmente establecido, sin que sea precisa aquella determinación exacta[1].

A favor de la tesis de la determinación exacta de la fecha podría esgrimirse, en primer término, una interpretación literal del transcrito apartado 4.a), que parece apuntar a ello, al menos en principio, al referirse expresamente a la acreditación de la terminación de la obra en «fecha determinada», en lugar de limitarse a exigir que se acredite que desde la fecha de dicha terminación han transcurrido los plazos de prescripción correspondientes.

A esta primera conclusión se podría llegar incluso con mayor convicción a la vista de la redacción literal del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, según el cual:

«Podrán inscribirse por el Registrador de la Propiedad las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas en las que concurran los siguientes requisitos:

a) Que se pruebe por certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título.

b) 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.

c) Que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación».

Como se puede observar, el precepto separa en sus apartados a) y b) dos requisitos que podrían haberse refundido en uno solo. De ahí podría deducirse que no debería bastar con que la certificación técnica (o cualquiera de los demás documentos citados) se limite a declarar que la fecha de terminación de la obra es anterior a la de prescripción de la infracción o que la edificación tiene «una antigüedad de n años», sino que sería preciso que dicha certificación se extienda a dos extremos: que acredite, por un lado, la «fecha determinada» de la terminación de la obra (letra a) y, por otro, que esa fecha determinada sea anterior a la de prescripción (letra b).

En principio, en apoyo de esta tesis podría citarse la Resolución de la Dirección General de 16 de diciembre de 2013, cuando afirma:

«Y dentro de los requisitos que para la inscripción de las obras antiguas exigen tanto el citado apartado 4 del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo como el artículo 52.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, figura la acreditación de la existencia de la obra descrita, la terminación de dicha obra en fecha determinada y su descripción coincidente con la del título, a través de cualquiera de los medios que dichos preceptos señalan. Estas cuestiones tienen especial trascendencia teniendo en cuenta que según cuál sea la fecha de terminación de las obras se podrá determinar si han prescrito las posibles infracciones urbanísticas a efectos de expedientes disciplinarios o de medidas de protección de la legalidad urbanística y de la notificación que debe realizar el Registrador al Ayuntamiento una vez practicada la inscripción, en la que tiene especial relevancia la descripción de la obra antigua inscrita, su acreditación y también la de la fecha de terminación de la obra (…). Y ello sin entrar, por no haberse planteado en la nota calificadora en otras posibles consecuencias de la fecha de terminación de las obras como, por ejemplo, a efectos de la aplicación o no de la Ley de Ordenación de la Edificación respecto al seguro decenal».

También cabría citar en este sentido la Resolución de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de Cataluña 13 de junio de 2007 cuando, en relación con el mencionado artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, señala que «este precepto exige que para inscribir edificaciones de una cierta antigüedad (otras construcciones, dice el Real Decreto) hace falta que conste con claridad la fecha de finalización del edificio (que en este caso, como hemos visto, no es clara), que esta fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable (…)».

En contra de esta primera tesis de determinación exacta de la fecha puede argumentarse que obedece a una interpretación excesivamente literal de las normas transcritas, contraria al artículo 3.1 del Código Civil, el cual no se detiene en el mero elemento literal a la hora de exponer los criterios de interpretación de las normas jurídicas al remitirse a su «contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». También cabe considerar que aquella interpretación literal llevaría a una práctica inaplicabilidad del régimen de inscripción de las obras antiguas ya que en la mayoría de los casos dicha determinación constituiría una empresa extremadamente difícil, si no imposible.

A favor de la interpretación flexible de los requisitos que analizamos se alza la Resolución de 19 de abril de 2016, que se pronuncia en estos términos:

«En el primer defecto de su nota de calificación, la Registradora mantiene la necesidad de probar, para obtener la inscripción de edificaciones respecto de las que ya no proceda el ejercicio de la acción de disciplina urbanística, (…) la fecha exacta de conclusión de la obra, con antigüedad superior al plazo establecido por la ley para la prescripción de la acción de disciplina urbanística (…).

El defecto, sin embargo, no puede ser confirmado. El acceso al Registro de la Propiedad de edificaciones respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley. Entre los que no se encuentra la fecha exacta de la terminación de la obra (…)».

A nuestro juicio, aun cuando se acogiera esta última tesis, en algunos supuestos no debería bastar con que la acreditación de la antigüedad de la obra se detenga en la circunstancia de haber transcurrido el plazo de prescripción de la infracción cometida, ya que ello resultaría insuficiente para la acreditación de todos los requisitos legislativamente dispersos para la inscripción de la obra antigua. Nos estamos refiriendo en particular a la necesidad de acreditar la constitución del seguro decenal en los casos en que este requisito sea exigible por tratarse de una vivienda y concurran los restantes presupuestos legales para su exigibilidad. Si atendemos al citado criterio de interpretación del artículo 3.1 del Código Civil de interpretación de las normas según su contexto, no resulta difícil llegar a la conclusión de que la acreditación de la fecha de terminación de las obras no solo es necesaria para apreciar la prescripción de la infracción cometida sino también si ha transcurrido el plazo de exigibilidad del seguro decenal.

La legislación estatal del suelo, al regular los requisitos para la inscripción de la declaración de obra nueva se refiere a «la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios». En cuanto a las implicaciones concretas de esta remisión, la Resolución-Circular de la DGRN de 26 de julio de 2007 aclaró que debe entenderse hecha en el sentido de ser precisa la acreditación del seguro decenal, cuando dicho seguro fuera preceptivo, así como el depósito del Libro del Edificio regulado en el artículo 7 de la misma Ley.

No obstante, la Dirección General se ha ocupado de esclarecer si estos dos requisitos exigibles para la declaración de obra nueva terminada ordinaria lo son también o no para las obras antiguas. La Resolución de 16 de mayo de 2013 concluye que solo es aplicable a ellas la exigencia del seguro decenal pero no la relativa al Libro del Edificio. La argumentación empleada por ella consiste en primer lugar, en relación con el seguro, en que también es preciso acreditar su constitución para la inscripción de la obra antigua porque dicha exigencia se deduce del artículo 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, según el cual:

«No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19».

Según la expresada Resolución-Circular, en este precepto no se establecen distinciones respecto a si la declaración de obra nueva de las edificaciones se realiza por antigüedad o no.

Por el contrario, y en relación con el Libro del Edificio, excusa de su aplicación por entender que:

«La exigencia de su depósito se refiere a las obras nuevas terminadas que se formalizan al amparo del artículo 20.1 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, pero no a las que se formalizan al amparo de su apartado cuarto en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda

adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, las llamadas obras nuevas antiguas, sin que su exigencia tampoco venga impuesta para la autorización de las escritura, ni para su inscripción, de las declaraciones de obras nuevas de edificios, ni antiguos, ni nuevos, por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación por cuanto el citado artículo 20 de dicha Ley, se refiere única y exclusivamente a las garantías del artículo 19, no al Libro del Edificio».

En consecuencia, a las obras antiguas no les es de aplicación la exigencia relativa al libro del edificio pero sí la del seguro decenal, con la excepción establecida para los «autopromotores» en la Disposición Adicional Segunda de la propia Ley de Ordenación de la Edificación, en su redacción dada por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre. La Resolución de 3 de julio de 2012 matiza que la constitución del seguro debe hacerse por el tiempo que falte para completar los diez años a contar desde la fecha de terminación de la obra.

El medio idóneo para apreciar si ha transcurrido el plazo de diez años para la exigibilidad del seguro es la propia acreditación de la fecha de terminación de la obra.

En nuestra opinión, en los casos en que se trate de viviendas y no sea aplicable la excepción relativa al autopromotor, habrá de acreditarse, además del transcurso del plazo de prescripción: a) el hecho de haber transcurrido un plazo de diez años desde la fecha de terminación de la obra, o b) en su defecto, la constitución del seguro por el tiempo que falte para completar dicho plazo de diez años. Por tanto, a falta del requisito del seguro decenal, cuando este fuera exigible, no bastaría con que la antigüedad de la obra superara el plazo de prescripción de la infracción cometida, sino que también debería abarcar el plazo de diez años de duración del seguro, y a este extremo debería extenderse igualmente la acreditación por los medios previstos respecto de la declaración de obra antigua.

4. La competencia del técnico certificante

La determinación de la fecha de finalización de la obra puede tener lugar, entre otros medios y según la normativa urbanística y registral expuesta, mediante «certificación técnica» según el antes transcrito artículo 52.a) del Real Decreto 1093/1997, expresión que es desenvuelta por el Texto Refundido de la Ley del Suelo cuando se refiere a la «certificación expedida por técnico competente».

Respecto de la competencia del técnico certificante, el artículo 50 del Real Decreto 1093/1997 establece que «A los efectos de lo dispuesto en este capítulo, se tendrá por técnico competente:

1. El que por sí solo o en unión de otros técnicos hubiere firmado el proyecto para el que se concedió la licencia de edificación.
2. El que por sí solo o en unión de otros tuviere encomendada la dirección de la obra.
3. Cualquier otro técnico, que mediante certificación de su colegio profesional respectivo, acredite que tiene facultades suficientes.
4. El técnico municipal del Ayuntamiento competente que tenga encomendada dicha función».

Aunque el precepto en una interpretación literal parece apuntar exclusivamente al supuesto de declaración de obra nueva realizada o iniciada bajo licencia municipal[2], no parece haber obstáculo en admitir su aplicación a los supuestos de

obra antigua, realizada sin dicha licencia, ya que la definición del técnico competente por este precepto se realiza «a los efectos de lo dispuesto en este capítulo», entre cuyos preceptos se encuentra el artículo 52, relativo a las obras antiguas. Así lo entiende la doctrina y diversas resoluciones de la Dirección General[3].

La consecuencia que se desprende del artículo 50 es que si el técnico certificante no fue firmante del proyecto (supuesto del apartado número 1), ni director de la obra (apartado 2), ni se trata del técnico municipal (apartado 4), es preciso que se acredite que tiene facultades suficientes para expedir la certificación, acreditación que se realizará mediante la correspondiente certificación del colegio profesional respectivo (apartado 3) o, en su caso, el visado, como veremos.

En este sentido es clara la posición de la Dirección General mantenida al respecto en varias resoluciones. En primer lugar citaremos la de 27 de enero de 2006, que indica lo siguiente:

«2. El primero de los defectos objeto de impugnación, relativo a la exigencia de acreditación de las facultades del Arquitecto que comparece en el otorgamiento para certificar sobre la fecha de la terminación de la edificación (…), debe ser confirmado. Si la certificación técnica sobre la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título es un documento que, conforme al artículo 52.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sirve para —unido a otros requisitos— suplir, con el alcance que la norma reglamentaria determina, la certificación acreditativa de que la obra se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia, dicha «certificación técnica» sustitutiva habrá de ser expedida por cualquiera de los técnicos a que se refiere el artículo 50 del mencionado Real Decreto, aun cuando su contenido sea diverso. Por ello, salvo que se trate de uno de los demás supuestos establecidos en esta norma —lo que en este caso no ha quedado justificado—, será necesario que se acredite la suficiencia de las facultades del técnico certificante en la forma prevenida en el apartado 3 del citado artículo 50 de dicho Real Decreto».

Esta posición se ha reiterado en otras Resoluciones, pudiendo citarse por su claridad la de 1 de diciembre de 2015, que se pronuncia así:

«3. En el presente caso, al tratarse de certificación expedida por un técnico que no firmó el proyecto para el que se concedió la licencia de edificación ni tuvo encomendada la dirección de la obra, es aplicable la norma del apartado 3 del artículo 50 del Real Decreto 1093/1997, según el cual podrá certificar como técnico competente "cualquier otro técnico, que mediante certificación de su colegio profesional respectivo, acredite que tiene facultades suficientes"».

La misma resolución admite que la acreditación de las facultades del técnico certificante tenga lugar mediante el visado de la certificación por parte del colegio profesional respectivo, al añadir seguidamente que: «como ha admitido este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la Resolución de 16 de diciembre de 2013), la forma de acreditación de la competencia del técnico que haya expedido dicha certificación será el visado del colegio profesional correspondiente. Por ello, al constar en este caso en el certificado del arquitecto técnico el visado de su colegio profesional, el defecto impugnado no puede ser mantenido»[4].

Esta necesidad se presenta con especial intensidad en los casos en que el técnico certificante no es arquitecto ni arquitecto técnico, sino un profesional perteneciente a otra rama que en principio es ajena a la construcción de edificios. En este sentido, cabe citar la Resolución de 22 de mayo de 2007, que se ocupa de un caso en que la antigüedad de la obra se acredita mediante certificación expedida por un ingeniero técnico agrícola, visada por el colegio profesional

correspondiente, expresiva de la superficie declarada y de tener la edificación una antigüedad superior a cien años, señalando que «el recurso ha de ser estimado. Como dice el notario recurrente, los Estatutos del Colegio de Ingenieros Técnicos Agrícolas en su artículo 68, establecen que el visado colegial acredita el cumplimiento de la normativa profesional correspondiente. Además de ello, es evidente la capacitación de un Ingeniero Técnico Agrícola para dictaminar que una casa cuyo uso es, al menos en parte, de carácter agrario, tiene una antigüedad superior a cien años».

NOTAS

[1] A favor de la interpretación literal de la norma parece manifestarse GARCÍA GARCÍA, J. M. en su obra *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario,* Tomo V, Urbanismo y Registro, Civitas, 1999, p. 505. En contra de ella se encuentran ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos,* Marcial Pons, año 1999, página 384 y ARNÁIZ RAMOS, R., *La inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva,* Bosch, 2013, p. 209.

[2] Al referirse al «proyecto para el que se concedió la licencia de edificación».

[3] Cabe citar, entre otras, las Resoluciones de 27 de enero de 2006 y 1 de diciembre de 2015. En el mismo sentido se manifiesta ARNÁIZ EGUREN, R., en *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Marcial Pons, año 1999, p. 386.

[4] En análogo sentido se pronuncia la Resolución de 22 de mayo de 2007.

4. DERECHO BANCARIO

Las cláusulas suelo: ¿discrepancia jurisprudencial entre TS y TJUE por la devolución integra de las cantidades pagadas por el consumidor?

A jurisprudential discrepancy between the Spanish Supreme Court and the Court of Justice of the European Union on the full refund of the quantities paid by the consumer?

por

DR. FEDERICO ADAN DOMÉNECH

Profesor Agregado, acreditado como Catedrático de Derecho Procesal de la URV

RESUMEN: En los últimos años, la contratación bancaria ha sido objeto de controversia tanto por su dimensión moral como por su vertiente jurídica. Cláusulas que se erigían como una estipulación más de un contrato de préstamo tipo, han sido cuestionadas, e incluso sancionadas con su nulidad. Un ejemplo de estas cláusulas, lo constituyen las denominadas suelo, hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha declarado el derecho de los consumidores a reclamar las cantidades pagadas, fruto de la aplicación de estas cláusulas a partir de la famosa sentencia de 9 de mayo de 2013. Sin embargo, la devolución de las cantidades adquiere una mayor problemática al solicitarse los efectos retroactivos desde el momento de formalización del contrato. Esta problemática ha sido elevada al Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, y la resolución que dicte este Tribunal, no solo puede poner en entredicho la jurisprudencia del Tribunal Supremo sino que además desembocaría, según sea su pronunciamiento, en un rescate financiero.

ABSTRACT: In recent years, bank contracts have been the object of controversy for both moral and legal reasons. Clauses that were just one more stipulation in a standard contract have been called into question and even annulled. One example of these clauses are the so-called ground clauses. The Supreme Court has ruled that consumers have the right to claim back the amounts paid as a result of applying these clauses after the famous ruling of 9 May 2013. However, the reimbursement of the amounts paid becomes much more complex if the request is backdated to the moment at which the contract was signed. This problem has been submitted to the Court of Justice of the European Union and the ruling it makes may not only raise doubts about the jurisprudence of the Supreme Court but also lead to a financial bailout.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca. Cláusulas suelo. Consumidor. Nulidad.

KEY WORDS: Mortgage. Ground clauses. Consumer. Nullity.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN ¿LA JUSTICIA HA SIDO/ES JUSTA? ¿LA JUSTICIA ES/DEBE SER SOCIAL?—II. ¿DÓNDE ESTAMOS? ¿DE DÓNDE PARTIMOS?—III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *A) Fase inicial. La STS de 9 de mayo de 2013:* a) La configuración legal de las cláusulas suelo. b) El control de la consignación de las cláusulas suelo. c) Conclusiones. *B) Fase sucesiva. La continuación:* a) Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013. b) STS de 8 de septiembre de 2014. c) STS de 24 de marzo de 2015. d) STS de 25 de marzo de 2015. e) STS de 23 de diciembre de 2015. *C) Fase futura. ATS de 12 de abril de 2016. ¿Hacia dónde vamos?* 2. Voto particular discrepante de la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo: *A) La declaración de irretroactividad no constituía el objeto del recurso. B) Inexistencia de identidad en las acciones incoadas en los diferentes recursos. C) Aplicación de la argumentación jurídica resolutoria de la acción de cesación a supuestos heterogéneos. D) Finalidades diferentes entre las acciones de cesación y las individuales de impugnación. E) Errónea apreciación del ámbito temporal del control de abusividad. F) Desnaturalización del principio de buena fe. G) La declaración de irretroactividad decretada por la sentencia de 9 de mayo de 2013 opera como un mecanismo de reintegración de la cláusula nula. H) La declaración de irretroactividad decretada por la sentencia de 9 de mayo de 2013 elimina el efecto disuasorio de las consecuencias de la nulidad de las cláusulas.*—IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. Necesaria comprension de las cláusulas por parte del consumidor. 2. Exigencia de buena fe respecto de la actuacion de la entidad financiera. 3. La exigencia de control de oficio como medida de protección del consumidor. 4. Caracter retroactivo de las cláusulas abusivas. 5. Imposibilidad de reintegrar la cláusula nula.—V. DISCREPANCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES: 1. Audiencias Provinciales que defienden una limitación de la retroactividad. 2. Audiencias Provinciales que sostenian una retroactividad absoluta.—VI. PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES PREJUDICIALES. 1. AAP A Coruña, sección 6, de 4 de enero de 2016. 2. AAP Álava, sección 1.ª, de 22 de septiembre de 2015 —C525/15—. 3. AAP Cantabria, sección 4, de 17 de julio de 2015 —C431/15—. 4. Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Granada el 1 de abril de 2015 —C154/15—. 5. Otras cuestiones prejudiciales.—VII. INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 13 DE JULIO DE 2015 RESPECTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚM. 1 DE GRANADA: 1. Bases del informe de la Comisión europea. 2. Respuesta a la primera pregunta. 3. Respuesta a la segunda pregunta. 4. Respuesta a la tercera pregunta.—VIII. ¿Y QUE HACEMOS?

I. INTRODUCCIÓN ¿LA JUSTICIA HA SIDO/ES JUSTA? ¿LA JUSTICIA ES/DEBE SER SOCIAL?

Administración de justicia, sistema económico, política legislativa… son conceptos que en puridad deberían ser independientes entre ellos, pero, una vez más, la empecinada teoría y la práctica distan mucho de ser homogéneas. La puridad en la autonomía funcional entre estas actividades se pone en tela de juicio, y la interconexión entre ellas incide en el bienestar social y económico de los ciudadanos.

La regulación de las cláusulas suelo ha sido objeto de debate en el foro legislativo correspondiente, su utilización se ha convertido en una práctica habitual en el sistema económico y bancario español y, definitivamente, ha sido cuestionada

su validez ante los Órganos judiciales. En consecuencia, la regulación y práctica de las cláusulas suelo, no es, por tanto, una excepción a la interconexión antes mencionada. Este hecho, obliga a cuestionarnos si ha sido válida su práctica, si ha sido justa, si hemos llegado a tiempo en su limitación y, lo que es más importante si su práctica y utilización, sigue siendo válida, si sigue siendo justa, si nos hemos quedado a medio camino en su nueva regulación o, con perdón, si ha sido un quiero y no puedo. El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE nos debe dar la respuesta a todos estos interrogantes.

II. ¿DÓNDE ESTAMOS? ¿DE DÓNDE PARTIMOS?

Antes de entrar a analizar la jurisprudencia de los Tribunales, resulta preciso saber dónde estamos, en qué punto normativo no encontramos, pues, en definitiva, los Órganos judiciales aplican las leyes vigentes en cada momento histórico, otra cuestión es que sean acertadas o no.

El punto de partida es un cambio de filosofía en la política legislativa económica en nuestro país, como a continuación analizaremos, hemos pasado de una acérrima protección al acreedor, a la progresiva instauración de mecanismos que tienen como finalidad equilibrar o, cuanto menos, suavizar la agria y desesperante situación del deudor. Este cambio legislativo se debe, fundamentalmente, a dos aspectos.

En primer lugar, la crisis económica que ha atravesado España en la última década, y en segundo lugar, como consecuencia de la jurisprudencia del TSJUE, siendo el punto de inflexión la sentencia de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa).

Así, inicialmente, la propia Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, alardeaba de la restrictiva defensa del deudor en un proceso de ejecución hipotecaria, al manifestar que *la Ley dedica un capítulo especial a la ejecución sobre bienes hipotecados, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de esta.* La protección del acreedor era el interés que primaba, como queda claramente plasmado.

En contrapartida, el preámbulo 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, *exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. El amparo del deudor adquiere un carácter prioritario, desplazando la preocupación por la protección del acreedor.*

Pero, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley de reforma de la reglamentación hipotecaria, el cambio de paradigma era ya claro, tal y como se plasma en la rúbrica de los siguientes textos normativos:

- RDL 8/2011, de 1 de julio, *de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios…*
- RDLEY 6/2012, de 9 de marzo, *de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.*
- RDLEY 27/2012, de 15 de noviembre, *de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.*
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas *para reforzar la protección a los deudores hipotecarios*, reestructuración de deuda y alquiler social.

Todos estos textos normativos tienen un elemento definidor común en cada una de sus rúbricas, la protección del deudor. Esta situación inicia una aplicación judicial más garantista respecto de la figura del deudor, que, sin embargo, en ocasiones se queda a medio camino, extremo que acontece al aplicar las consecuencias de la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, o en la retroactividad de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo, ¿querer cambiar es poder? ¿o en realidad no queremos o no podemos cambiar?

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Evolucion de la jurisprudencia del Tribunal Supremo1

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es objeto de una evolución cambiante respecto de la catalogación de la validez, corrección y consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. Modificaciones que bien podrían calificarse de contradictorias, sino respondiesen a la oportuna respuesta a las realidades sociales y económicas. No obstante, es preciso que, en este ámbito, hagamos autocrítica, sin que ello deba ruborizarnos.

En este punto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo va a «rebufo», con perdón, de la doctrina del TJUE, siendo complementada en base a las respuestas que el Alto Tribunal europeo concede a las constantes cuestiones prejudiciales que nuestros Órganos judiciales le plantean. La proliferación del planteamiento de cuestiones prejudiciales, en materia hipotecaria, es un síntoma inequívoco y objetivo de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no resulta todo lo clara que debería ser. Rompiendo una lanza en pro del Tribunal Supremo, no debe resultar nada fácil dictar una sentencia, cuyo contenido suponga una ruptura total con el sistema bancario tradicional, y lo que es más grave, pudiendo derivar en un nuevo rescate económico a las entidades financieras y, en consecuencia, un riesgo de posible hundimiento del sistema económico español.

Dicho esto, no podemos hacer realidad la alegoría de la Justicia, a veces ciega para determinados temas de especial complejidad social o económica, pues la prudencia jurisprudencial es la causante de las dudas existentes en nuestros Órganos judiciales, respecto del tratamiento de las cláusulas suelo, interrogantes que se traducen en el goteo de cuestiones prejudiciales ante el TJUE, y de la proliferación de la solicitud de auxilio judicial por parte de los ciudadanos perjudicados por prácticas bancarias, calificadas, cuanto menos, de amorales y abusivas. Así las cosas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede dividirse en tres etapas.

A) Fase inicial. La STS de 9 de mayo de 2013

La STS de 9 de mayo de 2013 constituye un punto de inflexión en cuanto a la determinación de la validez y consecuencias de la nulidad de las cláusulas suelo. Es, sin duda, la resolución de mayor importancia práctica del Tribunal Supremo en este ámbito que supone una ruptura con la práctica bancaria tradicional, modificando la misma, al declarar nulas las cláusulas suelo:

Al inicio de la resolución, el Tribunal Supremo analiza tanto la configuración legal de las cláusulas suelo como el procedimiento seguido para su inclusión en el contrato, pues como afirma *a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición*

de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que «comporta en la actualidad un auténtico «modo de contratar», diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico». De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que «la calificación como contrato de adhesión […] no provoca por ello mismo su nulidad».

Esta declaración inicial es desgranada, posteriormente de forma minuciosa, por el Tribunal Supremo, por lo que, partiendo de la configuración jurídica que se le concede a las cláusulas suelo, analizaremos, a continuación, el tratamiento jurisprudencial que el Alto Tribunal les aplica para su validez y cuáles son las consecuencias derivadas de su correcta o incorrecta práctica respecto de los consumidores.

a) La configuración legal de las cláusulas suelo

a') Las cláusulas suelo son partícipes de las características inherentes a las condiciones generales de la contratación

Los requisitos para calificar una cláusula de condición general de la contratación son los siguientes:

- *Contractualidad: Se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.*
- *Predisposición: La cláusula ha de estar pre redactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos.*
- *Imposición: Su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma, que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.*
- *Generalidad: Las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin.*

Las condiciones generales de la contratación, en definitiva, conllevan la sustitución de los contratos personalizados por contratos generalistas, *en los que el diálogo da paso al monólogo,* según expresión propia del TS.

Conclusión: Las cláusulas suelo se hacen partícipes de estas condiciones, y con independencia de que sean conocidas en la mayoría de ocasiones, deben ser aceptadas como condición de la contratación. Se plantea la colisión entre el artículo 38 CE entendida como libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos.

b') Las cláusulas suelo impuestas como condiciones generales

Las características de las cláusulas impuestas se concretan en las siguientes:

- *No negociada individualmente: El consumidor no ha tenido ocasión de discutir ni influir sobre su contenido o sobre su inclusión en el contrato.*
- *Negociación ficticia o irreal: No debe considerarse negociación, el hecho de que el consumidor pueda elegir entre diferentes contratos, si en todos ellos, aparece incorporada esa misma cláusula.*
- *Carga de la prueba corresponde al empresario: En relación a las cláusulas destinadas a ser impuestas, su voluntad o no de ser impuestas deber corresponder al empresario.*

Conclusión: En relación a las cláusulas suelo, el consumidor no ha podido incidir en su contenido, y obligar, a este, a la demostración de que la ausencia de negociación constituiría una prueba diabólica.

c') Las cláusulas suelo se encuentran sometidas al control de LCGC

Al existir normas legales internas de nuestro ordenamiento jurídico que regulan la consignación de las cláusulas suelo en los contratos, se pretendía excluir, respecto de ellas, la aplicación de la LCGC.

Conclusión: Las cláusulas suelo no pueden constituir una excepción al control determinado por la Directiva 93/13 y la LCGC, pues la normativa bancaria se limita a imponer, respecto de las cláusulas suelo, el deber de información no su imposición ni su contenido.

b) El control de la consignación de las cláusulas suelo

a') Las cláusulas suelo como objeto del análisis inicial del Órgano judicial

La norma principal, en este punto, se concreta en la Directiva 93/13, la cual indica que «[…] a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación». Partiendo de esta regla, el Tribunal Supremo, en su sentencia 9 de mayo de 2013, califica las cláusulas suelo como relativas al objeto principal del contrato, al cumplir una función definitoria o descriptiva esencial del mismo.

No obstante, esta afirmación, establecida en la Directiva europea, no debe justificar una exclusión total de control respecto de la abusividad de estas cláusulas. Así, la propia literalidad de la Directiva, ha sido matizada por la jurisprudencia del TJUE, en sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, en la que se manifiesta que *no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, (…) normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que […] no se oponen a una normativa nacional […], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición*

del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

Conclusión: Las cláusulas suelo, con independencia de constituir un elemento inherente al objeto principal como es el precio que debe pagar el prestatario, deben ser objeto de un doble control de trasparencia y abusividad.

b') El control de inclusión de las condiciones generales

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamo hipotecario a los consumidores, a efectos de asegurar su comprensión. Con la intención de hacer transparente la oferta debe constar:

- Entrega al solicitante de un folleto informativo.
- Oferta vinculante que incluya las condiciones financieras.
- Posible examen de la escritura pública por el prestatario durante tres días anteriores al otorgamiento.
- Formalización por escritura pública. El notario está obligado a informar a las partes y a advertir sobres las circunstancias de interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.

De cumplirse estos presupuestos, se presupone que el consumidor adquiere total conocimiento, y dispone de absoluta libertad para formalizar el contrato.

Conclusión: La consignación de las cláusulas debe cumplir con cada uno de los presupuestos reguladores en la OM de 5 de mayo de 1994.

c') El control de transparencia de las condiciones incorporadas a contratos con consumidores

El artículo 80.1 TRLCU exige, como presupuestos de transparencia, que las cláusulas no negociadas individualmente se caractericen por los siguientes extremos: a. Concreción, claridad y sencillez, y b. Accesibilidad y legibilidad, sin que sea suficiente su transparencia documental, para impedir el examen de su contenido.

Conclusión: Respecto de las cláusulas suelo no es suficiente la claridad documental de las cláusulas, sino que se exige un plus de transparencia, que deberá concretarse en la comprensión real de las mismas.

d') Elementos valorativos de la abusividad de una cláusula

El elemento concionador de análisis o no de la cláusula se circunscribe a si la misma se ha negociado personalmente o no. Si la cláusula ha sido objeto de una negociación personal no será objeto de análisis. En contrapartida, de no negociarse individualmente, se deberá examinar conforme a los siguientes presupuestos:

- Causas que justifican el análisis:
  - — Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.
  - — Que en contra de las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato, respecto de las partes contratantes.
  - — Que el desequilibrio perjudique al consumidor.

- Momento procesal oportuno para el análisis.

El análisis judicial no solo debe circunscribirse al momento de formalización del contrato, tomando en consideración todas las circunstancias relacionadas, sino que en este examen también deberá incluirse la evolución previsible de las circunstancias del contrato y de sus cláusulas, y si estas fueron tenidas en cuenta, o hubieran debido serlo, con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo.

- Elementos condicionantes de la valoración

Para determinar el equilibrio entre las obligaciones del empresario y del consumidor debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios del objeto del contrato, pues en función de estos, diferentes serán las exigencias en cuanto a su equilibrio exigido.

c) Conclusiones

Una vez efectuada una configuración jurídica de las cláusulas suelo, de la normativa que le resulta de aplicación, y de su utilización, el Tribunal Supremo llega a las siguientes conclusiones.

a') Insuficiencia de información de las cláusulas suelo

La práctica acredita que la incorporación de las cláusulas suelo a un contrato, se encuentra desdibujada por una maraña de cláusulas de difícil entendimiento, que imposibilitan su comprensión por parte del consumidor. Las entidades financieras despojan a las cláusulas suelo de su carácter esencial, para disfrazarlas de elementos supletorios o secundarios del contrato. Como manifiesta el TS, *la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, (…) se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. (…) Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.*

Conclusión: La incorporación de las cláusulas suelo a un contrato, si bien es correcta formalmente, incumple el segundo de los presupuestos del artículo 80.1 TRLCU, consistente en el necesario entendimiento de la misma por parte del consumidor o usuario.

El Tribunal Supremo califica de no transparentes las cláusulas suelo por los siguientes motivos:

- *Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
- *Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.*
- *No existen simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.*
- *No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.*

b') Nulidad parcial de los contratos

La doctrina del TS, en torno al mantenimiento de la validez de los contratos, se condiciona al carácter esencial o no de la cláusula respecto de la globalidad del contrato, pues así lo diferencia la normativa tanto interna como europea:

- A nivel interno:
  - — Artículo 9.2 LCGC, dispone que *la sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.*
  - — Artículo 10.4 LCU sostiene que *serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo.*

- A nivel comunitario:
  - — Artículo 6.1 Directiva 93/13 establece que *los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor […] 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.*

Conclusión: En base a la normativa interna española, si bien la declaración de abusividad de una determinada cláusula se plasma en la nulidad de esta, en su no utilización presente o futura de la misma, no es menos cierto que se mantiene la subsistencia de la validez del resto del contrato, pero sin que sea posible la reintegración de la cláusula declarada nula.

c') Eficacia no retroactiva de la sentencia

En nuestro ordenamiento jurídico, la regla general respecto de los efectos de la nulidad, se plasma en el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor *declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses*. En consecuencia, se proclama la retroactividad de las cláusulas nulas.

A pesar de ello, el TS flexibiliza esta regla general, matizando que no operará de forma absoluta. En este punto, el TS realiza malabarismos jurídicos, con una profunda tarea de investigación de aquellas normas u otros mecanismo jurídicos, con independencia del orden jurisdiccional en el que se engloben, que permiten limitar el efecto retroactivo establecido en el Código Civil. De esta forma, defiende la limitación de los efectos retroactivos de las cláusulas suelo, en base a los siguientes argumentos:

- A nivel normativo, cita, entre otras normas, el TS: la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; los artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; el precepto 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, o la norma 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial.
- A nivel jurisprudencial, manifiesta que la limitación de los efectos retroactivos, se defiende tanto a nivel interno, por el Tribunal Constitucional —STC 38/2011 de 28 de marzo— y por el Tribunal Supremo —118/2012, de 13 de marzo—, como a nivel internacional, por el TJUE, en sentencia de 21 de marzo de 2013.
- A nivel de principios jurídicos, alega que la irretroactividad sería contraria al principio de seguridad jurídica.

Conclusión: El Tribunal Supremo concluye declarando la irretroactividad tanto de las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada como de los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia, en base a los siguientes extremos:

- Validez legal de las cláusulas suelo. Las cláusulas suelo son consideradas correctas *per se*.
- Práctica habitual. La consignación de las cláusulas suelo son aceptadas históricamente y cuantitativamente, pues más del 97% de préstamos hipotecarios son a interés variable.
- Flexibilización del riesgo de la entidad financiera. La utilización de estas cláusulas responde a los riesgos de la fluctuación del capital y de los gastos que asume la entidad prestamista, permitiendo, a su vez, que estas entidades puedan resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.
- Cumplimiento de las exigencias informativas. La nulidad de las cláusulas se producirá por el oscurantismo de las mismas, sin que conste que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.
- Respeto al sistema económico y bancario preexistente. La irretroactividad comportaría un perjuicio económico para el Estado español, hasta el punto de peligrar el orden público económico.

d') Efectos de la declaración de nulidad

Finalmente, surge el interrogante de si el contenido de la STS de 9 de mayo de 2013, debe tener naturaleza *erga omnes* o si, por el contrario, debe limitarse al carácter intersubjetivo de las partes participantes.

Conclusión: El TS decide no conceder un carácter universal a la sentencia en base a dos motivos. En primer lugar, por no ser solicitado por la demandante y, en segundo lugar, por la casuística existente en las diferentes modalidades de contratación bancaria. En base a ello, se concluye defendiendo su aplicación a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, y cuando estas cláusulas no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos.

B) Fase sucesiva. La continuación

Las posteriores resoluciones del Tribunal Supremo, en relación al conocimiento de la petición de retoractividad de la nulidad de las cláusulas suelo, constituyen una reafirmación de los argumentos contenidos en la sentencia de 9 de mayo de 2013. A continuación, citaremos diferentes resoluciones como ejemplo de esta línea continuista.

a) Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013

En esta resolución, fundamentalmente, se ratifica el Alto Tribunal en los supuestos que permiten catalogar a una cláusula suelo de abusiva, en concreto, se pronuncia sobre los dos siguientes aspectos:

a') Carácter no tasado de las circunstancias que justifican calificar de abusivas una cláusula

En la STS de 9 de mayo de 2013 se enumeran una serie de supuestos que de concurrir permiten considerar que una cláusula es abusiva. Sin embargo, el listado enunciado en la resolución no tiene carácter tasado ni excluyente, pues *estas circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra.* Asimismo, sostiene el Alto Tribunal que la presencia de una de estas circunstancias, por sí sola, no supone siempre la nulidad de la cláusula, sino que deberá ser necesario un análisis de las circunstancias concurrentes.

b') El beneficio que repercuta sobre el consumidor por las cláusulas suelo no reintegra su nulidad

Durante la etapa del contrato de préstamo, puede suceder que en un determinado momento la cláusula suelo reporte ventajas para el consumidor. Sin embargo, esta circunstancia temporal o excepcional *no la convierte en transparente ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor.*

b) STS de 8 septiembre 2014

En esta sentencia se efectúa una especial referencia a la configuración jurídica de las cláusulas suelo, y a la necesaria realización de controles, que acrediten la comprensión real de las mismas por parte del consumidor.

a') Reafirmación en la condición de la naturaleza de condición general de la cláusula suelo

El cumplimiento de la legislación sectorial, que obliga al empresario a la información de las condiciones y consecuencias de las cláusulas suelo, no elimina la necesidad de proceder a un control de abusividad y transparencia de la misma, sin que así mismo pierda su condición de carácter general de la contratación.

b') La falta de claridad de la cláusula impide la comprensión real de los efectos de la misma en la persona del consumidor

Los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales tienden a un reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios. Esta nueva política legislativa pretende superar la mera apreciación formal de la estructura del contrato, priorizando *una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación.* Partiendo de ello, al empresario se le exige unos especiales deberes contractuales, concretados en la transparencia y equilibrio de los derechos y obligaciones de aplicación a las partes contratantes.

c') El control de transparencia como elemento inherente al control de legalidad

La legalidad, en este ámbito contractual, se traduce en el deber de cumplir unas concretas condiciones de transparencia en las que deben reflejarse estas cláusulas. Estas condiciones deben suponer una comprensión real por parte del consumidor tanto en relación a su posición jurídica como respecto de los compromisos adquiridos, especialmente de carácter económico.

c) STS de 24 de marzo de 2015

Esta resolución se centra en el análisis tanto de la configuración como del alcance del control de trasparencia y abusividad.

a') Preceptivo control de transparencia incluso de las cláusulas relativas al objeto principal

Las cláusulas suelo son calificadas como cláusulas relativas al objeto principal del contrato, pues de ellas se deriva la adecuación entre precio y retribución. Con independencia de esta calificación, las mismas no se encuentran exentas del control de transparencia, sin que ninguna norma legal pueda imponer una

excepción a esta exigencia de análisis, pues mediante su control podrá reafirmarse si las mismas presentan, para el consumidor, una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato.

b') El control de transparencia debe realizarse respecto no solo del momento de la contratación del conjunto del contrato en su globalidad sino que también de cómo evolucione el mismo

Tomar en consideración la globalidad del contrato implica no circunscribir el estudio de las cláusulas al momento de su formalización, sino ampliar el análisis a los posibles efectos que las mismas puedan desplegar durante la vida del contrato, efectos a los que se encontrará sujeto el consumidor. En base a ello, la explicación de las consecuencias futuras se debe realizar teniendo en cuenta o, al menos así hubiese debido ser, *con los datos al alcance de un empresario diligente*.

c') El control de abusividad es preceptivo tanto para las acciones colectivas como para las individuales

En este punto, el Tribunal Supremo pretende ampliar el control de abusividad efectuado por la acción colectiva de cesación de la utilización de las cláusulas suelo, a aquellas acciones individuales que puedan incoar, aisladamente, los diferentes consumidores. Así, sostiene que *negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1)*.

d) STS 25 de marzo de 2015

Esta resolución es la que se manifiesta con mayor rotundidad y claridad en defensa de la tesis sostenida por la sentencia de 9 de mayo de 2013, en cuanto a la retroactividad parcial de los efectos de la nulidad de las cláusulas abusivas.

a') Imposibilidad de retroacción total por las gravosas consecuencias económicas

De la tesis sostenida por el Tribunal Supremo, la aceptación de la retroactividad de las consecuencias de la nulidad de las cláusulas suelo al momento de su formalización, con la debida restitución económica del consumidor, produciría lo que podríamos denominar «efecto llamada». En este sentido, el Alto Tribunal considera que se multiplicarán la interposición de demandas, originado un peligro al sistema económico, pues *la afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto*.

b') Imposible alegación de la vulneración de la buena fe tras la publicidad de la sentencia 9 de mayo de 2013

El Tribunal Supremo sostiene que la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, ofrece al consumidor los suficientes elementos valorativos de la posible abusividad de una cláusula. En este sentido, consideramos que la mencionada publicidad que si bien actuaría como medida tuitiva del consumidor tendría, a su vez, un efecto contrario a su protección, como sería la imposibilidad de alegar la práctica contraria a las normas de buena fe exigidas al empresario, como consecuencia de que el consumidor deberá estar sobre aviso de las causas y efectos de este tipo de cláusulas consignadas en los contratos.

e) STS de 23 de diciembre de 2015

Los pronunciamientos de esta resolución no se circunscriben a las cláusulas suelo, sino que en su contenido se analizan diferentes modalidades de cláusulas susceptibles de ser declaradas abusivas en proceso hipotecario, tales como las de vencimiento anticipado, intereses de demora, y, evidentemente, las suelo. Respecto de estas últimas, resulta interesante destacar los siguientes pronunciamientos:

a') Reiteración de la necesaria claridad de las cláusulas suelo

Para calificar una cláusula de clara no es suficiente que la misma sea gramaticalmente *comprensible y esté redactada en caracteres legibles*, sino que la exigencia impuesta por el TS va un paso más allá, pues *estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticiamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.*

b') Concreción del grado de transparencia de las cláusulas suelo

La claridad de la cláusula debe asegurar dos objetivos. En primer lugar, que *el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte* y, en segundo lugar, este grado de conocimiento le debe permitir tener *la posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.*

c') Extensión de la nulidad de las cláusulas abusivas a cláusulas que compartan identidad

La sentencia de 9 de mayo de 2013 tenía un efectos expansivo, en el sentido de que la nulidad no se declaraba únicamente respecto de las cláusulas objeto de análisis, sino que el Tribunal Supremo, previendo la incoación de demandas con idéntica finalidad, pretende dar respuesta a las mismas ante de ser efectiva su incoación, defendiendo que los efectos de la sentencia *se extienden, subjetivamente,*

a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las «cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivo».

C) Fase futura. ATS de 12 de abril de 2016. ¿Hacia dónde vamos?

El propio Tribunal Supremo ha tomado conciencia de que la problemática en torno a la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo no se ha pacificado, sino más bien al contrario, pues se ha avivado, debido a que son diferentes los Órganos judiciales que no comparten el posicionamiento emitido en la sentencia de 9 de mayo de 2013, y lo que resulta más preocupante, existe la posibilidad de que la doctrina del TJUE resulte ser contraria a la emitida por el Tribunal Supremo.

Ante esta situación, el TS ha optado por adoptar una posición de cautela en espera de la resolución del Tribunal europeo, respecto de las cuestiones prejudiciales planteadas en relación a esta materia.

Esta cautela ha tenido como consecuencia posponer la resolución de un recurso de casación sobre las cláusulas suelo. La suspensión del recurso ha sido justificada por el Auto de 12 de abril de 2016, en base a los siguientes motivos:

- La norma respecto de la que se ha planteado la cuestión prejudicial C-154/15 es de aplicación para resolver el recurso.
- Las dudas planteadas ante el TJUE son asimilables a las planteadas ante el TS.
- Contra la sentencia que debe dictar esta Sala no cabe interponer recurso alguno en vía judicial.
- Al estar planteadas varias cuestiones prejudiciales sobre dicha materia, algunas en avanzado estado de tramitación, carece de sentido el planteamiento de la cuestión por este tribunal.
- Dada la cercanía de la fecha señalada para la vista ante dicho tribunal y, consiguientemente, de la sentencia que haya de dictarse, la suspensión del proceso no se prevé extensa, por lo que no se causa un perjuicio relevante a las partes.

De esta forma, la resolución del TJUE condicionará el camino futuro que decida adoptar nuestro Tribunal Supremo y, por ende, la jurisprudencia del resto de Órganos judiciales patrios.

2. Voto particular discrepante de la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo[2]

A raíz de la doctrina jurisprudencial emitida por el TS, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, las posteriores resoluciones del Alto Tribunal confirman la irretroactividad absoluta de la nulidad, aparejando la misma a la no total devolución de las cantidades, sino solo desde el momento en que se dictó la sentencia enunciada.

Sin embargo, no todos los magistrados que forman parte de la Sala Civil del TS que se pronuncia sobre las cuestiones referentes a las consecuencias de la nulidad de las cláusulas suelo, acatan el posicionamiento mayoritario. Esta discrepancia jurídica se hace patente en la STS de 25 de marzo de 2015, en la que el magistrado don Francisco Javier ORDUÑA MORENO formula un voto particular, al que se adhiere el magistrado don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. En este voto particular

se defiende, por un lado, la devolución de las cantidades pagadas por el consumidor, no solo desde la fecha de 9 de mayo de 2013, sino desde la misma fecha de formalización del contrato, mientras que por otro lado, se denuncia el tratamiento procesal concedido a diferentes instituciones jurídicas y procesales en las STS de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015, como a continuación resaltamos.

A) La declaración de irretroactividad no constituía el objeto del recurso

El objeto del recurso analizado en la sentencia de 9 de mayo de 2013 se concretaba en la acción de cesación de la utilización de una concreta modalidad de cláusulas, como son las cláusulas suelo. *El problema de la irretroactividad no es planteado por las partes sino de manera indirecta por el Misterio fiscal. En ningún caso se solicitaba un pronunciamiento en relación a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas, que hubiera requerido la acumulación de esta acción a la acción de cesación.* En este sentido, y esto constituye argumentación propia no del voto particular, se produciría en la STS de 9 de mayo de 2013 una incongruencia *supra petitum.*

B) Inexistencia de identidad en las acciones incoadas en los diferentes recursos

En la sentencia 9 de mayo de 2013 se discutía sobre la acción de cesación de la utilización de las cláusulas suelo, de forma global, mientras que en la sentencia de 25 de marzo de 2015, se incoa una acción individual de impugnación sobre un concreto contrato, sin que exista, en consecuencia, identidad entre ambas acciones, pues faltan *los elementos que determinan la identidad, principalmente la distinta naturaleza y función de la acción ejercitada.*

C) Aplicación de la argumentación jurídica resolutoria de la acción de cesación a supuestos heterogéneos

Al resultar dispares, las acciones estudiadas en una y otra sentencia, no pueden solucionarse ambas cuestiones, de manera homogénea, con una trasposición de la argumentación jurídica utilizada para la resolución de una acción a la otra, por ser diferente su naturaleza. La STS de 25 de mayo de 2015, renuncia, *de forma nítida, a realizar cualquier intento de justificar su decisión en base al tratamiento específico y diferenciado de la ineficacia derivada de la declaración de abusividad, en el ejercicio individual de la acción de impugnación.* La nulidad de un contrato o cláusula concreta no pude ser solucionado con planteamientos estáticos y comunes, sino que el contenido y alcance de la ineficacia *debe adaptarse a la naturaleza y función que presenta el fenómeno jurídico en cuestión, la naturaleza de la figura o la institución que la articula, y la relevancia de los bienes e intereses jurídicos que resulten objeto de protección.*

D) Finalidades diferentes entre las acciones de cesación y las individuales de impugnación

La acción de cesación tenía como finalidad evitar la utilización de una determinada cláusula, mientras que la acción de impugnación individual, tiene como

objetivo decretar la ineficacia de una concreta cláusula, a la que le resultarán de aplicación, las consecuencias reglamentadas en el Código Civil, esto es: en primer lugar, la aplicación del *mecanismo de la restitución, como una consecuencia ineludible de la situación de ineficacia contractual derivada de la nulidad o anulación del contrato,* y, en segundo lugar, la plasmación efectiva de los efectos inherentes a la restitución, *que conducen, en principio, a que las consecuencias o efectos de la misma hayan de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, esto es, con un claro alcance* ex tunc.

E) Errónea apreciación del ámbito temporal del control de abusividad

Este análisis no opera temporalmente ni en el momento de la impugnación de una cláusula ni en la fecha de la sentencia que declare su nulidad, sino en el momento de formalización del contrato, pues *la inidoneidad de la reglamentación predispuesta, por tanto, es valorada y declarada en atención al marco temporal de la celebración o perfección del contrato, momento «esencial» en donde el predisponente tenía que haber cumplido ya sus especiales deberes de configuración negocial, para que su reglamentación predispuesta no lesionara los derechos del consumidor adherente.*

F) Desnaturalización del principio de buena fe

El tratamiento jurídico que la sentencia del TS concede al principio de buena fe, atenta contra sus principios inherentes, por dos motivos:

En primer lugar, se elimina el carácter indefinido de la exigencia de la buena fe, pues esta debe ser exigida durante toda la vida del contrato, no puede ni debe ser preceptiva solo antes de la publicación de una sentencia.

En segundo lugar, se produce una errónea traslación de los principios inherentes a la buena fe. El contenido de la sentencia 9 de mayo de 2013 no puede operar como salvaguarda de la buena fe exigida a la entidad prestataria, pues la publicación de la sentencia no puede eliminar la obligación del empresario de actuar con trasparencia, a efectos de que el consumidor adquiera un conocimiento real de la cláusula, y, en menor medida, se debe vetar al consumidor de la facultad de impugnar una determinada cláusula, por un supuesto mayor conocimiento de las cláusulas suelo fruto de la sentencia mencionada.

G) La declaración de irretroactividad decretada por la sentencia de 9 de mayo de 2013 opera como un mecanismo de reintegración de la cláusula nula

El hecho de aplicar a todos los consumidores, de modo homogéneo, las consecuencias derivadas de la acción de cesación resuelta en la sentencia de 9 de mayo de 2013, en el sentido de permitir solo la restitución de las cantidades pagadas a partir de la fecha de la resolución citada, les imposibilita a estos incoar la reclamación individual, para la reclamación de los perjuicios económicos derivados de una etapa de la vida del contrato de préstamo, afectando *al derecho de tutela judicial efectiva de los consumidores, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas.*

H) La declaración de irretroactividad decretada por la sentencia de 9 de mayo de 2013 elimina el efecto disuasorio de las consecuencias de la nulidad de las cláusulas

La impunidad para la entidad prestamista, ante una actividad contraria a la correcta contratación con el consumidor, desnaturaliza las consecuencias derivadas de la nulidad, pues *el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna.*

IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA[3]

1. Necesaria comprensión de las cláusulas por parte del consumidor

La jurisprudencia del TJUE, como no podía ser de otra forma, se ajusta a las directrices contenidas en la Directiva 93/13, resultando de especial importancia salvaguardar el equilibrio de las partes contratantes. El consumidor no es una persona experta en la materia jurídica y económica, y, por ende, el empresario debe adoptar un *plus* de diligencia en cuanto a su información, con el objetivo, *de que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan* —TJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13.

De ello, trae causa, que la exigencia de que una cláusula contractual deba redactarse de manera clara y comprensible, se concreta en *la obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo* —STJUE de 30 de abril de 2014, Asunto C-26/13.

2. Exigencia de buena fe respecto de la actuación de la entidad financiera

Los conocimientos de la entidad financiera, en conexión, como hemos manifestado anteriormente, con la inexistencia de conocimientos económicos por parte del consumidor, conllevan que sobre el empresario recaiga un *plus* de diligencia, que debe traducirse en una actuación regida por los principio de buena fe. En este sentido, la STJUE de 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/11, sostiene que *el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.*

3. La exigencia de control de oficio como medida de protección del consumidor

El Tribunal europeo considera correcta la adopción de medidas que repercuten en beneficio del consumidor, como persona colocada en una situación de

desequilibrio en un contrato. El ordenamiento jurídico nacional actúa, así, como complementario de las medidas adoptadas por la Directiva europea en pro de los intereses del consumidor, tal y como se plasma en la STJUE de 3 de junio de 2010, Asunto C-484/08, al afirmar que *no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten,(…) normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección», los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que»[…] no se oponen a una normativa nacional […], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.*

4. Carácter retroactivo de las cláusulas abusivas

El TJUE consciente del perjuicio que puede ser ocasionado al consumidor, en base a la aceptación de una cláusula abusiva, defiende la retroactividad de las consecuencias derivadas de la nulidad de un contrato. Los efectos perjudiciales no deben ser objeto de flexibilización, pues la diferenciación de la aplicación de las consecuencias de la nulidad, en función del momento temporal de la vida del contrato, sería poco equitativa, al ser los perjuicios, los mismos con independencia del instante en que se hacen efectivos. Esta tesis es argumentada en la STJUE de 21 de marzo de 2013, Asunto C-92/11, al considerar que *según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma.*

5. Imposibilidad de reintegrar la cláusula nula

Debido al interés público, en que se erige la defensa de los consumidores, y con el objetivo de no mantener el perjuicio, en su mayoría de veces económico, que ha sufrido este durante la vigencia de un contrato, en el cual se encontraba en una situación de desigualdad, el TJUE considera contraria, a la normativa comunitaria, la reintegración de las cláusulas abusivas. Esta tesis se mantiene en la sentencia de 14 de junio de 2012, dictada en el asunto C-618/10, al manifestar que e*l artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido*

de la cláusula abusiva. Sirva como ejemplo, el contenido de la STJUE de 30 de mayo de 2013, Asunto C-488/11, en la que se sostiene *que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula.*

Sobre los Estados miembros recae la obligación de adoptar medidas de protección respecto de los consumidores, y es evidente que la reintegración de las cláusulas abusivas, no constituye un medio que cumpla con este fin. De lo contrario, se eliminaría el efecto penalizador de estas cláusulas, pues *si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores* —STJUE 30 de mayo de 2013, Asunto C-488/11.

V. DISCREPANCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Constituye un clásico, podríamos manifestar, y es un fiel reflejo de la riqueza del derecho, que admite diferentes interpretaciones, la discrepancia jurisprudencial entre Audiencias Provinciales. La gran mayoría de las cuestiones controvertidas jurídicamente han originado diferentes posicionamientos jurisprudenciales entre las Audiencias Provinciales y la problemática de la retroactividad de las cláusulas suelo no es una excepción, al menos temporalmente. Así, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, existían dos grupos de Órganos judiciales.

1. Audiencias Provinciales que defienden una limitación de la retroactividad

Un primer grupo de Órganos judiciales defendían la aplicación retroactiva limitada tras la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, haciendo propios los argumentos del Tribunal Supremo. Entre otras: SAP Palma Mallorca, Sección 5.ª, de 22 de diciembre de 2014; SAP Badajoz, Sección 3.ª, de 12 de septiembre de 2014; AAP Tarragona, Sección 3.ª, de 13 de junio de 2014; SAP León, Sección 1.ª, de 5 de junio de 2014; SAP Pontevedra, Sección 1.ª, de 9 de abril de 2014 y SAP Córdoba, Sección 3.ª, de 18 de junio de 2013.

2. Audiencias Provinciales que sostenian una retroactividad absoluta[4]

Un segundo bloque de Audiencias Provinciales defendía la aplicación de las consecuencias reguladas en el artículo 1303 del Código Civil. En este sentido, la restitución de las cantidades no debía limitarse a la fecha del 9 de mayo de 2013, sino a la fecha de formalización del contrato. Sin embargo, muchas de estas Audiencias modificaron su criterio inicial, por diferentes razones:

• SAP Barcelona, Sección 15.ª, de 8 de marzo de 2016: *La respuesta en el ámbito de las acciones colectivas no podía ser distinta a la que el Tribunal Supremo había dado en el ámbito de las acciones colectivas. No resulta lógico que una misma situación jurídica merezca una respuesta judicial distinta según cuál sea cauce procesal seguido para lograr su protección.*

• SAP Barcelona, Sección 16.ª, de 25 de febrero de 2016: *Este Tribunal en ocasiones anteriores había considerado que la tesis de la irretroactividad de la anulación de la cláusula suelo no podía prosperar, ya que las razones por las que la precitada sentencia de casación había restringido la eficacia temporal de su estricto pronunciamiento anulatorio podían ser válidas en un litigio en que se ventilaba una acción colectiva de cesación formulada por una asociación de defensa de los intereses colectivos de los consumidores al amparo del artículo 12 LCGC, mas no debían ser automáticamente extensivas a las acciones individuales. Sin embargo, una vez pronunciado de nuevo el Tribunal Supremo sobre esa polémica cuestión a través de su sentencia de Pleno de 25 de marzo de 2015, cuyo dictado aprovecha para efectuar una «cabal clarificación» de los efectos temporales de su sentencia de mayo de 2013, no cabe sino asumir por imperativo del artículo 1.6 del Código Civil la doctrina emanada del tribunal de casación, a cuyo tenor la anulación de las cláusulas suelo que no superen el doble filtro del control de transparencia fijado por la STS 241/13 produce efectos a partir de la propia fecha de la misma, sin que en ningún caso autorice a reclamar —aun por medio de acción individual planteada por el prestatario en juicio declarativo— el reembolso de lo pagado en exceso con anterioridad por mor de los efectos de la referida cláusula.*

• SAP Jaén, Sección 1.ª, de 24 de septiembre de 2015: *Por razones de seguridad jurídica, habremos de modificar el criterio hasta ahora mantenido y en aplicación de la doctrina expuesta, estimar en parte la apelación, debiendo limitar la eficacia de la declaración de nulidad de la cláusula suelo hasta el 9 de mayo de 2013, fecha a partir de la cual se habrán de abonar las cantidades resultantes de la inaplicación de dicha cláusula, a determinar en ejecución de sentencia.*

• AAP Pontevedra, Sección 1.ª, de 7 de abril de 2016: *La STS de 25 de marzo de 2015, nace con vocación unificadora y definitiva.*

VI. PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES PREJUDICIALES

La falta de comulgación absoluta de nuestros Órganos judiciales con la argumentación del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 9 de mayo de 2013, y la proliferación de peticiones de devolución íntegra del dinero pagado, como consecuencia de la vigencia de las cláusulas suelo, ha comportado que diferentes Juzgados hayan elevado cuestiones prejudiciales ante el TJUE, cuyos elementos principales analizamos a continuación. No entraremos a examinar todas y cada una de estas cuestiones prejudiciales, sino que nos limitaremos a las más recientes y a la primera de ellas, respecto de la cual se han acumulado otras cuestiones prejudiciales de la misma temática.

1. AAP A Coruña, sección 6, de 4 de enero de 2016

La Audiencia provincial de A Coruña plantea las siguientes cuestiones al TJUE:

• *Si es posible permitir que el Juez nacional limite los efectos retroactivos de la nulidad de una cláusula*. Sobre este punto, la AAP considera que permitir que la cláusula nula por abusiva despliegue sus efectos temporalmente, puede hacer peligrar el objetivo que la Directiva persigue de disuadir de su uso a las entidades bancarias

• *Si la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva, inserta en el contrato con un consumidor, puede producir sus efectos hasta una determinada fecha posterior a la celebración del contrato*. Al respecto, la AAP se pregunta si no supone la moderación de la retroactividad, una forma de integración temporal de la cláusula nula, al mantener vigentes los efectos de la cláusula suelo durante un determinado periodo de tiempo.

• *La concreción de la amplitud del concepto de buena fe, y si esta debe ser valorada en abstracto o aplicada a un caso concreto.* En este sentido, sostiene la AAP A Coruña que no es correcta la traslación de los criterios de buena fe aplicados respecto de una acción colectiva a una acción individual.

• *La fijación de los presupuestos y elementos subjetivos que deben tenerse en cuenta para determinar los graves trastornos económicos.* Sobre este punto, la AAP A Coruña manifiesta que los trastornos económicos se han valorado desde la perspectiva de las entidades profesionales pero en caso alguno tomando en consideración a los consumidores.

2. AAP Álava, sección 1.ª, de 22 de septiembre de 2015 —C-525/15—

La AAP Álava se limita a efectuar una única cuestión al TSJUE, en concreto:

• *Si es correcto restringir los efectos restitutorios de cantidades indebidamente cobradas a partir de una fecha, en lugar desde el momento en que la cláusula abusiva y nula comenzó a operar.* Esta cuestión se la plantea la AAP Álava, tras el análisis de diferentes resoluciones del TJUE, en las que tras la declaración de nulidad de una cláusula se defiende la no vinculación completa respecto del consumidor tanto para mantener el equilibrio de los contratantes como el efecto disuasorio de la nulidad.

3. AAP Cantabria, sección 4, de 17 de julio de 2015 —C-431/15—

La Audiencia Provincial de Cantabria eleva al TJUE los siguientes interrogantes:

• *Si es correcta la limitación de los efectos retroactivos de las cláusulas nulas.* Entiende la AAP de Cantabria que se produce un tratamiento perjudicial para el consumidor, pues durante el periodo de tiempo existente entre la formalización del contrato y el momento en que se decreta la nulidad de la cláusula, el consumidor sufre un perjuicio económico.

• *Si el riesgo económico debe valorarse en función de una sola acción individual de impugnación, o si por el contrario, debe computarse por las múltiples acciones de consumidores que puedan presentarse ante la solución positiva de la primera de las acciones.* En este punto, la AAP de Cantabria califica de aventurado determinar el concreto perjuicio económico en base a una posible presentación de acciones individuales que todavía no se han hecho efectivas. Considerar el ejercicio de una acción individual, como la antesala de futuras y numerosas acciones individuales, es tomar en cuenta un riesgo que no tiene por qué materializarse.

• *Si la buena fe del profesional debe ser valorada de forma abstracta, respecto de la globalidad de la contratación, o casuísticamente para cada uno de los consumidores*. Al respecto, la AAP de Cantabria defiende que considerar la buena fe de modo genérico, sin valorarla al caso concreto ni comprobar la trasparencia de la cláusula y el conocimiento real de la misma por parte del consumidor, es beneficiar al profesional que generó la nulidad en contra del consumidor.

4. Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Granada el 1 de abril de 2015 —C-154/15—

Es esta la primera de las cuestiones prejudiciales planteada. La misma se concreta en el interrogante de si el cese en el uso que pudiera decretarse de una determinada cláusula en una acción individual ejercitada por un consumidor cuando se declare su nulidad: ¿Es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad? ¿Es posible moderar (por los tribunales) la devolución de las cantidades que haya pagado el consumidor —a que esté obligado el profesional— en aplicación de la cláusula, posteriormente declarada nula desde el origen, por defecto de información y/o transparencia? La respuesta a este interrogante será resuelto en breve por el TJUE. Sobre el análisis de esta cuestión prejudicial nos remitimos al apartado 7 de este trabajo, donde se examinan las conclusiones emitidas por la Comisión europea en su informe de 13 de julio de 2015.

5. Otras cuestiones prejudiciales

Asimismo, también se han presentado otras cuestiones prejudiciales, en concreto: AAP Alicante, Sección 8.ª, de 10 de junio de 2015 —C-307/15— y de 14 de junio de 2015 —C-308/15—; AAP Castellón, Sección 3.ª, de 10 de julio de 2015 —C-349/15— y AAP Zamora, Sección 1.ª, de 13 de julio de 2015 —C-381/15.

VII. INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 13 DE JULIO DE 2015 RESPECTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚM. 1 DE GRANADA

1. Bases del informe de la Comisión europea[5]

La extraordinaria expectativa que ha generado la futura sentencia del TJUE que resuelva la cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Granada, se debe fundamentalmente al contenido del informe presentado por la Comisión europea. Los argumentos del informe, de fecha 13 de julio de 2015, constituyen un varapalo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues contradice los argumentos de esta. Extremo que ha supuesto que el propio Tribunal Supremo haya suspendido la resolución de los recursos presentados en materia de retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, esperando conocer la resolución del TJUE.

El punto de partida que asume el informe de la Comisión europea es la interpretación que el TJUE realiza de la Directiva 93/13/CEE, en la sentencia de 14 de junio de 2012, Asunto C-618/10, en el que, al examinar esta normativa comunitaria, sostiene los diferentes extremos.

En primer lugar, la obligación, para los Estados miembros, de garantizar la no vinculación de las cláusulas abusivas al consumidor.

En segundo lugar, la sustitución del equilibrio formal, que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real, que pueda restablecer la igualdad entre las partes contratantes.

En tercer lugar, el margen limitado que se concede a los tribunales nacionales para la aplicación de las consecuencias jurídicas que los ordenamientos nacionales prevén para los casos de abusividad de una cláusula, pues, en todo caso, se ha de garantizar la no vinculación de estas a los consumidores.

2. Respuesta a la primera pregunta

La primera pregunta formulada por la cuestión de prejudicialidad elevada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada, tiene el siguiente literal: *La interpretación de no vinculación que realiza el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEEE: ¿Es compatible en estos supuestos con una interpretación que determine qué la declaración de nulidad de la citada cláusula, no obstante, extiende sus efectos hasta que se declare la misma? Y por tanto, que aunque se declare su nulidad, se entenderá que los efectos que ha producido durante su vigencia no quedarán invalidados o ineficaces.*

La respuesta a la primera de las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada, se fundamenta en los siguientes razonamientos jurídicos y jurisprudenciales. Primero.— Inexistencia de limitación temporal al efecto de no vinculación de las cláusulas abusivas. En este sentido, es reiterada doctrina jurisprudencial del TJUE, que el concepto de no vinculación referido en el artículo 6.1 de la Directiva, *surte efectos* ex tunc, *y no solo desde la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión.*

Segundo.— La aplicación *ex nunc* de las consecuencias de la nulidad de una cláusula, contraviene las reglas contenidas en la Directiva europea. De aplicarse una tesis contraria, los efectos de la abusividad resultarían condicionados al comportamiento de las partes, es decir, no a un elemento objetivo y, si en cambio, a una actuación subjetiva de las partes contratantes. En ámbitos similares, el TJUE sostiene que los efectos *ex nunc* implicaría que *solo si los consumidores impugnaran una determinada cláusula ante el juez nacional y solo si esta llegara a declararla abusiva, la misma cesaría de sus efectos*. De ser así, *los comerciantes, retendrían todos los réditos obtenidos hasta dicho momento por la aplicación de la cláusula abusiva.*

Tercero.— Riego de desnaturalizar la Directiva europea. La aplicación *ex tunc* de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva, es la única tesis que respeta el objetivo protector perseguido por la Directiva 93/13. Esta tesis, asimismo, *coincide plenamente con los efectos de nulidad de pleno derecho previstos en el ordenamiento jurídico español, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil.* La interpretación *ex nunc* sería totalmente opuesta al objetivo de la Directiva y la vaciaría de contenido.

En base a los argumentos expuestos, la respuesta a la primera de las preguntas se concreta en afirmar que *la interpretación de no vinculación que realiza el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es incompatible con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la cláusula extiende sus efectos hasta la declaración de nulidad de la misma.*

3. Respuesta a la segunda pregunta

La segunda de las preguntas formuladas por la cuestión de prejudicialidad elevada por el Juzgado núm. 1 de lo Mercantil de Granada, contiene dos interrogantes, el primero de ellos, se concreta en preguntarse: El cese en el uso que pudiera decretarse de una determinada cláusula, (de conformidad a los apartados primeros de los arts. 6 y 7), en una acción individual ejercitada por el consumidor cuando se declare su nulidad: ¿Es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad? ¿Es posible moderar (por los tribunales) la devolución de las cantidades que haya pagado el consumidor en aplicación de la cláusula, posteriormente declarada nula desde el origen, por defecto de información y/o transparencia?

Para conceder respuesta a este interrogante, el informe de la Comisión europea, adopta como punto de partida, los argumentos esgrimidos por el TJUE en la sentencia de 21 de marzo de 2013, en la que se afirma que *la interpretación que el Tribunal hace en el ejercicio de sus competencias de una norma del Derecho de la Unión tiene por objeto aclarar el significado y alcance de la norma, tal y como debió haberse entendido desde la entrada en vigor de dicha norma. En consecuencia, la interpretación que realiza el Tribunal debe aplicarse también retroactivamente a relaciones jurídicas nacidas antes de la resolución judicial en cuestión.* Esta regla general solo admite excepciones puntuales, siempre y cuando, concurran dos presupuestos: la buena fe del círculo de interesados y el riesgo de trastornos graves en el sistema económico.

La respuesta a la segunda de las cuestiones que integran la cuestión prejudicial, la fundamenta el informe de la Comisión en los siguientes argumentos:

Primero.— Interpretación errónea de la jurisprudencia del TJUE por parte del TS. El Alto Tribunal español pretende justificar la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad, en base a la doctrina contenida en la sentencia RWE —STJUE de 21 de marzo de 2013—. Sin embargo, la Comisión sostiene que *la doctrina reflejada en la sentencia RWE no es extrapolable* al recurso relativo a las consecuencias de la nulidad de las cláusulas suelo, pues en el asunto español *no se dilucida el alcance de una determinada interpretación jurídica, sino los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva.*

Segundo.— Imposibilidad de establecer por el Tribunal nacional límites a los efectos retroactivos. El hecho de decretar restricciones a los efectos retroactivos de una norma interpretada jurídicamente por el Tribunal europeo se caracteriza por su excepcionalidad, y previa acreditación de una serie de requisitos. Es por ello, que la restricción queda reservada al propio TJUE, sin que los Tribunales nacionales se encuentren facultados para imponer estas limitaciones, pues como afirma el informe de la Comisión *dicha limitación tendría repercusión directa en el alcance y aplicación del Derecho de la Unión, la Comisión considera que no sería posible reconocer a los Tribunales nacionales la posibilidad de limitar el alcance de la interpretación dada por el Tribunal de justicia a una norma del Derecho de la Unión.*

Tercero.— Imposibilidad de limitar los efectos *ex tunc* de la nulidad de las cláusulas abusivas. Esta imposibilidad es consecuencia, según el informe de la Comisión, de la circunstancia de que no se cumplen los presupuestos exigidos para aprobar la excepcionalidad de la limitación.

En primer lugar, no concurre la buena fe de los círculos interesados. Según la Directiva 93/13, los conceptos de buena fe y abusividad son incompatibles, *por tanto, aquellos comerciantes que hubieran incluido dichas cláusulas en sus contratos con consumidores no pueden invocar su buena fe para limitar los efectos*

de la abusividad y, en segundo lugar, la invocación de los trastornos graves en el sistema económico son hipotéticos.

Cuarto.— Imposible inclusión de la nulidad de las cláusulas abusivas en los supuestos de ponderación del objetivo de protección de los consumidores que persigue la Directiva 93/13. En este sentido, según el informe: Se aceptará la ponderación, de manera excepcional, cuando sea preciso proteger el principio de cosa juzgada. En contrapartida, no se aceptará la ponderación, cuando la misma se concrete en *otros limites potenciales a la nulidad de las cláusulas abusivas, tales como los pagos que hubieran sido efectuados antes del que el Tribunal nacional dictara sentencia declarativa de tal nulidad, tal y como parece esgrimir la sentencia del Tribunal Supremo español de 9 de mayo de 2013,* pues estos límites *carecían de justificación y de respaldo jurídico, y por ello, no deberían ser aceptados so pena de socavar la aplicación de la Directiva y el efecto disuasorio del artículo 6.1 de la misma*.

Conforme a la argumentación enunciada, la respuesta a la segunda de las cuestiones se concreta en: *El cese en el uso de una determinada cláusula declarada nula como consecuencia de una acción individual, ejercitada por un consumidor, no sería compatible con una limitación, salvo que aquella fuera necesaria para preservar el principio de cosa juzgada.*

4. Respuesta a la tercera pregunta

La segunda de las cuestiones que formaban parte de la segunda de las preguntas planteadas por el Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Granada, se concretaba en la siguientes formulación: ¿A pesar de los efectos de la nulidad desde el origen de una cláusula abusiva, *declarada nula por defecto de información y/o trasparencia,* la Directiva europea permitiría a los Tribunales nacionales moderar, en un asunto concreto, las consecuencias económicas de la nulidad de una clausula calificada como abusiva? Para conceder respuesta a este interrogante, la Comisión asume, como punto de partida, el contenido de la propia Directiva 93/13, la cual *no establece excepción o límite alguno a los efectos de la no vinculación de las cláusulas abusivas.* En base a esta afirmación, la solución al tercero de los interrogantes planteados, se justifica conforme a los extremos que a continuación exponemos:

Primero.— Falta de cobertura jurídica de la moderación: El informe de la Comisión europea ofrece un tratamiento homogéneo a las diferentes modalidades de acciones que puedan ejercitarse casuísticamente, consistente en negar la existencia de cobertura jurídica alguna a una posible moderación de los efectos de su nulidad en el caso concreto.

Segundo.— Equiparación de la modulación a la modificación. Sostiene el informe que r*econocer a los Tribunales nacionales la facultad de moderar*, o incluso eliminar, *las consecuencias económicas de la nulidad de una cláusula abusiva tendría las mismas consecuencias que concederles la facultad de modificar el contenido de una cláusula de nulidad.*

Tercero.— La modulación de las consecuencias de la nulidad supone la eliminación del efecto disuasorio. La utilización dentro de la práctica contractual de cláusulas abusivas debe ser objeto de penalización, pues de lo contrario su utilización subsistirá. *La mencionada facultad (de modular) contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a consumidores (…) en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas*

al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuere necesario.

Cuarto.— Una actividad discrecional del juez nacional, en relación a la moderación de las cantidades a restituir, desnaturalizaría la Directiva 93/13. Si un juez nacional, discrecionalmente, decidiese respecto de la eliminación o supresión de las cantidades a retornar *se vaciaría de contenido el mandato del artículo 6.1 de la Directiva,* restando a la voluntad del Juez nacional la aplicación de la normativa comunitaria, *lo cual es contrario a los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión.*

En base a los razonamientos expuestos, la respuesta a la tercera cuestión se concreta en afirmar que: *de conformidad con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva y la interpretación que de los mismos ha dado el Tribunal de Justicia, no es posible que los Tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las cantidades que ya ha pagado el consumidor,* a qué está obligado el profesional*, en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o trasparencia.*

VIII. ¿Y QUÉ HACEMOS?

Esperar pacientemente. En breve el TJUE se pronunciará sobre si es necesario aplicar la retroactividad de manera absoluta o, si por el contrario, es suficiente una retroactividad limitada. Una muestra de la importancia de esta resolución es la suspensión de los recursos relativos a la nulidad de las cláusulas abusivas planteados ante el Tribunal Supremo. La sentencia que dicte el TJUE no solo tendrá una especial importancia jurídica sino también económica.

En relación al ámbito jurídico, puede surgir la problemática de una resolución contraria a los argumentos del TS, circunstancia que no consideramos desorbitada, tanto por los antecedentes del TJUE como por el contenido del Informe de la Comisión europea de 13 de julio de 2015. De ser así, surgirá el interrogante de cómo deberán proceder los Órganos judiciales patrios, surgiendo el dilema de si seguir la jurisprudencia del TS o, por el contrario, aceptando la doctrina del TJUE.

En cuanto al ámbito económico, a nadie se le escapa la relevancia de la sentencia del TJUE, pues de defender la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo y sostener, por ende, la devolución de todas las cantidades percibidas, se incrementarán las peticiones de reintegración de los ciudadanos y asociaciones de consumidores. ¿Alguien se imagina que las entidades financieras deban hacer frente a esta carga económica? ¿Lo podría soportar el sistema económico español? ¿Será necesario un nuevo rescate financiero?…

Se presenta un futuro interesante o, cuanto menos, dejémoslo en entretenido.

CONCLUSIONES

I. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, en relación a la retroactividad de las cláusulas suelo, es contradictoria. Esta circunstancia origina inseguridad jurídica tanto en las contrataciones inmobiliarias y bancarias como en la tutela judicial de los derechos y obligaciones derivados de un préstamo hipotecario.

II. El Tribunal Supremo es contrario a la retroactividad absoluta de la nulidad de las cláusulas suelo, limitando la misma a la fecha de 9 de mayo de 2013,

fecha en que se dicta la sentencia que reconoce la nulidad de esta modalidad contractual con los consumidores.

III. El Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea defiende la nulidad absoluta de las cláusulas suelo desde la firma del préstamo hipotecario, no limitando su nulidad a un ámbito temporal concreto del contrato.

IV. Esta discrepancia y la actividad de asociaciones de consumidores y usuarios, en el sentido de presentar demandas reclamando las cantidades pagadas correspondientes a las cláusulas suelo, ha multiplicado la presentación de cuestiones perjudiciales presentadas por Tribunales españoles ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea.

V. El informe de la Comisión europea es contrario a la limitación de las consecuencias derivadas de la nulidad de las cláusulas suelo, y, en consecuencia, sostiene la necesaria devolución de todas las cantidades abonadas desde la fecha de formalización del contrato de préstamo hipotecario.

VI. La respuesta del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea a las cuestiones prejudiciales condicionará el ámbito económico e inmobiliario de España, pudriendo derivarse de su resolución un rescate financiero.

NOTAS

[1] La cursiva es literal de las STS.
[2] La cursiva constituye redacción literal del voto particular.
[3] La cursiva constituye redacción literal de las STJUE.
[4] La cursiva es texto literal de las resoluciones.
[5] La cursiva es texto literal del Informe de la Comisión europea de 15 de julio de 2015.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

FIJACIÓN DE DÍAS Y HORAS PARA LOS *SEMINARIOS PRÁCTICOS DE DERECHO REGISTRAL*, organizados por la Cátedra de Derecho registral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, bajo la dirección de Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA y con la colaboración del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España y el Colegio de Registradores de Andalucía Oriental.

ASISTENCIA A LOS REGISTROS:
Día 16 de noviembre a las 13 horas.

SEMINARIOS PRÁCTICOS:
Seminario 1: *El Registro de la Propiedad en España. Visión práctica desde los principios hipotecarios. Asiento de presentación.*
Ponente: D. José Luis LACRUZ BESCOS, Registrador de la Propiedad de Vera.
Lugar: Sala de Conferencias. Facultad de Derecho.
Fecha: 9 de noviembre de 2016 a las 13:00 horas.

Seminario 2: *Propiedad rústica y Registro de la Propiedad.*
Ponente: D. José Antonio JIMÉNEZ RUBIO, Registrador de la Propiedad de Mancha Real.
Lugar: Sala de Conferencias. Facultad de Derecho.
Fecha: 23 de noviembre de 2016 a las 13:00 horas.

Seminario 3: *Propiedad Urbana, propiedad horizontal y Registro de la Propiedad.*
Ponente: Dña. Laura RODRÍGUEZ ROLDÁN, Registradora de la Propiedad de Alhama de Granada.
Lugar: Sala de conferencias. Facultad de Derecho.
Fecha: 30 de noviembre de 2016 a las 13:00 horas.

Seminario 4: *Títulos que acceden al Registro de la Propiedad. Asientos registrales.*
Ponente: Dña. Cristina PALMA, Registradora de la Propiedad de Almuñécar 1.
Lugar: Sala de Conferencias. Facultad de Derecho.
Fecha: 14 de diciembre de 2016 a las 13:00 horas.

Seminario 5: *Publicidad registral, notas simples y certificaciones.*
Ponente: D. Francisco Germán TABOADA TEJERIZO, Registrador de la Propiedad de Granada 1.
Lugar: Sala de Conferencias. Facultad de Derecho.
Fecha: 21 de diciembre de 2017 a las 13:00 horas.

Seminario 6: *La Ejecución y Registro. Principios registrales de carácter sustantivo.*
Ponente: D. Sergio Miguel VELASCO TORRES, Registrador de la Propiedad de El Ejido 1
Lugar: Sala de conferencias. Facultad de Derecho.
Fecha: 11 de enero de 2017 a las 13:00 horas.

Seminario 7: *Calificación registral. Recursos y otras vías de calificación.*
Ponente: Dña. Asunción FERNÁNDEZ AGUIRRE, Registradora de la Propiedad de Granada 9.
Lugar: Sala de Conferencias. Facultad de Derecho.
Fecha: 18 de enero de 2017 a las 13:00 horas.

SEMINARIOS DIRIGIDOS A LOS ESTUDIANTES QUE CURSAN LA OPTATIVA DE DERECHO MERCANTIL

Seminario 1: *El Registro Mercantil. Donde está, para qué sirve. Que documentos acceden según el tipo de sociedad y forma de acceso. Cómo se crea una sociedad, documentación y modelos. Cómo se extingue. Cargos modificaciones y nombramientos. Depósito de cuentas y sus requisitos. Modelos prácticos.*
Ponente: D. José Miguel CRESPO MONERRY, Registrador Mercantil de Málaga.
Lugar: Sala de Conferencias. Facultad de Derecho.
Fecha: 26 de abril de 2017 a las 13:00 horas.

Seminario 2. *Constitución de Sociedades. Administración de Sociedades. Modificaciones Estatutarias. Disolución y liquidación de la Sociedad. Legalización de los libros y Depósito de cuentas. Registro de Bienes Muebles y Modelos prácticos de Solicitudes y Asientos Registrales.*
Ponente: Dña. Belén LÓPEZ ESPADA, Registradora de Jaén Mercantil y Bienes Muebles.

Lugar: Sala de Conferencias. Facultad de Derecho.
Fecha: 11 de mayo de 2017 a las 16:30 horas.

SEMINARIOS DIRIGIDOS A LOS ESTUDIANTES QUE CURSAN LA ASIGNATURA TRONCAL DE DERECHO CIVIL III

Seminario 3: *Registro de la Propiedad y Principios registrales*.
Ponente: D. Sergio Miguel VELASCO TORRES, Registrador de la Propiedad de El Ejido 1.
Lugar: Sala de Conferencias. Facultad de Derecho.
Fecha: 26 de abril de 2017 a las 16:30 horas.

Seminario 4: *Publicidad registral, notas simples y certificaciones*.
Ponente: D. Francisco Germán TABOADA TEJERIZO, Registrador de la Propiedad de Granada 1.
Lugar: Sala de Conferencias. Facultad de Derecho.
Fecha: 11 de mayo de 2017 a las 18:00 horas.

El día 15 de diciembre de 2016 tuvo lugar, en la Sala de Vistas de la Universidad de Granada la JORNADA DE INAUGURACIÓN DEL CURSO ACADÉMICO 2016/2017 SOBRE *EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS*.

Lección inaugural: *Ejecuciones Hipotecarias y Cláusulas Abusivas*.
D. Francisco MARÍN CASTÁN, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
Presenta: D. Lorenzo DEL RÍO FERNÁNDEZ, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

D. Juan María DÍAZ FRAILE: Director del Centro de Estudios Registrales del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles.
Presenta: Dña. Rosario JIMÉNEZ RUBIO. Decana Territorial del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad.

Modera: D. Miguel OLMEDO CARDENETE, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

El día 15 de diciembre de 2016 tuvo lugar en la Sala de Vistas de la Universidad de Granada el NOMBRAMIENTO DEL MIEMBRO DE HONOR DE LA CÁTEDRA DE DERECHO REGISTRAL DE LA UGR.

Entrega de la distinción concedida a D. Francisco MARÍN CASTÁN, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, como Miembro de Honor

de la Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Granada del curso académico 2016/2017, a cargo de Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Directora de la Cátedra de Derecho registral de la UGR.

Los días 4, 5 y 6 de mayo de 2017 se celebrará en el Paraninfo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada el I CONGRESO INTERNACIONAL y III NACIONAL SOBRE *CONTRATACIÓN INMOBILIARIA TRANSNACIONAL*, congreso organizado por la Cátedra de Derecho registral y la Facultad de Derecho de Granada, con la colaboración del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Consejo General de la Abogacía, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Ilustre Colegio de Registradores de Andalucía Oriental, Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, Ilustre Colegio de Abogados de Granada, Departamento de Derecho Civil UGR, Departamento de Derecho Mercantil UGR, Cátedra de Derecho Notarial, e Institute of European and Comparative Private Law.

El objetivo general: Es ofrecer un foro para la exposición de los trabajos sobre esta materia que se estén realizando a nivel nacional o internacional.

Plazos: Hasta el 15 de marzo de 2017 (incluido), se puede enviar un resumen de 300 palabras sobre su trabajo o investigación. Una vez recibidas todas las propuestas, el Comité Científico procederá a su evaluación, haciéndose pública la resolución el día 25 de marzo de 2017.
Se admite la modalidad «sin lectura», esto es, se podrán presentar propuestas de comunicaciones, que si son aceptadas por el Comité Científico, serán desarrolladas por sus respectivos autores, sin ser expuestas en el Congreso, pasando directamente a ser publicadas en el Libro de Actas.

Las comunicaciones seleccionadas bajo la modalidad «con lectura» se expondrán en el transcurso del I Congreso Nacional en el tiempo designado por la organización.

Todos los comunicantes han de inscribirse en el Congreso. La inscripción podrá realizarla *on-line* en la web de la Cátedra de Derecho registral (cdregistral@ugr.es). Únicamente las comunicaciones seleccionadas serán publicadas en un Libro de Actas y/o defendidas en el Congreso.

ARAGÓN

Los días 29 y 30 de septiembre, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y con la colaboración, entre otros, del Decanato de los Registradores de Aragón, tuvo lugar el CONGRESO INTERNACIONAL *LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD* con el siguiente programa:

29 de septiembre:
Inauguración a cargo del Decano de la Facultad de Derecho y El Justicia de Aragón.
Conferencia de apertura: *La generatriz privada del orden constitucional,* por Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO, Catedrático de Derecho administrativo, Universidad Carlos III, Madrid.

Primera sesión: *Familia y Sucesiones*
«Relaciones económicas entre cónyuges y parejas y autonomía de la voluntad», por Cristina DE AMUNÁTEGUI, Catedrática de Derecho civil, Universidad Complutense, Madrid.
«Libertad, igualdad y solidaridad. La libertad de testar y sus límites», por Antoni VAQUER ALOY, Catedrático de Derecho civil, Universidad de Lérida.
Lectura de comunicaciones y coloquio con los ponentes. Modera: Tomás GARCÍA CANO, Notario.

Segunda sesión: *Contratos y Garantías*
«La moral y el orden público como límites a la autonomía de la voluntad en la contratación», por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Catedrático de Derecho civil, Universidad Pablo Olavide, Sevilla.
«Reglas imperativas en nuestro Derecho de garantías», por Encarna CORDERO LOBATO, Catedrática de Derecho civil, Universidad de Castilla La Mancha.

Tercera sesión: *Derecho procesal*
«Eficacia ordenadora del principio de autonomía privada y de sus límites en el sistema procesal civil», por Ángel BONET NAVARRO, Catedrático de Derecho procesal, Universidad de Zaragoza.
Lectura de comunicaciones y coloquio con los ponentes. Modera: Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Registrador de la Propiedad de Zaragoza.

Cuarta sesión: *La autonomía privada desde una perspectiva histórico-comparada,* Francisco Andrés SANTOS, Catedrático de Derecho romano, Universidad de Valladolid.
Quinta sesión: *La autonomía de la voluntad en el ámbito europeo.*

«L'autonomie de la volonté en droit des contrats», por Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Professor of Civil, Private International Law and Comparative Law, Université Panthéon Assas, París.
«Autonomia contrattuale e regolazione», por Giuseppe GRISI, Professore Ordinario di Diritto Privato, Universitá Roma Tre, Roma.
«A conformaçao da liberdade contratual pela cláusula geral da ordem pública», por María Raquel SILVA GUIMARES. Professora Auxiliar, Universidad do Porto.
«L'autonomie de la volonté en DIP de la famille», por Samuel FULLILEMAIRE, Université Panthéon-Assas, París. Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatecht, Hambourg.
Lectura de comunicaciones y coloquio con los ponentes. Modera: Salvatore MAZZAMUTO, Catedrático de Derecho civil. Universitá Roma Tre, Roma.

30 de septiembre
Sexta sesión: *La autonomía de la voluntad en otros sectores del ordenamiento jurídico*.
«El Derecho tributario y la autonomía de la voluntad del Derecho privado», por Antonio Miguel CAYÓN GALLARDO, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Complutense, Madrid.
«La autonomía privada en la relación de trabajo», por Fernando VALDÉS DAL-RE, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense, Madrid. Magistrado del Tribunal Constitucional.
«Límites a la autonomía privada en el Derecho penal», por Luis GRACIA MARTÍN. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Zaragoza.
Lectura de comunicaciones y coloquio con los ponentes. Modera: Juan Luis FALCÓN. Socio Director de Garrigues S.L.P. Zaragoza.

Clausura del Congreso: Pilar PALAZÓN VALENTÍN, Decana de los Registradores de Aragón y Dámaso SANZ, Notario.

MADRID

El día 4 de noviembre 2016, se celebró en Madrid la JORNADA CIENTÍFICA CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES *QUÉ POLÍTICA PARA LA DINAMIZACIÓN DE LA VIVIENDA**.

Dirección: Begoña GONZÁLEZ ACEBES, Universidad de Valladolid

Ponencias:
«Fragmentando la propiedad: nuevas formas de acceso a la vivienda», por Esther MUÑIZ ESPADA, Universidad de Valladolid.

«Nuevas soluciones habitacionales», por A. MARTÍNEZ SANCHIZ, notario.
«La protección de la vivienda en la ejecución», por Javier GÓMEZ-GÁLLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado.
«Contenido escriturable de las hipotecas», por Ignacio SOLÍS, Notario.
«Una vía intermedia entre hipoteca y alquiler. Cuestiones civiles y fiscales», por Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Registrador de la Propiedad.
«Retos de la Tributación de la vivienda», por Estela Rivas, Universidad Rovira i Virgili.
«Cómo pueden los arrendamientos convertirse en una alternativa real al dominio», por Sergio NASARRE AZNAR, Universidad Rovira i Virgili.
«La transposición de la Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», por Rafael SANZ COMPANY, BBVA.
«El imparable proceso de degradación de la propiedad como problema: ya no hay propiedad, sino propietarios», por Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, Universidad Autónoma de Madrid.

NOTAS

* Proyecto de Investigación coordinado del Plan Nacional 2015-2017. Ministerio de Economía y Competitividad*: Reformando las tenencias de la vivienda: nuevas reglas para una eficiencia jurídica y económica en el acceso a la vivienda 2015-2017*. Universidad de Valladolid y Universidad Rovira i Virgili.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

R. DE LORENZO GARCÍA, J. L. PIÑAR MAÑAS & I. PEÑALOSA ESTEBAN (directores), *Nuevo Tratado de fundaciones*, con prólogo de J. Nadal Ariño, Thomson-Reuters Aranzadi, 2016, 1171 páginas, con treinta y tres capítulos divididos en tres partes (El derecho sustantivo, estatal y autonómico; El Derecho tributario; y El horizonte jurídico de las fundaciones en España)

por

JUAN-CRUZ ALLI TURRILLAS
Profesor titular de Derecho administrativo
Facultad de Derecho. Derecho administrativo. UNED

Hace algo más de cinco años la editorial Aranzadi presentó el *Tratado de fundaciones*, edición que contó con un importante elenco de autores que, en gran medida, coincide con el actual. En estos cinco años no se ha producido el cambio que el sector demanda y necesita en cuanto a su regulación, pero sí se han acumulado un importante conjunto de modificaciones legislativas, tanto sustantivas o sobre el contenido de la institución fundacional como tributarias o fiscales. Lo cual exigía una revisión de conjunto de las fundaciones y su régimen jurídico.

Este Tratado en cierto modo se adelanta a tal cambio con numerosas propuestas de ordenación, regulación y consideración de aspectos de su actual regulación; muchas ellas de gran calado y con un fondo bien pensado. En tal sentido también supera a otros textos de similar naturaleza publicados, pero no renovados, en la década anterior que han quedados, así, algo anticuados por estar ya demasiado anclados en una legislación que parece tocar sus últimas horas.

En cualquier caso durante este tiempo y pese a que tal cambio todavía no ha llegado, han sido muchas las Comunidades Autónomas que han transformado su normativa, en tanto que otras la han adaptado a las cambiantes circunstancias. En medio de todo ello dos aspectos muy importantes han incidido en las fundaciones como entes generales; siempre dejando de lado los más o menos grandes cambios en la fiscalidad y el mecenazgo (que no han sido, tampoco trascendentales, aunque apuntan *nuevos* aires hacia una mejor consideración del tercer sector). Esos dos cambios aludidos son la paulatina transformación del ser y funcionamiento de las «fundaciones en mano pública», con un régimen que va asentándose y puliéndose; y de otro la aparición de las fundaciones provenientes, de un modo u otro, de las extintas Cajas de Ahorro. Aspecto, este último, que expone al sector a la necesidad de reacomodar su régimen cada vez con más urgencia, como de alguna manera se apuntará algo más adelante.

Parece necesario, además de todo lo antes dicho, apuntar algo que asoma en diversos artículos o lugares de la obra, de un modo explícito o tácito. Si el sector solicita, como lo hace, un régimen fiscal o tributario más generoso, más

considerado y más acompasado con la identidad de las fundaciones —y de otras formas no lucrativas del «tercer sector»; todas ellas instituciones en pro del interés general que son— es lógico que este régimen venga acompañado bien de una mejor supervisión sustantiva por parte de la autoridad, bien de una mejor auto-regulación por parte del propio sector, bien de ambas cosas a la vez. Uno y otro elemento —libertad y supervisión— tienen que ir muy de la mano y estar basadas en una regulación más fundada en la confianza mutua, en la buena ordenación y en una mejor (auto)responsabilidad de las fundaciones como tales y por su propia parte (así que todo ello también debe orbitar sobre el régimen general de las fundaciones, como vamos a ir viendo). En tal sentido, también esta obra —de modo más palmario en sus capítulos primero, tercero, treinta y dos y treinta y tres— así lo apuntan de un modo u otro.

En prácticamente todos los capítulos de la obra se cierne además otro hecho capital: todos los cambios sociales, económicos, globales, etc., que se han ido produciendo en estas décadas nos dirigen a la urgente necesidad de acompasar la normativa, y por lo tanto la supervisión, ordenación y regulación de la «fundación», su ser y sus actividades, a la nueva realidad socio-económica. O, dicho de otra manera, la cada día mayor urgencia de acomodar el régimen jurídico a un ente y unas circunstancias que han cambiado sobremanera desde que se alumbrara la Ley de fundaciones y mecenazgo de 1994 de la que las dos leyes vigentes —de fundaciones y de mecenazgo, ambas de 2002— son herederas directas (sin cambios trascendentales). Todas estas normas, y su contenido sobre el ser y funcionamiento de la fundación, el patronato y los protectorados, son y han sido señeras, pero han quedado en gran medida superadas por los hechos. El factor de que en esta obra participen autores que estuvieron muy al corriente de la elaboración de tales normas y que induzcan y apoyen doctrinalmente los cambios necesarios la hacen, aún, más interesante.

Pues bien, este Tratado que ahora se publica, en su versión actualizada y completada, con algunos cambios que se destacarán, constituye el estudio más pluridisciplinar, multiangular, actualizado y completo que existe hasta el momento. Quizá pueda objetarse la ausencia del término «Derecho» en su título pues aunque, como veremos, unos últimos capítulos abren la perspectiva, la realidad es que estamos ante un estricto Tratado de Derecho de fundaciones.

Se trata de un estudio exhaustivo, realizado por expertos en cada área con largos años de experiencia en su sector específico y normalmente conocedores tanto del ser como del régimen de las fundaciones, bien en su marco teórico, bien práctico; pero sobre todo en ambos a la vez. Esto, de por sí, es un enorme mérito para la obra y la visión que contiene. Además se trata, dicho sea de modo general, de una obra que combina excelentemente y debido a las manos que la dirigen, un exquisito rigor doctrinal y espíritu científico con una forma suficientemente «real» y «práctica» para hacerla útil para quien opere en o desde una fundación; y no solo juristas, sino otros muchos de sus técnicos. En tal sentido puede decirse que es una obra de mesa de cualquier patrono, director o gestor de fundaciones y otros entes no lucrativos, como también de abogados, gestores externos y, por supuesto, de agentes de la «autoridad regulatoria» estatal o autonómicas. Quizá por eso deba perdonarse la ausencia —que apuntaba— del término «Derecho» en su título (aunque la editorial lo lleve en su alma y, por eso, no tenga escapatoria).

Veamos, pues, ahora, algunos de los aspectos que parecen más destacables, en el entendimiento de que a lo largo de sus casi 1.200 páginas es inevitable que cada lector pueda encontrar cuestiones que le resulten más o menos inte-

resantes y otros que no sean de su estricta incumbencia e incluso que puedan encontrarse aspectos necesitados de una mayor maduración y complitud, así como de algún texto algo más irregular en su contenido y forma de exponerse (los menos, realmente).

El Tratado comienza con dos estudios conceptuales que no por tal motivo dejan de ser absolutamente necesarios. El primero, de José Luis PIÑAR MAÑAS, consolidado autor en este ámbito y otros del Derecho, enmarca las fundaciones en su más amplio contexto jurídico y político, traza su historia y pone las bases de todo el resto del tratado. Aunque pudiera pensarse que su lectura no es «necesaria» para encontrar la solución a un problema determinado, quien así lo pensara se equivoca de medio a medio: su estudio es imprescindible para situarse y conocer de qué estamos hablando; de tal manera que no podría ubicarse bien en su problema y las posibles soluciones sin una lectura atenta de este análisis.

Seguidamente, Jorge GARCÍA-ANDRADE y PINDADO GARCÍA nos explican, con gran complitud conceptual, la situación actual de la «fundación», su ser y su naturaleza en el actual contexto. Se trata, también, de un artículo fundamental para conocer la figura ante la que nos encontramos y su lectura es absolutamente imprescindible en la medida en que nos sitúa ante los grandes retos a los que se expone la figura y las líneas de modernización, de un modo muy completo y sin soslayar los aspectos más complejos.

No es menos importante el conocimiento, también teórico pero con cada vez más importantes efectos prácticos —y más que irá teniendo—, del cómo está quedando el régimen de las fundaciones en su distribución entre el Estado y las CC.AA. Dado el complejo régimen de distribución de competencias, los numerosos conflictos y la dejación del Estado de algunos ámbitos, el brillante y conciso texto del profesor BERMEJO LATRE resulta fundamental y es la base necesaria para toda la parte dedicada a las CC.AA. y al nuevo régimen en ciernes.

Seguidamente el tratado entra en cuestiones más particularizadas. En primer lugar NIETO ALONSO encara el régimen civil básico de la fundación. Su artículo debe completarse y verse junto con el de PEÑALOSA ESTEBAN, pues no se puede entender ya —como se trasluce del primero— el régimen constitutivo civil, con todos sus aspectos derivados, sin la imbricación público-privado que tan acertadamente expone el segundo. Un cierto defecto aun presente en algunos estudios es, precisamente, una visión excesivamente unívoca, la cual provoca cierta desconexión entre el régimen histórico-civil —basado en una supuesta entidad civilística pura—, con la realidad de una figura ya muy «publificada» (ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho administrativ*o, Marcial Pons, 2010). Una realidad, por tanto, que es mucho más rica y amplia, pues público y privado, interés general y particular, benevolencia-altruísmo y patrimonio particular, se unen de un modo mucho más intenso del que se producía en otras épocas donde la figura surgió. Por lo cual el fin, el patrimonio, el gobierno y otros muchos aspectos exigen una visión mucho más compleja que la estricta de cada área tradicional del Derecho.

En tal sentido el siguiente capítulo firmado por tres autores (PÉREZ ESCOLAR, CABRA DE LUNA y DE LORENZO) sobre el patrimonio, régimen económico y funcionamiento es, también fundamental porque encara la realidad más vigente de las fundaciones como auténticos operadores económicos en una sociedad globalizada y abierta. En tal sentido es un estudio imprescindible que, de algún modo, está muy acompasado con la perspectiva mercantilista —en su sentido más integrador— que ha estado exponiendo recientemente en diversas obras de manera especial tanto EMBID IRUJO como EMPARANZA SOBEJANO

(cfrs. por ejemplo, M.ª del Mar Andreu Martí (coord.), *La empresa social y sus organización jurídica*, Marcial Pons, 2014 y también algunos estudios contenidos en: A. Emparanza Sobejano (dir.), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, Marcial Pons, 2014).

Otro reconocido experto en el ámbito de la fiscalidad del tercer sector, BLAZQUEZ LIDOY encara a continuación el análisis de las fundaciones del sector público estatal; verdadera «patata caliente» que este autor disecciona con cuidado, esmero y complitud. Se trata, todavía, de un régimen necesitado de análisis y pausa que ojalá vaya caminando hacia una ordenación más acorde con la propia figura fundacional que evite su mala utilización por parte del sector público. ESQUERRA y NARVÁEZ, a continuación, se han atrevido con las fundaciones bancarias. Se trata de otro aspecto necesitado, todavía, de un sedimento que nos permita ver con perspectiva de y hacia dónde van; pero a cuyo esclarecimiento este artículo se dirige. Este artículo que debe, también, verse en el contexto de muchos otros estudios que están empezando a aparecer en otras obras (especialmente los *Comentarios a la Ley de Cajas de Ahorro y fundaciones bancarias* dirigido por A. Empardaza Sobejado para Thompson Reuters-Aranzadi en 2015).

El Tratado sigue con once estudios, de diversa factura y ordenación, sobre las fundaciones en las diversas CC.AA. En gran medida, destacan dos: Navarra y Cataluña. Tanto por las especificidades de su régimen, adelantado y diversos por variados motivos, como por la brillante factura de sus autores. Un último capítulo de esta sección sirve como cierre por realizar un estudio comparado de las diversas soluciones, lo cual ayuda sobremanera a valorar el régimen de su regulación en conjunto. En tal sentido me parece un análisis fundamental que ayuda mucho a comprender el estado de la cuestión, en gran medida unido al estudio más conceptual que, en la primera parte del libro, hiciera BERMEJO LATRE y que ya quedó comentado.

A continuación el tratado recoge en una segunda parte el régimen tributario. Se trata del análisis más completo hasta la fecha, que llega a todos los aspectos básicos pero también a otros que estaban necesitados, urgentemente necesitados, de un análisis. Así empieza por las propias fundaciones y otros entes sin ánimo de lucro, en los impuestos estatales, pero también en los locales, así como el régimen especial de Navarra, el País Vasco y Canarias. Pero también encara el mecenazgo y algo que, como apuntaba, exigía un estudio específico: las otras formas de mecenazgo distinto de donaciones y aportaciones. Pues los entes no lucrativos buscan, de diversas maneras, estos recursos en muchos lugares y fórmulas; y la mirada a todo ello es urgente, necesaria y busca un mejor acomodo jurídico-tributario. En tal sentido los ordenamientos de muchos países y cierta normativa comunitaria están muy abiertos a la búsqueda de nuevos acomodos jurídicos para el apoyo a la filantropía. Lo cual no solo es importante, que desde luego, para la subsistencia de las propias fundaciones; sino que supone, a la larga, un cierto cambio de cultura social en la que toda la sociedad se vaya responsabilizando de muchos bienes y fines de interés general por otra vía que no sea la impositiva directa (o indirecta) y la prestación pública directa.

Una última parte de la obra nos abre los horizontes que apuntaba y exponía el primer estudio realizado por J. L. PIÑAR MAÑAS en un sentido más jurídico y en este lugar algo más social. R. DE LORENZO GARCÍA (Las claves del tercer sector: análisis y realidad actual, capítulo 27), disecciona el sector —siempre necesitado de análisis del *statu quo* desde el punto de vista sociológico y económico—, y lo pone en su contexto como verdadero sector social prioritario por su ser y fines

(R. CALVO ORTEGA, capítulo 28, Tercer sector y Estado social). Todo ello en un marco de creciente importancia de la «sociedad civil» como actor político y vital (L. CAYO PÉREZ, capítulo 29) y de un nuevo modelo económico que, para bien o para mal, con sus luces y sus sombras, se abre paso (M. DE CASTRO, capítulo 30). Es cierto que esto lo sitúa ante nuevos retos (J. M. FRESNO, capítulo 31), pero también la obra destaca, en sus dos últimos capítulos, por señalar sus fortalezas y capacidades, así como la urgencia de esta nueva regulación y las vías por las que debería caminar; que no han sido las que hace poco tiempo se propugnaban sino otras más abiertas y colaborativas (sin por ello quedar exentas de una buena supervisión pública).

Más dudas tengo en cuanto a la pertinencia estricta del contenido del capítulo 32 (titulado La futura ordenación jurídica de las fundaciones en la UE), por cuanto el abandono del Estatuto europeo de fundaciones y otra serie de medidas ha puesto a estas en una situación de *impasse* que está tratando de evitarse por otras vías indirectas que el capítulo expone con bastante detalle. Quizá hubiera hecho falta, además, una aproximación más general al ámbito de la filantropía global y la ordenación internacional bancaria, crediticia y económica que influye en ella; así como a soluciones comparadas para la obtención de fondos y la gestión de proyectos en el ámbito internacional. Aspectos, todo ellos, necesitados de un estudio en profundidad en nuestro país.

En cuanto al conocimiento social, no había estudios desde los análisis del INAEF de hace unos años, estábamos necesitados de un nuevo análisis de fondo *(El Sector Fundacional en España. Atributos fundamentales (2008-2012*), segundo Informe realizado J. J. RUBIO, S. SOSVILLA, M. A. GALINDO, INAEF, 2014). Estudios que se enmarcan en los señeros estudios de CABRA DE LUNA, y estos en los de SALAMON y la John Hopkins University de los años 90 del pasado siglo. Es preciso añadir que en la última década se han producido un gran número de importantes publicaciones sobre la regulación de las fundaciones y que esto ha ayudado mucho a que tales instituciones tengan un apoyo doctrinal para sus demandas de una mejor ordenación y el citado acompañamiento para sus demandas de más flexibilidad, etc.

En tal sentido ha llegado también el momento de señalar un punto que, de un modo u otro, apunta PIÑAR MAÑAS y otros autores en diversos lugares: la figura unívoca que ha sido y parece ser, hasta ahora, la fundación en nuestro ordenamiento parece necesario que se re-ordene si no en varias figuras. Figuras de tipo fundación, pero adjetivadas por su naturaleza más profunda. Como, de hecho, ocurre ya en la realidad: fundaciones públicas, fundaciones privadas «clásicas», fundaciones corporativas y bancarias; fundaciones de tipo asociación comunitaria con patrimonio adquirido «día-a-día». O, al menos, una figura única pero dotada de diversos regímenes jurídicos en cuanto a su ser, forma de gobierno, formación y supervisión pública que estén acomodados a la peculiar naturaleza de tales «modelos».

Lo cual, además y desde luego, exige, a continuación, unos sistemas más flexibles de patrimonialización, uso de la dotación, obtención de recursos, etc. Todo ello acompañado de un sistema administrativo de supervisión de carácter más asesor, con una aprobación de sus actividades conforme al fin que pretenden, y mucho menor «autorizacionismo» de actos y actividades en la línea tradicional del Derecho administrativo; que ralentiza y obstaculiza, pero, a la postre, no es ni suficiente ni efectivo. Este es el sentido que se apunta en algunos estudios recogidos en los citados trabajos de M.ª del Mar Andreu Martí (coord.), *y* A. Emparanza Sobejano (dir.), así como en J. C. ALLI TURRILLAS, «Un análisis

comparado de modelos resultantes en la regulación y supervisión pública de las fundaciones», en la *Revista Española del Tercer Sector* núm. (2016).

Pues bien, como puede verse estamos ante una obra fundamental, poderosa, completa y actualizada, que no elude —más bien al contrario— los aspectos fundamentales y los encara, además, con coherencia. Esta coherencia, así como su gran sistematicidad, no solo viene de la mano de una más o menos acertada selección de temas, que también, sino de la sintonía que se traduce en sus estudios más programáticos y de la labor de coordinación conforme a unos parámetros ordenadores y muy fundados en los intereses —derivados de la búsqueda individualizada por cada una de las fundaciones participantes del «interés general»; aspecto, por cierto, que se estudia en varios capítulos— individuales y colectivos del sector. Todo ello, además, permite al lector ubicarse muy bien en su debido contexto en cada uno de los puntos que lea, estudie o consulte. Cosa que no siempre ocurre en obras colectivas de esta naturaleza y que, al producirse aquí, dice mucho de la buena labor de coordinación y la enjundia de la obra por arte de la madurez de sus autores.

Sin perjuicio de que, en los últimos tiempos, también han aparecido otras obras —entre ellas los sucesivos *Anuarios de Derecho de fundaciones* que publica cada año Iustel en colaboración con la AEF— que, quizá, analizan y completan algunos aspectos particulares nacionales y extranjeros con algo más de detalle; lo que nos permiten trascender de la pura regulación nacional para evaluar otros países y otras legislaciones, estamos ante una obra brillante, necesaria, de consulta pero también para su lectura completa y exhaustiva, ordenada y pausada, para coger fondo de conocimiento, muy necesario para comprender y valorar una figura que, como la fundación, tiene un alma universalmente común y aceptada en pro del bien común.

Ricardo Luis 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 crítica 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

Calidad de Revistas Científicas Españolas
FECYT | FUNDACIÓN ESPAÑOLA PARA LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA | 2014