

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO
INMOBILIARIO



Año XCII • Julio-Agosto • Núm. 756

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 • Julio-Agosto 2016 • Núm. 756

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 Gáligo
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 Gáligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Consejeros

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

- DE LA TORRE OLID, Francisco: «Tratamiento conjunto del enriquecimiento y del empobrecimiento injusto para objetivar soluciones de equidad. Un estudio en torno a la causa negocial» / *Ensembled approach to both unfaier enrichment and impoverishment in order to objectify solutions for equity. A study about the business causa.....* 1801
- MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar: «La exclusión del hijo en la herencia del testador. (Una visión actualizada de la desheredación en el Código Civil)» / *The exclusion of children from the testator's inheritance. (An updated view of disinheritance in the Civil Code)...* 1847
- PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa: «Procedimiento y acuerdo de mediación. La formalización del título ejecutivo» / *Procedure and mediation agreement. The formalization of enforceable title* 1885
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «La absoluta desprotección del menor desde que se produce la ruptura parental hasta su judicialización» / *The lack of child protection from the moment of parental break-up to when it is brought before the courts.....* 1917

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

- BOTELLO HERMOSA, José María: «Los arrendamientos por temporada en la ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos» / *The seasonal Leases in the urban leases Law 29/1994 of november.....* 1959

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «Las casas cueva: un análisis de las cuestiones jurídicas que plantean» / *The cave houses: an analysis of the legal issues raised* 1993

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

- ESCAJADILLO CHIMAYCO, Francisco: «¿Sacrilégio del derecho de propiedad? Fe pública registral y falsificación de documentos en el Perú» / *Sacrilege of property rights? Public faith in registration and documents forgery in Perú* 2029

- VEGA CARDONA, Raúl José y PANADERO DE LA CRUZ, Ediltrudis: «Las reformas en materia del contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos en Cuba. Apuntes al Decreto-Ley No. 322/2014 y a la resolución núm. 33/2014» / *Reforms in the lease of urban property in Cuba. Notes to Decree-Law No. 322/2014 and Resolution No. 33/2014* 2071

**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 2103

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

- «Acoso escolar, responsabilidad civil y daño moral» / *Bullying, responsibility and moral damages*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 2189

1.2. Derecho de familia:

- «Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas en torno a la guarda y custodia compartida» / *Controversial questions and practical implications concerning the guard and custody*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 2204

1.3. Derechos reales:

- «Acerca del derecho de superficie urbano y sus “modalidades”» / *About the right of building and its forms*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 2246

1.4. Sucesiones:

- «El incomprensible uso como sinónimos de dos figuras jurídicas diferentes: el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria» / *The incomprehensible use as synonymus of two differents legals instruments: fideicommissum and trusteeship estate*, por Pedro Ignacio BOTELLO HERMOSA 2264

1.5. Obligaciones y Contratos:

- «Desistimiento unilateral del arrendatario de local de negocio y cláusula penal a propósito de la STS de 18 de marzo de 2016» / *The unilateral withdrawal by a tenant and the penalty clause concerned the Sentence of the Supreme Court March 18, 2016*, por Rosana PÉREZ GURREA 2281

1.6. Responsabilidad civil:

- «La responsabilidad del trabajo en equipo: una revisión jurisprudencial de sus principios con especial atención en el anestesista» / *Liability in workgroups: case law review of fundamentals, specially regarding anesthesists*, por Alfonso SERRANO GIL..... 2298

1.7. Concursal:

- «La exoneración de pasivo pendiente y la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad» / *Writing off bad debts and Law 25/2015 of 28 July on the «second-chance» mechanism*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS..... 2318

2. MERCANTIL:

- «La calificación del concurso por irregularidades contables graves, inexactitud grave de documentos aportados y retraso en la solicitud del concurso desde una

visión jurisprudencial» / <i>The status of competition for serious financial irregularities, inaccuracies grave of documents provided and delay in application of competition from a vision jurisprudential</i> , por María del Pino DOMÍNGUEZ CABRERA	2342
3. URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— «El derecho de reversión expropiatoria: su clasificación, constancia registral y requisitos para su cancelación» / <i>The right of reversion in favor of expropriated landowners: classification, registration and conditions for its cancellation in the Real State Register</i> , por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN.....	2360
4. DERECHO BANCARIO:	
— «El caso “Valores Santander”. A la espera de la casación tras la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales. (I)» / <i>The Santander securities case. Waiting for the Supreme Court after the contradictory doctrine of provincial appellate courts. (I)</i> , por Francisco REDONDO TRIGO	2377

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY
INFORMATION**

«Responsabilidad Empresarial», de AA.VV. (Dir. Esther Monterroso Casado), por Juan PALAU	2401
«Las uniones de hecho», de FEDERICO CANTERO y Antonio LEGERÉN, en tomo IV, volumen I de <i>Instituciones de Derecho Privado</i> , de AA.VV. por Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	2409

ESTUDIOS

Tratamiento conjunto del
enriquecimiento y del empobrecimiento
injusto para objetivar soluciones
de equidad. Un estudio en torno
a la causa negocial

*Ensembled approach to both unfaier
enrichment and impoverishment in
order to objectify solutions for equity.
A study about the business causa*

por

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

RESUMEN: Existe la necesidad de impulsar la preservación de la capacidad económica de la persona para que, desde la suficiencia patrimonial o la solvencia, sea posible afrontar el tráfico económico con mayor garantía de integridad ya que la realidad muestra un mercado muy convulso con graves desequilibrios que van desde el posible enriquecimiento (al amparo de una globalización que abre horizontes para superar la crisis centrada en la zona euro o en la frontera nacional), hasta el grave peligro de ruina (por razones tales como el problema del desempleo o del estallido de la burbuja inmobiliaria y la consiguiente caída

del crédito). Comprender que al Derecho no le agrada esa alta oscilación especulativa pasa por recorrer distintas soluciones positivas que apuestan, desde el referente de la causa negocial, por la estabilidad patrimonial y por enumerar principios informadores para legitimar esos preceptos y argumentos jurídicos. Con esa necesaria visión conjunta del rechazo tanto al empobrecimiento como al enriquecimiento injusto, se podrán normalizar e incluso objetivar fallos y preceptos que sirvan a ese reequilibrio, estabilidad y compensación. Resulta para todo ello aconsejable revitalizar el papel, significación y relevancia de la causa negocial con el fin de homologar en Derecho la atribución patrimonial, censurando cuando se desnaturaliza bien sea por excesos o por defectos. En suma, se trata de ir a la justicia del contrato y a la razón en Derecho, más objetiva y causal, de todo desplazamiento patrimonial dependiente de la autonomía de la voluntad.

ABSTRACT: The need of promoting the preservation of the economic capacity of the individual is set out so, parting from the solvency and the self-guaranteed liquidity, the economic traffic can be faced with a greater guarantee of the personal integrity provided that reality shows a market in the very middle of an upheaval with severe instabilities —from the possible enrichment (which takes place in the shelter of a globalization that opens horizons in order to overcome the crisis, being it focused in the euro zone or within national borders); to the grave risk of bankruptcy (due to reasons such as the unemployment issue, the crash of the real estate bubble or the fall of credit). In order to understand that Law is not comfortable with this high speculative oscillation we must go through the different positive solutions which implies, in the Business' field, a patrimonial stability, listing the informing principles with the aim of legitimising those Law precepts and arguments; and, from that needed point of view which rejects both unjust enrichment and impoverishment, also both mistakes and precepts that will help recover the balance, stability and compensation will be able to be normalised and even objectified. Because all of these reasons, it comes advisable revitalising the role, significance and relevance of the Business cause so the patrimonial attribution can be recognised in Law censoring whenever it becomes denatured for excess or for default. Going to the contract's justice and to the Law's reason in every patrimony movement dependent of the will's autonomy.

PALABRAS CLAVE: Empobrecimiento. Enriquecimiento injusto. Causa negocial. Integridad patrimonial. Nulidad. Anulabilidad.

KEY WORDS: *Impoverishment. Unjust enrichment. Business cause. Patrimony integrity. Nullity. Voidability.*

SUMARIO: I. APUNTES PRELIMINARES.—II. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y EL ENTORNO SOCIOECONÓMICO DONDE SE PROCLAMA Y EXPONE LA INTEGRIDAD PATRIMONIAL.—III. LA PROSCRIPCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO Y DEL EMPOBRECIMIENTO SIN CAUSA EN EL CÓDIGO PARA UNA VISIÓN INTEGRADA PARA NORMALIZAR Y UN TRATAMIENTO CONJUNTO INSPIRADOR DE SOLUCIONES A OBJETIVAR.—IV. PARTICULAR REFERENCIA AL ARTÍCULO 1901 DEL CÓDIGO CIVIL COMO REGLA GENERAL A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN DE LA CAUSA Y LA PROSCRIPCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.—V. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. APUNTES PRELIMINARES

La actualidad sugiere afirmar el compromiso social con la equidistribución de la riqueza así como la necesidad de impulsar la preservación de la capacidad económica de la persona para que, desde la suficiencia patrimonial, pueda afrontarse el tráfico económico con mayor garantía de integridad y solvencia. Y es que la realidad española muestra un mercado muy convulso donde se producen graves desequilibrios que van desde el posible enriquecimiento (cuando se recurre, por ejemplo, al comercio de escala al amparo de una globalización que abre oportunidades de superación de la crisis económica nacional y europea concurriendo en otros mercados internacionales más prósperos), hasta el grave peligro de ruina (por razones tales como una situación de desempleo prolongado o las derivaciones provocadas por el estallido de la burbuja inmobiliaria y la caída vertiginosa del crédito bancario —empezando por el préstamo hipotecario—), con consecuencias traumáticas sobre todo para las economías domésticas que han visto devaluados los únicos activos con los que contaban (las viviendas), obstaculizándose así su acceso al mercado financiero para obtener recursos con los que sanear su delicada situación patrimonial. Un delicado panorama de los hogares de nuestro país del que da cuenta el hecho de que se asista a veces a situaciones un tanto inéditas, casi históricas, de renuncia a herencias por motivo del endeudamiento grave del fallecido¹.

Es entendible que, además de la necesaria reacción frente a la injusticia material que representa un alto grado de empobrecimiento (legitimando la necesidad de debatir a favor de una renta básica) y también un excesivo enriquecimiento (hasta el punto de endurecer la progresividad en la tributación y exigir mayor transparencia y evitación de amnistías fiscales), al Derecho no le agrada esa alta oscilación especulativa, motivo por el cual resulta oportuno invocar distintas soluciones positivas que apuesten por la estabilidad patrimonial. Por tanto, habrá que reconocer que cuando la ordenación pasa por una reserva de ley será a la norma a la que le corresponda ofrecer una medida justa, guardando el referente

social en el que se inspira nuestro Ordenamiento Jurídico. De igual modo, habrá que asumir que el margen necesario que se ha de preservar a favor de la autonomía privada tenga que sujetarse a la justa causa o a que la voluntad negocial se homologue en Derecho conforme a lo que a este le da razón e informa.

La Constitución misma proscribiera la especulación o el enriquecimiento que no tenga base en la asunción de riesgos desde la inversión en un tráfico lícito que pretenda obtener una productividad. Esta Ley primera ordena además sujetar toda riqueza al interés general (*ex art. 129 CE*), solucionando el problema de la titularidad de los bienes de rendimiento económico con un sistema de derechos reales que respeta la propiedad, siempre que cumpla el presupuesto de una función social (*ex art. 33 CE*). Según las reglas del libre mercado, no cabe negocio lucrativo que no descansa en la causa u homologación por el Derecho de la contratación realizada y que la atribución patrimonial se sustente en la liberalidad o en la remuneración. Por tal razón, es inadmisibles una donación basada en la pura liberalidad sin que exista una verdadera gratuidad (algo difícil de reconocer, por ejemplo, cuando se espera el retorno de la dádiva realizada a favor de un cargo público en forma de beneficio para el donante, por lo que, en la dificultad de justificar un *animus donandi*, se acercará tal atribución al cohecho —propio o impropio—), como tampoco cabe hablar de justicia del contrato si existe desequilibrio grave que evidencie una carencia de causa.

Desde esos preceptos y argumentos jurídicos, y con esa necesaria visión conjunta de rechazo tanto al empobrecimiento como al enriquecimiento injusto, se podrán normalizar e incluso objetivar fallos judiciales que consigan ese reequilibrio, estabilidad y compensación deseados. Por todo ello, es aconsejable invocar la prohibición del enriquecimiento sin causa formulada en el artículo 1901 del Código Civil, como también, en este escenario de protesta por los excesos en la comercialización masiva de productos bancarios complejos, se debe determinar si el negocio jurídico decae por vicio del consentimiento² (sea el padecimiento del error o el de sufrir un engaño —principal argumento de defensa planteado en el comercio de las denominadas «preferentes»—), que sería un supuesto de anulabilidad, o si ha de decaer ese negocio según fórmulas más objetivas de nulidad radical por falta de causa, como es el caso de las «cláusulas suelo» (en tanto la falta de control de las estipulaciones abusivas que provoque un enriquecimiento injusto legitimará la impugnación por falta de causa). Cláusulas suelo cuya alta litigiosidad es abordada y explicada por RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, aunque este autor centra su reflexión principalmente en la falta de transparencia (RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, 2015, 1)³. La falta de control de condiciones abusivas que provoca un enriquecimiento injusto será el segundo argumento de defensa que toca hacer valer con mayor énfasis, sobre todo cuando se posee una información previa, por exigencia normativa⁴ y desde el mismo momento prenegocial, por lo que es más difícil, según reglas y protocolos de transparencia, esgrimir el argumento del vicio del consentimiento.

Sin embargo, en ciertos supuestos falta con frecuencia el equilibrio contractual. En tales casos, para reaccionar frente a la injusticia objetiva que plantea esa contratación, el argumento de defensa basado en la causa facilitaría la persecución judicial mediante el ejercicio de acciones colectivas y la búsqueda de la reposición íntegra al estado anterior a la apariencia de contrato, aprovechando también la generosidad de la imprescriptibilidad.

Y es que, junto a las aludidas y cuestionadas «cláusulas suelo», ciertos supuestos de atribución patrimonial habituales en nuestros días están pendientes de homologarse o de ser aceptados en justicia. Tal es el caso de las donaciones a personalidades políticas (cuestión distinta de la liberalidad hecha a favor de una institución con ánimo claro de obtener una ventaja fiscal) o del cobro de comisiones por parte de las entidades financieras (operaciones en las que, aunque no se ignora la realidad de la atribución ni existe vicio en el consentimiento, sí es preciso fundar su validez jurídica en la causa⁵, interpretando bien la norma⁶ y ponderando en equidad). También conviene acudir al referente de la causa para informar la validez de aquella relación laboral encubierta donde se abusa del vínculo de confianza personal, explicando con ella si existe una verdadera prestación de servicios (por ejemplo, en el caso de la «pasantía» del abogado⁷), y este mismo referente de la causa resolverá el supuesto de la donación encubierta que pueda existir en la transacción aparentemente onerosa pero concluida a muy bajo coste⁸.

Por demás, el tema de la causa explica algunas soluciones jurídicas acuñadas por nuestro Ordenamiento como es la de favorecer a quien ocupa una posición de parte débil contratante y es protegido, para reequilibrar la igualdad, por el derecho de desistimiento unilateral⁹ o la de afirmar, para quien soporta una mayor onerosidad, el *ius retentionis* (en efecto, al regular el mandato se reconoce a favor del mandatario el poder de retener en prenda las cosas que son objeto del mandato —artículo 1730 del Código Civil—, a diferencia de lo establecido para el comodato donde se dispone que el comodatario no puede retener la cosa prestada —artículo 1747 del Código Civil—, según se abundará en expositivos siguientes y que, en este contrato en particular, por razón de haber disfrutado el comodatario del bien ajeno, ya se comprueba, desde la perspectiva de la causa negocial, que sería abusivo que retuviese en espera de una liquidación).

También es determinante el referente de la causa para diferenciar cuándo el negocio nació nulo (caso de una «letra de peloteo» o carente de causa subyacente por falta de existencia de una transacción real) o cuándo devino ineficaz por frustración de la causa. Ciertamente, la causa no solo ha de estar presente en el momento inicial de la formación del contrato sino que ha de acompañarle igualmente durante su ejecución, de manera que la ausencia sobrevinida de causa permite al contratante afectado solicitar la modificación del contrato o incluso su resolución y, por ello, se podrá entender la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus*. De igual modo, en un caso más particular y abstraído de toda altera-

ción extraordinaria de las circunstancias, es posible apostar por la declaración de nulidad radical, en lugar de buscar en la revisión del contrato el grado de incumplimiento, cuando la falta de cumplimiento es de tal envergadura que hace decaer el negocio hasta el punto de difuminar su existencia en Derecho —por ejemplo, si en una compraventa, en lugar de atender el comprador el pago de un millón de euros, se abonan tan solo mil euros.

En estos apuntes preliminares hay que insistir en determinadas cuestiones de debate en torno a la causa. Primeramente, al debatir si la causa lo es de cada obligación en particular o del contrato en su totalidad¹⁰, es posible concluir que lo es la de la relación obligatoria y así se puede abarcar la ineficacia del contrato en conjunto o aceptar la solución de tener una cláusula por no puesta. Bajo el argumento de la causa se puede optar incluso por mantener una equidad y no librar de toda onerosidad al que se sumerge en un mercado por definición gravoso, a pesar de declarar la nulidad de la cláusula particular. En tal caso es más justo aplicar, en lugar de la nulidad radical de la cláusula que se califique como abusiva, el mecanismo de la integración con objeto de sustituir el contenido injusto por otro más justo en lugar de por nada. Con ello se dulcifica la desproporción existente sin desequilibrar una relación onerosa (en este sentido, por ejemplo, conviene evitar aplicar un interés del 30% rebajándolo al interés legal del dinero, antes que tachar la disposición de recargo de interés¹¹). No parece justo, no al menos en todos los casos, que un prestatario se libere de todo recargo de intereses en su demora porque se viera expuesto y justamente exonerado de soportar unos intereses moratorios abusivos. Siendo lógico que no resulte gratuito el negocio que se sujeta a una causa onerosa y que, en el referido supuesto, ha permitido disfrutar recursos ajenos del prestamista que producen intereses —y que por ello se definen, incluso, legalmente como «interés legal del dinero»— por lo que, en general, será lógico que el prestatario abone unos intereses fijados en sustitución de lo dispuesto en la cláusula de tal cómputo que se ha tenido por no puesta.

En segundo lugar, y a propósito de la relevancia de la causa para marcar la naturaleza de la relación jurídica, se debe diferenciar el vínculo personal del vínculo patrimonial, entendiendo que en aquel presidirá una consideración abstracta de la relevancia económica. Es el caso del negocio matrimonial en el que, ya en el debate de su celebración, se podrá impugnar el matrimonio contraído a cambio de dinero con el fin de obtener la nacionalidad, siendo considerado en fraude de ley (invocando el artículo 6.4 del Código Civil) y nulo de pleno Derecho. De igual modo, si durante el desenvolvimiento del matrimonio se produce una crisis o ruptura, su régimen ordenador estará sujeto a la búsqueda de la evitación del desequilibrio económico entre las partes y al intento de preservar un círculo parental, mediante el establecimiento del derecho de compañía, custodia o visitas a los hijos, sin que la capacidad económica determine ni influya en la solución jurídica que finalmente se adopte. Bajo esa premisa,

la atribución de la «patria potestad doméstica» se fija a favor del padre que posea mejor perfil para el cuidado de los hijos, atendiendo el interés supremo de estos, y no respecto del progenitor que tenga mayor capacidad económica para dispensar a los hijos mejores atenciones.

En tercer lugar, conviene traer a colación que, aunque antes del texto codificado se mantuvo la cláusula *rebus sic stantibus* y el recurso al enriquecimiento injusto frente a la injusticia del contrato, la codificación apostó luego por el *pacta sunt servanda* de forma rígida y muy excluyente; por lo que, en efecto, el recurso a la cláusula *rebus sic stantibus* se fijó como algo excepcional. Dicho lo cual, hay que recordar que el deber de cumplir lo prometido o de ser fiel a lo dicho y estar a lo convenido no es absoluto (DE CASTRO, 1985, 314-315)¹² en tanto siempre cabe someter tal imperativo a que el estado de las cosas no haya cambiado (esencialmente) y que, aunque el movimiento codificador abandonó tal cláusula (incluso con argumentos de seguridad jurídica y de Derecho Natural —en tanto la cláusula es odiosa porque tiende a anular la promesa—), tras la crisis que siguió a la Primera Guerra Mundial se prefirió volver a ella como correctivo de equidad. De igual modo, es legítima toda invocación que se precise en tiempos de crisis o de cambios sustanciales, precisamente como argumento de justicia para ofrecer una solución de equidad.

En cuarto lugar, constatando la fuerza que ha tomado actualmente la contratación *on line*, de la mano de esta emergente praxis, y a propósito de la causa, es posible comprobar que en contratos de naturaleza onerosa se introduce el alea a costa de la conmutatividad (o que las prestaciones estén determinadas y sean ciertas). De esta manera, se asiste a una nueva realidad jurídica al permitir que se conviertan en gratuitos ciertos contratos onerosos (algo más radical que aquella compraventa de esperanza, que se recuerda como antecedente y en la que el comprador asumía los riesgos de que la cosa pudiera no existir ya que compraba su expectativa o la esperanza; lo que es diferente de comprar a un precio que puede ser estimado tan considerablemente bajo que aboque a concluir que se ha modificado la causa), consecuencia de poder fluctuar la negociación e inclinarse a una bajada —incluso extraordinaria— de precios (redefiniendo relaciones particulares, aunque no el giro o tráfico empresarial que, en sus cuentas de resultados, arrojan saldos propios de la preservación de la contraprestación justa). Todo lo cual permite debatir, en función de cómo se concreten las contraprestaciones, si existe frustración de la causa y, por ende, el contrato pierde su carácter oneroso, resultando nulo como tal y admitiendo, en su caso, la conversión a contrato gratuito. De igual modo, en este escenario virtual con apariencia frecuente de gratuidad, la contraprestación puede llegar por distintos cauces permitiendo comprender, según la significación necesaria por razón de la causa, que hay una compensación con cargo a los presupuestos generales del Estado —caso de la copia privada— o que la utilización gratuita de las redes sociales se compensa con la cesión gratuita de datos personales¹³.

II. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y EL ENTORNO SOCIOECONÓMICO DONDE SE PROCLAMA Y EXPONE LA INTEGRIDAD PATRIMONIAL

La legitimidad de un eventual enriquecimiento se explica en un escenario de libre mercado proclamado, precisamente, por la Constitución Española —su artículo 38 se pronuncia a favor de esa economía de mercado— si bien, suavizando situaciones excesivamente liberales, se condiciona la acumulación de riqueza a que su producción y apropiación sirvan al referente social (*cf.* arts. 33 y 128 CE). De igual modo, procurando su corrección en Derecho, se explica y asume el posible supuesto de ruina o pérdida de fortuna ya que el Ordenamiento contempla numerosas situaciones para solucionar los eventuales estados de necesidad padecidos por las personas físicas y las empresas regulando figuras como la del cierre patronal, el despido por causas económicas, la cobertura por desempleo, la legitimidad para instar el concurso de acreedores o acordar la quita y espera, la tributación de la pérdida patrimonial, la renta de subsistencia o el subsidio a parados de larga duración¹⁴.

Todo ello debido a que la variabilidad de la capacidad económica de la persona, el riesgo del mercado y la generación de plusvalías se corresponden con la contratación y la confianza en el libre pacto o en la sola autonomía de la voluntad (como no puede ser de otra manera si se quiere abanderar la confianza en el consentimiento individual y la libertad personal) ya que en nuestro sistema no se impone un precio a las cosas¹⁵, por lo que, con base en razones de oportunidad, conveniencia, afección, etc., es posible obtener un lucro en el sobreprecio y cabe negociar, según la clase de causa, desde la mera liberalidad a la justa contraprestación pasando por la remuneración. En todo caso, se invita a la prudencia en el endeudamiento¹⁶, limitándose la autonomía de voluntad o evitando que si se pagó por error se recupere lo no debido salvo que se alegue justa causa (como es el caso del servicio prestado aunque no debido o los intereses abonados aunque no pactados). La autonomía privada preside nuestro sistema legal: la fuerza del consentimiento unilateral o bilateral para realizar una atribución patrimonial desde la sola voluntad (razonada) del disponente a la (justa) contraprestación entre las partes.

Bajo este planteamiento, tan solo es necesario observar la razón de la conmutatividad (referente informador de la idea de justicia que descansa en la importancia de la causa), siendo la equidistribución un elemento inspirador que suaviza el rigor de la norma o los posibles desequilibrios graves que puedan surgir. Por tanto, la justicia distributiva se corresponde (desde aquella consideración aristotélica favorable a la idea de compartir cargas y bienes entre los miembros de un sistema político) con el Estado Social, concebido este como aquel que proporciona un salario indirecto o aquellos servicios sociales tendentes a la cobertura de las necesidades de las personas, con ciertas concreciones de la

justicia distributiva sobre la preferente *justicia conmutativa* —a propósito de la causa y para entender que un intercambio de bienes y servicios puede producirse en un escenario de riesgo y liberal siempre que se compense socializando las situaciones de pobreza—¹⁷. En suma, existe un margen y se articulan unos medios para evitar que las causas de oscilación producidas en la esfera patrimonial de la persona que en Derecho son posibles se materialicen de manera drástica.

Justamente, es la propia Constitución la que prohíbe expresamente la especulación¹⁸ o que el enriquecimiento se detraiga de un mercado confiado a lo que resulte de la sola tensión de capitales sin una correspondencia con la inversión y producción de empleo y bienes, por lo que, como expresión de este criterio, se rechaza la especulación —art. 47 CE—. Así, en el Ordenamiento jurídico español, el problema político de la titularidad de los medios de producción y de los bienes de valor y rendimiento económico se resuelve con un sistema de derechos reales que está presidido por la proclamación de la propiedad privada (redefinida esta con una función social necesaria —art. 33 CE—), que se completa con la subordinación de toda riqueza al interés general (art. 128 CE), y con la configuración de España como un Estado social que posee, en virtud de ese apelativo, legitimidad para intervenir en la ordenación económica mediante el instrumento del plan y la asunción de la iniciativa y titularidad de la explotación necesaria para garantizar unos servicios y evitar desequilibrios del mercado (art. 129 CE).

El escenario que la normativa ha de plantear debe ser proclive a la realización de «negocios» en todo orden y a la conformación de situaciones de relevancia jurídica, máxime en un contexto de crisis como el actual. Pero sobre todo, porque no sería conveniente otra cosa si se quiere alcanzar una buena salud de la sociedad civil y favorecer a su vez la libertad, confiando en la iniciativa privada que se sumerge en un tráfico jurídico ordenado por la autonomía privada (de ahí la particular preocupación del legislador de nuestros días por incentivar el emprendimiento). Lo contrario sería un exceso de reglamentación y una falta de protagonismo de la sociedad civil. Por ello, se proclama el margen necesario de libre contratación y se impulsa tanto la facultad de establecimiento y ordenación de situaciones jurídicas como la pacificación del conflicto surgido en su desenvolvimiento. Motivo este último que explica el impulso dado últimamente en nuestro país a la mediación como mecanismo de solución extrajudicial de conflictos (adaptando la normativa interna española a la Directiva 52/2008 mediante la promulgación de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y su reglamento de desarrollo). Se trata de un instrumento negocial, el de la mediación, que favorece la equidad (paradójicamente más justa cuando, por medio de su recurso, se consigue la integración antes que la nulidad de todo) y permite alcanzar un mayor grado de dulcificación de las controversias frente a la rigidez de la norma.

El marco constitucional, además de proclamar principios como el de economía de mercado (o libre iniciativa privada desde la garantía de la titularidad

individual y colectiva de los bienes de rendimiento económico) y de preservación del referente social (a fin de evitar la existencia de monopolios y permitir la participación de la colectividad en las plusvalías de modo que la explotación de aquel rendimiento sirva al interés general), establece también, según se ha apuntado, el principio de justicia conmutativa, en coherencia con aquel escenario liberal, aunque con un extremo necesario de equidistribución (conforme se expresa en artículos como el 40 CE: o, según se tenor, la promoción exigida de las condiciones favorables para una distribución de la renta regional y personal más equitativa). Ese cuadro de principios se completa con el principio de integridad patrimonial y, por supuesto, con el principio de legalidad, tratando de evitar con ambos la despatrimonialización de la persona y garantizando que la ganancia y pérdida patrimonial se produzcan conforme a Derecho. Además, se puede referir otro principio de reciente consolidación como es el principio de prudencia financiera¹⁹, según el cual, antes que caer en un endeudamiento ruinoso, se ha de evitar la aventura económica para que toda alteración de circunstancias no se explique en base a la doctrina del *rebus sic stantibus*.

Estos fundamentos o principios informadores se concretan en distintos preceptos que, entre otras cuestiones, condicionan la expropiación al pago del *justi precio* (art. 33, 3 CE), equilibran la contribución al sostenimiento del gasto público según el principio de capacidad económica (art. 31 CE) y, mediante un sistema tributario progresivo, garantizan el derecho a trabajar a cambio de una remuneración suficiente para cubrir las necesidades propias y familiares (art. 35 CE) —añadiendo a ello de nuevo el referente social en los términos del artículo 41 CE que proclama la asistencia a todo ciudadano en situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo—.

No existe un Derecho justo sin esa garantía de la integridad patrimonial. En efecto, este es el argumento que sustenta todas las normas de calado social que se elaboran en épocas de crisis económica para reequilibrar situaciones de quebranto económico sobrevenido. No existe Derecho sin esa atención a la capacidad económica, ya que es moral y jurídicamente deseable, según ordena la Constitución y recuerda el más alto representante de la Iglesia Católica.

Como tampoco es posible en un sistema legalista y positivista la existencia de un Derecho sin la eficacia de la norma que rija para todos, tanto para los poderes públicos como para los ciudadanos (art. 9 CE). Es decir, un Derecho al que le agrada que se hagan negocios (en sentido coloquial) siempre que la aventura económica de la empresa quede sujeta a la ley y que, en el libre desenvolvimiento de la actividad económica, la iniciativa privada responda a una voluntad negocial que se deberá proyectar en un objeto de tráfico lícito y se deberá basar en una causa también lícita. Para mayor seguridad jurídica de las operaciones se dota a ese tráfico de refuerzos, tales como la confianza del Derecho en el compromiso obligacional que se adquiere por libre voluntad, explicándose así el principio de responsabilidad patrimonial universal (aunque

esta regla no excluya y se compadezca cada vez más de situaciones de limitación de la responsabilidad, ya sea por expresa disposición normativa —más excepcional respecto de la regla general—, ya sea por interpretación de equidad cuando, sobre todo según informa el referente de la causa, haya que dulcificar esa gravosidad).

El consentimiento, el objeto y la causa quedan acotados como requisitos esenciales del negocio jurídico y se enuncian de modo taxativo (excluyendo el requisito de la forma) en los artículos 1261, 1258, 1278 del Código Civil, evidenciándose así la exaltación del consentimiento y el respeto al compromiso con la persona que efectúa el Código Civil (elevando a precepto nuclear el principio de autonomía privada asentado en el artículo 1255 y proyectando tal regla a motor del Ordenamiento Jurídico). Bien es cierto que actualmente en la contratación en masa se difumina la relevancia de la voluntad, lo que permite hablar de la revitalización de la forma²⁰ y justifica que el presente estudio pretenda contribuir a reflexionar sobre el papel del requisito de la causa en el negocio jurídico, incluso a resaltar su protagonismo para evitar que por la mera formalidad parezca realmente querida la obligación. Es decir que, por ejemplo, cumplimentando impresos tipo de consentimiento informado o portando prospectos de información tecnificada parezca bien extraído el consentimiento del paciente o usuario; o que engrosado el expediente de estudio de un préstamo con los test del perfil del inversor, no quede bien identificado ni este perfil ni la voluntad negocial del cliente. Y es que lo fundamental en este momento del debate sobre algunos productos bancarios no es tanto saber si el prestatario conocía las condiciones financieras sino tener seguridad de que las conocía en toda su relevancia, pudiendo asumir todas sus consecuencias. En cualquier caso, en el supuesto de que quedase probado un desequilibrio económico sería conveniente desplegar una tutela mediante el control e ineficacia de condiciones abusivas²¹. A estos efectos, interesa recordar lo que se entiende por «cláusula abusiva» (art. 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo y en el art. 82 apds. 1.º y 3.º TRLCU), disponiéndose en el artículo 3.1 que «las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

Para no caer en la mera apariencia de buen Derecho (*fumus boni iuris*), para que una aceptación aparente del contrato sirva como elemento definitivo para entender asumido su contenido (por vía de consentimiento informado y no viciado) y para que tampoco la realidad contractual conformada se entienda incuestionable si provoca el indeseable desequilibrio, es preciso insistir en el papel que posee el elemento de la causa y entender que la voluntad para comprometerse y obligarse en Derecho se legitime (dentro del marco de respeto a la regla general de libre negociación, libertad de la persona y libre mercado) y se objective (por ejemplo,

según un referente general, cumpliendo una función social y sirviendo al interés general —arts. 33 y 129 CE—, y según un referente más particular, constatando la razón en Derecho de la atribución patrimonial producida).

Sin embargo, al mencionar el compromiso social afirmado desde la misma configuración del Estado y al justificar toda titularidad patrimonial real, han de evitarse los excesos populistas sobreprotectores (como son aquellos en los que se fundan las plataformas que ejercen su presión antidesahucios) o cualquier otro abanderamiento a ultranza del referente social (como el que esgrime el colectivo de afectados por las hipotecas), ya que unos y otros convierten en derechos lo que son principios con una mera dimensión programática o informadora (principios rectores que se proclaman en el texto constitucional —arts. 39 y sigs. CE—, bajo esa denominación y relativos a ese ámbito de la vivienda—art. 47 CE—).

Desde luego, no es un buen escenario de giro o tráfico comercial aquel contexto convulso en el que se producen enriquecimientos o empobrecimientos sin causa. Lógicamente, así debe ser en las relaciones patrimoniales o de contenido económico inmediato, aunque también en las relaciones personales. Por esta razón, el Derecho articula medidas para procurar la evitación de pérdidas patrimoniales o enriquecimientos injustificados. Un claro ejemplo de esos mecanismos jurídicos se encuentra en lo que establece el Código Civil para la evitación de desequilibrios cuando se produce la ruptura matrimonial, incluso en aquellos casos en los que falta el derecho subjetivo, como es el supuesto relativo a la mera expectativa de matrimonio. Así el caso, cuando se regulan los esponsales, con ocasión de la ruptura de la promesa de matrimonio, se obliga al que rompe dicha promesa a reparar el gasto provocado —arts. 42 y 43 del Código Civil—. Esta es una manifestación, por tanto, de lo afirmado reiteradamente en el presente estudio: la evitación del empobrecimiento injusto. Según esta argumentación puede merecer tutela jurídica no solo el quebranto de un derecho subjetivo sino también la frustración de una expectativa de derecho²², pudiendo hablar de causa prenegocial relevante jurídicamente para entender aplicable esa solución de equidad.

Es cierto que la realidad socioeconómica muestra una brecha social alarmante, sobre todo tras una crisis económica fuerte y alargada en el tiempo que ha provocado el aumento de las bolsas de pobreza y, lo que es peor, ha llevado a hablar, no sin cierta alarma, de pobreza entre personas empleadas, debido a la escasez y precariedad de las rentas salariales (realidad lamentable que, por demás, incumple el art. 35 CE), o entre la población infantil (incumpléndose, entonces, el artículo 39 CE y la proclamación del interés más digno de tutela) —según datos elaborados por UNICEF²³, INTERMON OXFAM o extraídos del Dossier del Estado de la pobreza en España en 2009 a 2013, encargado por la Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social.

De igual modo, también al amparo de una globalización, se habla de un aumento exponencial de cifras de negocio y resultados de explotación entre

intermediarios financieros y otros colectivos de empresarios que aumentan sus beneficios operando en mercados o sectores de producción considerados poco transparentes por ofertar un tipo de contratación «necesaria». Se trata de la contratación del suministro de energía eléctrica, gas, telefonía, comunicaciones, etc. en la que el contrato de adhesión difumina la libertad de contratación e incluso cuestiona la causa por la falta de igualdad y de contraprestación. Aunque, en puridad, se podría debatir si lo que existe es falta de transparencia o de conocimiento completo cuando se obliga al consumidor a perfeccionar un contrato a pesar de saberse gravoso debido a la necesidad imperiosa de acceder a ciertos servicios que se encuentran *cuasi* monopolizados.

Cabe advertir que la realidad actual analizada en el presente trabajo muestra la existencia de movimientos ciudadanos que tal vez puedan ser considerados alegales en tanto que, bajo el prisma del derecho de asociación, de expresión o de manifestación, su legitimidad se concreta en la configuración de meros movimientos de presión. Presión que se utiliza para servir de altavoz y visualizar la protesta de plataformas como Stop Desahucios que reivindican la dación en pago forzosa. Sin embargo, como se sabe, esta solución desnaturaliza la hipoteca y quiebra el principio de responsabilidad patrimonial universal por lo que, salvo que se pacte, al amparo de lo dispuesto en el artículo 140 LH, la limitación de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, se tendrá que estar a lo dispuesto en el artículo 105 LH; y ello sin perjuicio de que se dispongan legalmente una serie de supuestos en los que sí pueda entenderse a posteriori esa consideración del *aliud pro aliud* y que, con la subrogación real, quepa extinguir la deuda. Precisamente, a propósito de la causa, en la generalización de casos de ejecución hipotecaria y en evitación del enriquecimiento injusto debe tenerse presente lo dispuesto en la STS, 1.^a, del 13 de enero del 2015²⁴, que considera que cuando el acreedor ejecutante se adjudica la vivienda y luego la revende obteniendo una plusvalía se puede entender enriquecimiento sin causa.

También en nuestros días se padece, lamentablemente, una generalización de pagos o cobros indebidos recibidos por personalidades políticas²⁵ que se encuentran con causas judiciales abiertas por aceptar comisiones ilegales u obsequios que no obedecen a la pura gratuidad sino más bien al intercambio de favores políticos (es el caso de «los ERE's de Andalucía», de «la alcaldía de Alicante», de «la trama Gürtel», de «los papeles de Bárcenas» o de «la Operación Púnica»). Por desgracia, existe un alarmante número de escándalos de enriquecimiento de cargos públicos que se encuentran aún en vías de investigación²⁶ para intentar averiguar si se produjo el cobro de comisiones ilegales²⁷. En el esclarecimiento de algunos de estos supuestos se ha tenido que llegar a realizar un complejo análisis técnico-jurídico para depurar la causa del negocio (caso de las conocidas donaciones de un vehículo Jaguar o de unos chaqués a personalidades políticas de primera línea). Al margen de que existan escándalos de esta índole que provocan

primeras páginas en los medios de comunicación por su carácter caricaturesco, otros supuestos como el de la cesión de las denominadas «tarjetas Black» a altos cargos de Bankia merecen un mayor debate jurídico en torno a la causa negocial para determinar si en su utilización se estaba ante una retribución o ante un mero regalo. Incluso ciertos casos recientes han provocado una profusa actividad legislativa respecto del ejercicio de cargos públicos con el fin de fijar cuando existe verdadero *animus donandi*. En tales circunstancias, respondiendo al llamamiento a la honestidad del cargo público y repudiando todo abuso en el ejercicio de una tarea política obcecada por el enriquecimiento, se han dictado normas sobre transparencia de la información pública y buen gobierno²⁸.

Precisamente la Monarquía española, consciente del papel ejemplar que le corresponde, ha hecho un esfuerzo de transparencia limitando sus partidas presupuestarias y distinguiendo lo que es posible recibir en calidad de obsequio, porque es cuestión de protocolo o de pura liberalidad, de lo que debe rechazarse de plano, por ser excesivo o indebido bajo toda causa. Confianza en la solución normativa es posible evitar también mayor debate en los escenarios públicos en los que la voluntad negocial está limitada y se puede prescindir de esa labor de averiguar la causa si la propia norma es prohibitiva de la liberalidad o la acepta con exención tributaria.

En suma, en ese ámbito público, la atribución patrimonial escaparía a la libre negociación para descansar fundamentalmente en la fuente legal, lo que excusa un debate sobre la causa negocial para apostar por localizar la norma de cobertura. Ese sería el caso, por ejemplo, de la hipoteca legal²⁹, en la que puede exigirse su inscripción en cuanto nacida al amparo de la ley, frente a la hipoteca voluntaria, en la que la causa del negocio jurídico puede hacer decaer la ejecución por razón de lo estipulado abusivamente en el mismo.

A propósito de esta cuestión, aunque sin entrar a mayor abundamiento, conviene aclarar algunos supuestos más particulares, como es la atribución patrimonial percibida con ocasión de recibir una subvención pública que no provocará enriquecimiento en tanto se limite al objeto de servicio social prefijado en la norma que la establece, aunque sí puede haberlo si se produce una separación respecto de la norma en algún extremo como el relativo al titular —persona que resulte destinataria—. Por tanto, existen ciertas posibilidades extraordinarias de atribución patrimonial en el caso, por ejemplo, de la persona jurídica pública que por vía de subvención recibe unos fondos con cargo a partidas de presupuestos generales; como también se puede citar en el mismo sentido el caso de donaciones a favor de partidos políticos³⁰.

Un caso diferente al anteriormente expuesto es el de las donaciones incentivadas por los propios poderes públicos como manera de apoyar causas de interés general. En esas medidas políticas el *animus* se fundamenta en la obtención de un incentivo fiscal por parte del donante, además de sustentarse en una mayor o menor identificación con la causa concreta de la institución o fundación a la

que se pretende ayudar. La bondad de estos supuestos legitima su expansión y demanda una ley del mecenazgo más ambiciosa, tal como ha venido anunciando el Gobierno para atender la insistente demanda de distintas instancias³¹.

Por el contrario, es criticable que el Estado no estimule el enriquecimiento lícito y calculado desde la atribución patrimonial mediante el establecimiento de donaciones desgravables o de afecciones de patrimonio a favor de entidades fundacionales que le otorguen finalidad de interés o utilidad pública. Es igualmente censurable que el Estado sea causante de empobrecimientos por quiebra de la seguridad jurídica cuando, actuando contra el principio de legalidad, confianza legítima y garantía de estabilidad, dicta, por ejemplo, una norma mediante la que realiza una oferta no especulativa de incentivos a la inversión en un determinado objeto social y luego la anula. Se trata de lo sucedido con la derogación de la legislación de primas por inversiones en energías alternativas, y algo parecido acontece con la incoherencia política de posibilitar un mercado como el de la industria tabaquera para luego desincentivar el consumo de tabaco.

III. LA PROSCRIPCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO Y DEL EMPOBRECIMIENTO SIN CAUSA EN EL CÓDIGO: UNA VISIÓN INTEGRADA PARA NORMALIZAR Y UN TRATAMIENTO CONJUNTO INSPIRADOR DE SOLUCIONES A OBJETIVAR

Tradicionalmente, recogiendo doctrina asentada por O'CALLAGHAN MUÑOZ³², el enriquecimiento injusto ha sido proscrito en el Código Civil, como ya desde antes se recogía en dos textos del Digesto y en las Partidas (VII, 34,17), manteniendo el concepto que ha llegado hasta nuestros días según el cual «ninguno non debe eriqueszer tortizeramente con daño de otro», elevándose por la Jurisprudencia a principio general del Derecho.

De esta manera y de forma específica, se reconoce como fuente de obligaciones la modalidad del *cuasi* contrato, que exige la devolución del cobro de lo indebido. De igual modo, en base a ese argumento de justicia, se completa el régimen de los *cuasi* contratos con ocasión de regular la gestión de negocios ajenos sin mandato ya que, según doctrina del propio Tribunal Supremo (VÁZQUEZ IRUZUBIETA, 1988, 2751³³), la evitación del enriquecimiento injusto es la razón que informa el articulado de los *cuasi* contratos, asumiendo que su manifestación es diversa en tanto la obligación jurídica puede provenir de la voluntad negocial o del imperativo legal.

Por demás, se pueden seguir analizando otros preceptos recogidos en el Código Civil que, además de ir contra el enriquecimiento sin causa, fundamentan en Derecho la evitación del empobrecimiento injusto. Sin que esta contraposición sea una sola y simple forma de ver el lado activo o pasivo de una misma relación jurídica (aunque, en efecto, ordinariamente así acontezca³⁴) ya que se

puede hablar de una y otra posibilidad aunque entre el empobrecimiento y el enriquecimiento exista un correlativo directo. Para ejemplificar tal argumento bastaría con invocar el supuesto del acuerdo entre varias empresas para fijar un precio bajo de un servicio o producto determinado de manera que, aunque el consumidor se beneficia por la fuerza de ese abaratamiento, supone también el enriquecimiento de quienes copan y se aseguran el dominio de un mercado, contraviniendo con ello la normativa sobre competencia.

El Ordenamiento jurídico cuenta con un cuadro de soluciones particulares de Derecho positivo que afrontan el enriquecimiento injusto, tal como se examinará más adelante. Junto a ese cuadro de soluciones se encuentran también preceptos generales como pueden ser la proclamación misma de la responsabilidad civil que se dicta con la pretensión del reequilibrio completo de la reparación integral, de la evitación del lucro cesante y del daño emergente (*ex arts. 1101 y sigs., y 1902 del Código Civil*). Precisamente, situados en esta teoría general de la responsabilidad civil, se contempla como elemento informador de la solución de justicia la proscripción del enriquecimiento y la evitación del empobrecimiento sin causa, bien cuando se sigue la línea de *cuasi* objetivación de la culpa, donde tiene cabida y se hace valer el lucro perseguido por la empresa (según razona la jurisprudencia dictada con ocasión de ventilar asuntos relativos a accidentes deportivos), bien cuando se mide la prevalencia de un derecho de la personalidad sobre otro para decidir cual es más digno de tutela o cómo y por cuánto reparar el derecho quebrantado (caso frecuente de tensión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión). Preceptos estos que se pueden relacionar en tanto sirven a escenarios o situaciones jurídicas dispares y explican unos principios generales, siendo a la vez expresión de unos valores y referentes éticos y morales. Como ejemplo de esta afirmación pueden invocarse distintas figuras e instituciones iuscivilistas: la donación, la prodigalidad, la ausencia... En ellas se va desde la regla que prohíbe donar todo el patrimonio personal (art. 634 del Código Civil), mandando guardar lo necesario para vivir, hasta la solución de nombrar administrador del patrimonio del ausente (art. 181 del Código Civil), evitando el abandono y quiebra de los negocios del mismo, pasando por la medida que declara la incapacidad del que dilapida y malgasta de forma desordenada y arbitraria (art. 286 del Código Civil), impidiendo la ruina de esa persona y, por ende, de los dependientes de esa economía o patrimonio personal, o acabando por admitir la excusa del vendedor para no entregar la cosa si tiene la certeza del impago del comprador (art. 1467 del Código Civil).

En esta misma línea y argumento de evitación de la ruina o quebranto económico, es posible localizar y explicar soluciones legales recogidas en nuestro Código: la de evitar el empobrecimiento y el enriquecimiento en el cargo tutelar (y, por extensión, en el ejercicio de la guarda legal —arts. 220 y 221 del Código Civil—); la de considerarla extinción del contrato de arrendamiento por

pérdida gravosa de esa cesión de uso y goce pacífico que caracteriza de modo definitivo su derecho (al amparo del art. 1558 del Código Civil); la nulidad de la transacción o renuncia a la legítima imponiendo que el que reclame deberá traer a colación lo recibido por aquella renuncia (art. 816 del Código Civil).

Además se pueden enumerar otras tantas medidas de evitación del empobrecimiento como son las que explican la regulación de la liquidación del estado posesorio (con una manifestación expresa recogida en el art. 487 del Código Civil) o las que recargan la responsabilidad en esa situación posesoria, por su prórroga más allá de lo negociado —y, por ende, por la pérdida del título y su causa, como se dispone en el comodato al determinar la responsabilidad del comodatario por pérdida de la cosa si la conservó en su poder más tiempo del convenido, incluso si la pérdida sobreviene por caso fortuito (según el art. 1744 del Código Civil); siendo esa causa gratuita del comodato la que explica también que el beneficiado-comodatario asuma los gastos ordinarios necesarios para el uso y conservación (art. 1743 del Código Civil)—. Este razonamiento de evitación del empobrecimiento en base a la causa negocial es el que sustentaría lo dispuesto para el contrato de depósito, aunque aquí lo que se dispone para responder a aquel argumento de justicia es un *ius retentionis* (art. 1780 del Código Civil) que equilibra una situación en la que el depositario ha servido al interés del depositante y, habiendo generado un derecho de crédito contra este, no debe soportar mayor onerosidad.

Abundando en soluciones varias recogidas en el Código Civil a propósito del rechazo al enriquecimiento injusto, se halla la obligación de devolver lo encontrado. Y ello porque la titularidad de otro impide consolidar el dominio si no existe causa jurídica de adquirir. Casos distintos serían los dos siguientes: primero, el de la ocupación por encontrar una *res nullius*, ya que nadie ostenta titularidad alguna y no existe debate en torno a la causa, y segundo, el de la adquisición *a non domino* a favor del tercero hipotecario si se cumplen todos los requisitos enumerados en el artículo 34 LH, donde el debate sobre la causa negocial se elimina por la fuerza de los principios de seguridad jurídica y fe pública registral.

Sirven además al reequilibrio patrimonial y a la evitación de enriquecimientos y empobrecimientos las soluciones que pretenden compensar pérdidas por el ejercicio de un derecho de retracto (art. 1518 del Código Civil, que condiciona este ejercicio a la obligación de reembolsar al comprador no solo el precio sino también los gastos del contrato y los gastos necesarios y útiles) o en base al saneamiento por evicción (art. 1478 del Código Civil que da derecho al comprador para exigir al vendedor, junto con la restitución del precio fijada al tiempo de la evicción, la compensación de otras partidas como los gastos del contrato o las costas procesales). Como también se preserva la causa impidiendo un exceso de la obligación accesoria, al no permitir que se afiance en más de lo adeudado por el deudor principal (art. 1826 del Código Civil), o

cuando, en la propia regulación de la fianza, se posibilita la reclamación antes de desembolsar, neutralizando el eventual empobrecimiento gracias a la acción prevista en el artículo 1849 del Código Civil.

Así se comprende, además de la solución particular dada en cada uno de los distintos supuestos en que se contempla ese necesario reequilibrio, que se interprete y resuelva a favor tanto de la nulidad del negocio por la falta de causa como de la posibilidad de que, aun existiendo el negocio, se frustre la causa al quedar este sin basamento (ESPINAR LAFUENTE, 1969, 111³⁵). No sin dejar de advertir que son complejas y difíciles las distintas situaciones que se pueden vislumbrar según el negocio decaiga por onerosidad extraordinaria, por razón del *rebus sic stantibus*, por dificultad extraordinaria en el cumplimiento, etc... lo que hace comprensible, entonces, ciertos referentes jurisprudenciales (SSTS de 23 de abril de 1991, de 26 de junio de 2008).

Esta necesaria comprobación de la existencia de la causa negocial (junto a la apreciación de que aún pudiéndose reconocer causa en el basamento del negocio esta puede luego haber decaído) abre el camino a una mayor tutela del deudor (como la operada por la Ley 1/2013 de reforzamiento de la protección del deudor hipotecario) y ya en la vía negocial³⁶ (en ese escenario preliminar contemplado por el art. 1861 del Código Civil cuando regula la promesa de hipoteca, antecedente de una constitución de derecho real de hipoteca), se puede apreciar el desequilibrio entre partes del contrato inicial (y, por ende, la falta de causa que solo era aparente) con la posible invocación del artículo 6 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, para decidir, ante la contradicción de las partes, a favor de la cláusula más beneficiosa para el deudor (si la tasación del bien se dispuso unilateralmente y/o si esa tasación es menor que la deuda, hasta posibilitar que el deudor tomara legítima confianza o expectativa razonable de que con ese bien se saldaba la deuda). Este es el argumento que motivó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 14 de marzo de 2013³⁷, cuando al ventilar una ejecución hipotecaria, revisó la causa del contrato y su posible contenido integrado con cláusulas abusivas, pronunciándose finalmente contra esa ejecución.

De igual modo, se podrá dispensar mayor tutela al deudor —en base a la causa y a pesar de reconocer su existencia inicial, por razón de su decadencia o frustración— cuando, por ejemplo, en una ejecución hipotecaria deba revisarse un contrato de larga duración que ha perdido el equilibrio por razón del cambio de circunstancias (inspirados en la doctrina asentada en la STS de 13 de enero de 2013). Claro está que deben sobrevenir circunstancias imprevisibles que supongan una grave alteración extraordinaria y provoquen una desproporción exorbitante y que debe mantenerse que la invocación de este criterio no puede convertirse en algo habitual ya que posee reparos importantes como los planteados por la SAP de Murcia (sección 4.^a), de 27 de enero de 2013, que calificó de extravagante el recurso a la cláusula *rebus sic stantibus* por con-

siderar que la crisis económica no es argumento suficiente para entender que opera la desproporción.

En la misma línea se encuentra el rechazo al abuso de derecho (art. 7 del Código Civil) cuando decae la tutela jurídica por extralimitarse el margen de interés legítimo protegido en Derecho (que será el que constituya el contenido justo del particular derecho subjetivo). En tal ordenación no se duda de un consentimiento ni de un objeto pero sí de una sinrazón en la causa. Y es que, en efecto, en los últimos años preocupa la contratación masiva de productos bancarios complejos en los que han podido padecerse vicios del consentimiento (por error o dolo) y con los que, a la postre, se ha empobrecido un gran colectivo de adquirentes que poseían un perfil de usuario más que de inversor. Sin embargo, al insistir en analizar el papel de la causa, se esgrime otro argumento de justicia y fundamentación legal que es útil para defender, por ejemplo, el cuestionamiento de las «cláusulas suelo» en base a que exigen un cobro indebido por haberse frustrado la expectativa del consumidor, provocando con ello una oscilación del mercado solo favorable en una dirección. Todo lo cual conlleva que, en estos supuestos, el debate no se centre en el consentimiento informado y en la transparencia sino que se sitúe en la impugnación de las condiciones generales de contratación, objetivamente abusivas, que decaen por causa de nulidad (al amparo del precepto general recogido en el art. 1261 del Código Civil y, solo indirectamente, por el art. 1300 del Código Civil) y por la posible ilicitud de la causa (conforme al art. 1305 del Código Civil).

En muchas ocasiones se ha debatido sobre la pureza y eficacia del consentimiento, sobre todo en la contratación adhesiva y en las relaciones de consumo, cuando una parte contratante accede a un mercado complejo o de productos de alto riesgo. En tales casos, la contienda judicial ha pivotado en torno a la averiguación del conocimiento por parte de un usuario no experto que compra envuelto en cláusulas oscuras o técnicas (incluso directa y dolosamente inducido). Es decir, en estos litigios los tribunales se han preocupado más en depurar el consentimiento que en comprobar la justicia de las condiciones generales de contratación (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2015, 611-612)³⁸, se han ocupado de la exhaustividad y transparencia en la información suministrada al consumidor para garantizar un consentimiento informado³⁹.

Sin embargo, en el presente estudio, se pretende impulsar la relevancia de la causa, incluso la necesidad de analizarla en aquellos casos en los que la ineficacia de la contratación se ha venido razonando por parte de la doctrina científica y judicial más por un vicio de consentimiento o, incluso, por su inexistencia. Es lo que ocurre en la fijación de un suelo de un 4% de interés bancario y de un techo de un 14% puesto que en tal situación se produce un beneficio asegurado para el prestamista, por el suelo establecido, y un inaccesible escenario de beneficio para el prestatario, por el techo marcado, a lo que se une la falta de causa en el enriquecimiento de la imposición de un límite a la baja. En estos

casos es útil la tarea de depuración de la causa puesto que ayuda a recordar que la preocupación no es solo saber si el prestamista conoce unas cláusulas sino si realmente conoce todas sus consecuencias —conforme se razonaba en la sentencia anteriormente citada de la Audiencia Provincial de Pontevedra, SAP de Pontevedra de 11 de mayo de 2015—; y si, por encima de ese consentimiento, en su caso bien informado, conformado y prestado, se debería estar a un control de cláusulas abusivas y al restablecimiento de un desequilibrio importante en derechos y obligaciones. Respecto de la concreción del concepto mismo de cláusula abusiva, si ya antes se citó el tenor del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, se puede traer a colación el contenido mismo del artículo 82 de la LGDCU que ha permitido que se detecte también el desequilibrio contractual y, por ende, su falta de causa según queda avalada con pronunciamientos como el dado en la sentencia TS (Sala Primera) de 22 de abril de 2015 (Rec. 2351/2012). Este fallo judicial fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores sea considerada abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. Permitiéndose, en definitiva, servir a la objetivación de soluciones en base a la causa y para la evitación del desequilibrio económico o empobrecimiento injusto (ahora consolidando la expresión «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones» y antes de la reforma de esta ley general de defensa de los consumidores refiriéndose al «justo equilibrio de las contraprestaciones», tal como se recuerda en la STS de 6 de junio de 2012).

Llegado este momento del trabajo es necesario destacar la falta de causa en el control de las condiciones generales de contratación y el posible reconocimiento de cláusulas abusivas que pueden afectar *ab initio* al contrato. Hay que advertir además de la posible decadencia de la causa a posteriori, si se frustra la expectativa negocial, o de la precisa conversión de la causa, si se detecta una simulación. En todo caso, es esta vía del control de las condiciones generales de contratación y la invocación de su articulado (arts. 2, 5, 6, 7, 8.1, 9 y 10 de la LCGC), así como, supletoriamente del Código Civil, lo que permite acercar, la tutela a los consumidores y a las empresas (SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2015, 690)⁴⁰ que, como adherentes merecen una especial tutela, en cuanto se dé y sufran una falta de información suficiente o, en cualquier caso, se genere un desequilibrio grave, injustificado, rompedor de la causa.

De igual modo, llegados a este punto, en el esfuerzo por depurar la razón de la nulidad, si radicada en el consentimiento, en su viciada formación; o si radicada en la causa; se afirma que cabrá estimar compatible la ineficacia de la contratación (en particular la contratación financiera masiva de productos complejos e hipotecaria) en dos vertientes: de un lado, con base en una falta de transparencia y en el suministro de información oscura o altamente técnica que viciaría el consentimiento y legitimaría el ejercicio de la acción de

anulabilidad; de otro lado, con base en una quiebra o frustración de la causa, derivada de una resistencia generalizada por parte de las entidades financieras a retirar estas cláusulas, obligando a los afectados a acudir a los tribunales que vienen declarando, en la mayoría de los casos, la injusticia del contrato que, a fuerza de su frecuencia, demuestra una objetiva sinrazón —excusando averiguar en el caso de cada adherente cual fue el grado de conocimiento y de asunción de riesgos— (RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, 2015, 1)⁴¹.

Este esfuerzo por objetivar la posible causa de ineficacia del contrato, con base en una persistente insistencia en mantener un desequilibrio con cláusulas abusivas, encuentra fundamento además en la apelación a la cláusula *rebus sic stantibus* si se considera y asume que realmente la crisis económica es una circunstancia de tal gravedad que produce una variabilidad extraordinaria capaz de justificar la revisión del contrato y la quiebra del *pacta sunt servanda* a favor del deudor (ANGUITA RÍOS, 2014, 2050)⁴². Admitiendo, eso sí, que esta doctrina del *rebus sic stantibus* es excepcional, es decir de existencia y aplicación estrictamente por la Jurisprudencia y de carácter extraordinario, en función de que concurren los requisitos que compila CASTIÑEIRA JEREZ⁴³: alteración extraordinaria, imprevisibilidad, inimputabilidad al tiempo de exigencia de la obligación, con desproporción exorbitante que provoca un desmantelamiento del contrato por aniquilación del equilibrio entre las prestaciones.

Resulta preciso insistir, entonces, en las dos posibles situaciones jurídicas que se pueden plantear: de un lado, la nacida sin causa que, por tanto, no es propiamente jurídica sino solo en apariencia; y de otro, la nacida con causa, aunque esta decaiga a posteriori al producirse una frustración de la misma que viene provocada por las partes o que está desencadenada por la alteración extraordinaria de las circunstancias, lo que permiten apelar a la cláusula *rebus sic stantibus*, y por supuesto, siempre que concurren los requisitos antes aludidos (distinguiendo no obstante el caso en que se aplique esta doctrina al consentimiento si se aprecia que no se pudieron o no se debieron asumir los riesgos del contrato o los derivados de la obligación por ineptitud para preverlos y para hacerse cargo de ellos).

Ciertamente, la regulación dada por el Código Civil a la causa es insuficiente. Bien es verdad que hay que advertir que este texto principal carece de una teoría general del negocio jurídico. En todo caso, el Código deja claro que la causa es un elemento esencial de todo negocio (art. 1261 del Código Civil) y que el negocio abstracto es admisible en cuanto puede no haber expresión de causa alguna, más no cabe que esta falte o que existiendo sea ilícita (art. 1275 del Código Civil).

Dentro de los escasos preceptos del Código dedicados a este tema se encuentra el artículo 1274 del Código Civil que realiza una enumeración suficiente de causas: la causa onerosa, la remuneratoria y la que consiste en la pura liberalidad. La primera causa citada hace entendible la justa contraprestación

entre partes (que permite la solución recogida en el antes aludido art. 1467 o el más fácil precepto recogido en el art. 1466 del Código Civil, menos forzado en cuanto que es lógica la inmediata concreción del art. 1124 del Código Civil). Con la segunda de las clases de causas se legitima, por ejemplo, el abono del servicio recibido aunque el pago no fuera debido. Aquí encuentran fundamento soluciones que, basadas en la voluntariedad del pago, añaden la capacidad para reembolsarlo —como ocurre en el simple préstamo si se abonan intereses no pactados, según el art. 1756 del Código Civil—. Y este mismo tipo de causa opera en los casos del albacea, el tutor, el mandatario y otros prestadores de servicios que por definición no son retribuidos, explicando que estos puedan recibir algún tipo de compensación que impida que se empobrezcan. Para terminar, en la citada relación de causas aparece referida en último lugar la pura liberalidad. Esta liberalidad existe en toda donación (art. 618 del Código Civil) y hace comprensible que el artículo 1901 del Código Civil excuse la devolución del cobro indebido siempre que se pueda alegar liberalidad u otra justa causa.

A propósito de la eficacia de la causa y de como opera en el negocio se puede abrir una relación de supuestos que ejemplifiquen la relevancia del elemento causal y el motivo por el que se ha de perseguir jurídicamente la manipulación de la causa. Uno de estos supuestos lo constituye la simulación de una causa aparentando un negocio oneroso que realmente está basado en la liberalidad (se puede pensar en la donación a un hijo declarada como compraventa para aminorar el coste fiscal). Otro caso sería aparentar una pura causa remuneratoria cuando en verdad se está ante un supuesto ajustado a la justa contraprestación por causa onerosa (caso en el que se justifica un servicio como no debido, aparentando una ayuda basada en la confianza o la amistad, pretendiendo disimular una relación laboral encubierta —por ejemplo pagando con un viaje la ayuda que realiza el hijo en el negocio del padre—). Un supuesto diferente es aquel en el que se aparenta una causa onerosa que, ciertamente, solo es remuneratoria (por ejemplo, cuando se aparenta un servicio profesional por una persona carente de cualificación no se genera derecho de cobro por contrato, aunque en realidad existe un servicio prestado que, aunque no debido, puede ser compensado —supuesto doméstico del que recibe ayuda de un vecino en la reparación de hogar—) o, por el contrario, cuando se quiere afirmar como gratuita la situación negocial en la que hay que contemplar una causa onerosa (caso en el que el mediador de la compraventa de un inmueble reclama honorarios y el que resulta aprovechado por su gestión niega el pago arguyendo que no se trataba de un intermediario oficial por lo que actuaba desde el desinterés).

A mayor abundamiento se puede aludir a otros supuestos en los que la causa opera para fijar en Derecho el caso. Por ejemplo, cuando la ley exige la consideración onerosa de la relación que se quiere hacer valer como gratuita (desde este punto de vista actuaría contra la normativa de competencia el profesional que regalase sus servicios o excusase, incluso, la facturación y el

correspondiente recargo del IVA). Bajo la misma perspectiva, en un escenario de sacrificio patrimonial se puede cuestionar que haya ventaja por gratuidad, reaccionando entonces la Administración Tributaria con la presunción de onerosidad (caso de las relaciones de vecindad donde se aprovecha el servicio de plaza de garaje gratuitamente, en tanto a la propiedad —empresa dedicada a los alquileres de esas plazas— no le interesa transparentar la contratación porque ha optado por el precario, en base a esa relación amistosa; o se disimula una auténtica contraprestación, prefiriendo la propiedad aparentar el precario para evitar una imputación de rentas que le perjudique —por ejemplo, al jubilado en su pensión—).

No se ha de permitir, en efecto, que se produzca un enriquecimiento injusto ni un empobrecimiento sin causa. Es el razonamiento por el cual se limita el *quantum* de la donación (según el aludido art. 634 del Código Civil) y se legitima la revocación por el donante que, descansando en la liberalidad, se ha visto sorprendido por nuevas circunstancias de ingratitud (evidenciando que su *animus donandi* no era lógico) o de supervivencia o superveniencia del hijo (arts. 644 y 648 del Código Civil) que también debilita aquella pureza de *animus* si a su consentimiento se le hubiera sumado la carga de atender a otras personas dependientes económicamente (aunque también esta causa de revocación, por supervivencia o superveniencia, se comprende en relación no solo a la causa sino al objeto ya que se ha reducido el caudal disponible por la donación sin tener en cuenta que, en las circunstancias del donante existían esas personas a cargo). Distinto será que, sin responder a un *animus* puro, en sentido subjetivo —queriendo realizar la liberalidad por puro sentir de atribución patrimonial—, se pueda homologar en Derecho una donación impuesta (alimentos entre parientes —artículo 142 del Código Civil— como también, en este ámbito del deber de alimentos entre parientes, es posible excusar la obligación por falta de causa cuando el hijo falte a la lealtad y mantenga una actitud de rechazo a la búsqueda de rentas propias). Cabría además homologar en Derecho una donación interesada, por ejemplo, por razón de ofrecer incentivos fiscales a la ayuda a instituciones de interés público. En esos supuestos de falta de un sentir se puede objetivar la causa con base en motivos de solidaridad o del deber de afectar la riqueza al interés general.

En todo caso, como el Derecho no desea el empobrecimiento resuelve los riesgos en la compraventa según un argumento de justicia material, solventando la polémica *res peritemptori, res peritvenditori* con base en la solución justa que aporta la Ley (arts. 1152, 1096 y 1182 del Código Civil) asignando al comprador ese riesgo. Por el mismo motivo el Derecho ofrece otras soluciones legales tendentes a evitar la pérdida patrimonial: en casos ya aludidos como la ausencia (art. 181 del Código Civil), la prodigalidad (art. 286 del Código Civil) o la compensación al tutor o al albacea. A mayor abundamiento, igual preocupación en la evitación del empobrecimiento late en el debate sobre la

causa una vez que se detecta la injusticia de una cláusula suelo o al impulsar la reforma de la ejecución hipotecaria (operada por la Ley 1/2013), consecuencia del desequilibrio y pérdida de la justicia que produce ya en el momento anterior, en el contrato, a donde hay que retrotraerse para depurar y homologar la causa. Del mismo modo, se ha de profundizar en la fijación de la «verdadera causa» evitando que la «aparente causa» sirva para separar operaciones que, en realidad, están vinculadas —por esta razón se exigirá que desde la traba se consiga justificar un impago a un prestamista que obtuvo la financiación para pagar un servicio de otra empresa que, en puridad, no era un tercero ya que no había ningún extraño en el concierto de ambas empresas, una financiadora y otra prestadora, y ambas estaban ligadas en el mismo negocio.

En el debate civil, al quedar reservado el *ius puniendi* al ámbito del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador, se entiende que no cabe la aplicación de la doctrina del castigo ejemplar (*punitives damages*) por lo que se refuerza el criterio civilista de sostener un equilibrio y una compensación económica recíproca antes que una mayor onerosidad (salvo algunas excepciones, como por ejemplo la regulada en el artículo 7 LPH que prohíbe la realización de actividades molestas y sanciona tal conducta diciendo literalmente que «si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años»⁴⁴). En consecuencia, se entiende que estemos en un terreno muy sometido a debate y a determinación judicial, a excepción de supuestos en que, por ley, se fija el *quantum* de onerosidad y se prohíbe un empobrecimiento —se trataría de la situación, en base a la accesoriedad como nota esencial, en la que un avalista quisiera garantizar un mayor débito que el deudor principal (*cf.* art. 1826 del Código Civil)—. El referente de la causa resulta sumamente ilustrativo para entender la ordenación que hace el legislador de la fianza, antes con la nota de la accesoriedad, impidiendo el empobrecimiento excedido de la onerosidad de la deuda del principal y legitimando luego el accionamiento del fiador para que no soporte una onerosidad extraordinaria respecto de la posición del deudor principal, por lo que el artículo 1843 del Código Civil dispone que el fiador puede proceder contra el deudor principal aún antes de haber pagado.

La disposición patrimonial que empobrece al que realiza la atribución se compensa con ciertas soluciones jurídicas como, por ejemplo, la alusión a la capacidad de revocar que posee el donante. También, si el disponente actúa no trasmitiendo por donación una propiedad, cediendo en precario o prestando en comodato se entiende que puede acogerse al artículo 1749 del Código Civil para obtener la devolución anticipada (alegando «urgente necesidad») o en cualquier momento —como permite el artículo 1750 del Código Civil («si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada y este no resulta determinado por la costumbre de la tierra»).

En general, toda liquidación del estado posesorio ha de conducir hacia la evitación del empobrecimiento injusto. Incluso, para asegurar la justicia del mismo, se permite el *ius retentionis* en algunos supuestos y por razón de la causa del contrato, según lo expuesto anteriormente. Por ejemplo, a favor del depositario, tal como establece el artículo 1780 del Código Civil; a favor del acreedor pignoraticio, según el artículo 1866 del Código Civil; y también, en la misma sede de los derechos reales, a favor del usufructuario, según el artículo 502 del Código Civil, y del mandatario, según el artículo 1730 del Código Civil. A diferencia de lo que ocurre en el comodato —art. 1748 del Código Civil— en el que se rechaza tal privilegio de retención ya que, a pesar de su posible derecho de crédito por asunción de costes que sean debidos por el comodante, la ejecución del contrato ya le ha reportado beneficio en base a ese uso gratuito de lo prestado. En efecto, en este préstamo de comodato no se contempla la retención por el comodatario de la cosa prestada con el pretexto de que se le deba, a diferencia de aquel mandatario o depositario (como también del acreedor pignoraticio y del mismo usufructuario con sus obligaciones de conservar y cuidar de modo diligente y por ello gravoso que ya venían soportando el sacrificio de atender el interés de la otra parte como para hacer más gravosa su posición por un coste que le es debido). Y, a mayor ilustración de medidas legales para reaccionar frente a la frustración de la causa y del empobrecimiento injusto, debe hacerse referencia a la ineficacia de los contratos con base en la rescisión por lesión (hoy limitada en los arts. 1290 a 1299 del Código Civil).

Para comprender algunas situaciones materiales de cierta complejidad es preciso apreciar la relación que existe entre las varias fuentes de las obligaciones. Solo así se puede entender que lo que nace como *cuasi* contrato se convierta en contrato al quedar ratificada la gestión, o se puede comprender que la obligación surge porque el vínculo contractual se desvirtuó y se extralimitó (arts. 1725 y 1891 del Código Civil). En el primer caso la justicia llega por el pago proporcional al interés o provecho del *dominus negotii*, y en el segundo caso el empobrecimiento se evita pagando todo daño que el gestor haya provocado, aunque sea con una actuación lícita (art. 1887 del Código Civil) —en tanto que si la extralimitación del gestor es culpable e ilícita su responsabilidad será exigible, lógicamente, pero en base al artículo 1902 del Código Civil.

En toda obligación nacida de un negocio jurídico es necesaria la existencia de una causa. Su reconocimiento pasará por localizar el tipo de causa y constatar su sentido. Habrá que apreciar, por tanto, si se da una justa contraprestación (en lugar de la frustración o la lesión); si existe realmente un servicio y su relevancia como para entender que fuera retribuido aunque no fuese debido; y reconocer, en fin, un *animus donandi*. Especial importancia merecerá localizar y valorar la causa para que, en caso de sancionar un negocio jurídico con la ineficacia, sea posible distinguir la nulidad (por falta de causa) de la anulabilidad (por vicio del consentimiento). Algo que resulta preciso en la práctica de la contratación

masiva de los productos bancarios donde la opción por la solución de la anulabilidad (por la falta de transparencia e información precontractual insuficiente) se diferencia de la eventual solución de la nulidad (por la injusticia del contrato en un desequilibrio objetivamente repudiable). Entonces, en el primer supuesto, se ha de entender la prescripción, frente a la imprescriptibilidad de accionar en el segundo supuesto; como también se ha de entender todo lo propio que la concepción dualista comporta.

Esta preocupación por el mantenimiento o la crisis de la teoría dualista es objeto de estudio en profundidad por PASQUAU LIAÑO que recuerda que la distinción entre la nulidad y la anulabilidad ha encontrado razón en argumentos importantes como la legitimidad (al ser la primera causa de ineficacia una cuestión de interés general y porque lo nulo lo es para todos) y la imprescriptibilidad (para hacer impugnar lo que es nulo) frente a la prescripción (al superar el plazo de cuatro años que sirva para sanar lo anulable); así como ha encontrado sustento en la sola posibilidad de conversión para el caso de nulidad y, por el contrario, la posibilidad de convalidación para el caso de anulabilidad —o posibilidad de subsanación o confirmación, frente a lo inconformable que puede ser apreciado de oficio— (PASQUAU LIAÑO, 1996, 153-160)⁴⁵, resultando que la sentencia que declara lo anulable como ineficaz es constitutiva frente a la que estima la acción de nulidad que es meramente declarativa —operando la nulidad *ipso iure* o por efecto de la norma—. El recordatorio de esta contraposición es útil para fijar la relevancia de la falta de causa entre los supuestos de nulidad de los contratos, bien por la carencia de uno de los elementos esenciales relacionados en el artículo 1261 del Código Civil, o bien porque el contrato, dicho de forma gráfica, no sea como el Derecho quiere que sea. También procederá declarar la nulidad del contrato en el supuesto de contratación con cláusulas abusivas o con recarga de intereses usurarios y, por ende, incurriendo en la contravención de normas imperativas o prohibitivas (arts. 6.3 y 1255 del Código Civil).

La teoría del negocio jurídico reprueba el enriquecimiento sin causa en cuanto que al acto voluntario o de participación del sujeto —desde la autonomía de la voluntad y la libre iniciativa— en la decisiva razón de constitución o desenvolvimiento de la situación jurídica, es necesario añadir un objeto y una causa, es decir una realidad sobre la que proyectar la actividad volitiva, el derecho y la obligación de los sujetos (prestación o cosa), y además un referente que explique y homologue en Derecho esa relación jurídica.

El *cuasi* contrato se ha considerado una fuente de obligaciones jurídicas, inspirado en el principio general que afirma que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Y es que al *cuasi* contrato se le reconoce la fuerza desencadenante y constitutiva de la situación jurídica en la que se va a reconocer la relación, por lo que un sujeto queda obligado respecto de otro. Aunque queda obligado de manera diferente a lo que ocurre en la relación contractual (donde se reconoce de partida la vinculación del autor para con otro en un vínculo pactado

con fuerza de ley) y de forma distinta también a lo acaecido en el escenario extracontractual (donde el obligado lo es con respecto a un tercero en base a la ilicitud de lo actuado —separado de la voluntad negocial, en cuanto esta no interviene por ser una voluntad dolosa y contraria al Derecho, ya que no está dirigida a crear una relación jurídica sino que contraviene el principio de no hacer daño a nadie; o por no intervenir la voluntad al descansar la actuación lesiva en la inconsciencia, según sea el grado de negligencia—).

En el *cuasi* contrato se aprecia una fuente de obligaciones en base a la ley misma (al exigir la devolución en caso de cobro indebido), en tanto el acto de pago a otro (asimilado al pago por tercero del art. 1158 del Código Civil —si bien en el *cuasi* contrato el abono no es liberatorio de deuda ya que no hay tal—) no estaba justificado por la falta de causa y, entonces, la voluntad informadora de tal actuación —lícita— no es negocial ni reconocible como vinculante en Derecho por esa falta de fundamento causal (es más, la voluntad del pagador se difumina en tanto el mandato legal es claro al limitarse su tenor a ordenar la devolución de lo cobrado indebidamente).

Queda evidenciado que la falta de causa deslegitima e invalida el cobro, sin que sea preciso añadir en el precepto que el pagador se arrepintió o alegó voluntad de reembolso. Y es que, en principio, en el cobro de lo indebido falta la causa en la carencia misma de consentimiento por lo que se ha de excusar el control de ajuste a Derecho o control causal en tanto no existe voluntad negocial. Si bien, es preciso recordar que esa voluntad negocial puede existir y ser válida, siempre que se pueda justificar por el cobrador la liberalidad u otra justa causa; como también se podría, si no excepcionar, sí suspender, aplazar o debatir si el pago se hizo al amparo de una presunción de legalidad o de un principio de actos propios (si se recibe un abono desde la Administración, ya que en el Derecho Administrativo informa ese Principio de actos propios), pudiendo permitirse una solicitud de devolución fraccionada en base a argumentos de justicia material por insolvencia o precariedad económica. Y, en este elenco de situaciones, también se puede ver frenada la automaticidad de la obligación de devolver el cobro indebido si hay razón sobrevenida, como puede resultar del incumplimiento de una condición que se dispuso para recibir una subvención⁴⁶.

El *cuasi* contrato como fuente de obligaciones se basa además en la voluntad negocial (se habla por ello de gestión de negocios ajenos sin mandato —art. 1888 del Código Civil—), extendiendo la responsabilidad si se actúa excediendo el objeto del contrato hasta exigirla por la vía del *cuasi* contrato (arts. 1725 del Código Civil y 1891 del Código Civil). Y esto de conformidad con una interpretación amplia del artículo 1901 del Código Civil en tanto, cuando hay causa —caso de que la atribución patrimonial se base en una relación contractual —la jurisprudencia no venía apreciando, en puridad, un supuesto de enriquecimiento injusto de los que, por carecer de causa, rechaza el citado precepto.

Ciertamente, es en aquella situación jurídica que se basa en la voluntad negocial donde propiamente se habla de causa (y de objeto, completándose así los tres elementos esenciales del negocio jurídico). Precisamente la evolución acaecida en la historia del Derecho reconoce en la espiritualización y primacía del consentimiento la paralela necesidad de consolidar la causa como elemento esencial del negocio jurídico⁴⁷ (a modo, seguramente de control o mecanismo de homologación para asegurar que se responde al fin práctico social para el que se respetó en ese ámbito el margen de autonomía privada).

Abundando en el escenario contractual cabe prestar atención a preceptos fundamentales en lo que respecta a la causa. Preceptos que se encuadran en la regulación de la compraventa, cuando se teme la frustración de la causa y se excusa una obligación de entrega (*ex art. 1467 del Código Civil*) o cuando se reacciona contra la aventura económica y la excesiva onerosidad, como son los casos de resolución de la compraventa regulados en los artículos 1469 y 1470 del Código Civil, donde, en efecto, hay que compensar o solucionar la frustración de una expectativa negocial.

Es la visión integrada de esa tradicional repulsa al enriquecimiento injusto, la valoración de la apuesta por una autonomía privada y la relevancia de la voluntad negocial al constituir y ordenar situaciones jurídicas, y el entrelazamiento coherente con una necesaria y siempre entendida evitación del empobrecimiento injusto lo que puede legitimar una normalización de soluciones como el *rebus sic stantibus*, hasta ahora tenidas por excepcionales, según mantiene la referida STS de 30 de junio de 2014.

La base para poder objetivar una consideración proteccionista del que va a sufrir un empobrecimiento grave pasa por abordar un tratamiento conjunto del empobrecimiento y del enriquecimiento sin causa, con el objeto de que el principio de capacidad económica e integridad patrimonial, constitucionalmente validados, sirvan a la interpretación más favorable del que sufre ruina o grave lesión económica.

IV. PARTICULAR REFERENCIA AL ARTÍCULO 1901 DEL CÓDIGO CIVIL COMO REGLA GENERAL A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN DE LA CAUSA Y LA PROSCRIPCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Una vez abordada la relevancia de la causa en el Ordenamiento jurídico en general, como argumento que ayude a razonar en contra de un enriquecimiento o empobrecimiento patrimonial grave y sin causa, es necesario entender que el marco contractual constituye un escenario de libre negociación e intercambio de bienes y servicios en el que cabe depurar esa justa contraprestación o evidenciar otra justa causa. Fuera del escenario contractual (y recordando el serio reparo

que debe hacerse a todo enriquecimiento producido en el ámbito público, ya que este se encuentra marcado por la legalidad, antes que por el pactismo o la libre contratación, y queda sujeto a la transparencia) la regla general contra el enriquecimiento sin causa se proclama a propósito de regular el *cuasi* contrato.

Después de haber realizado en este trabajo la invocación a diversos preceptos y soluciones particulares favorables a la evitación del enriquecimiento sin causa, es momento de afirmar que el artículo 1901 del Código Civil sirve para positivizar como regla general el rechazo al mismo, además de las alusiones contenidas en otros preceptos de nuestro Ordenamiento Jurídico, como la recogida también en el texto codificado en materia de Derecho Internacional Privado (art. 10.9 del Código Civil), fijando que en el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial a favor del enriquecido. En cualquier caso, la construcción, requisitos, desarrollo y consecuencias de la figura del enriquecimiento injusto es obra de la jurisprudencia civil⁴⁸.

Partiendo de la función relevante que posee el precepto principal recogido en el artículo 1901 del Código Civil, es factible realizar un análisis de su literalidad que sea útil para comprender la licitud del pago (como de todo acto propio de un *cuasi* contrato, según el concepto general contenido en el art. 1887 del Código Civil) y que esa fuente negocial que es la voluntad del pagador tiene eficacia jurídica en tanto el abono se puede consolidar a favor de su receptor mientras el pagador, que actuó por error, no invoque la ineficacia sobrevenida por vicio del consentimiento.

El receptor del pago podrá invocar recibir una liberalidad (aunque desde un dudoso *animus donandi*) si con ocasión del mismo se aprecia un exceso en el particular que realiza un pago a favor de otro particular (caso de un exceso en la liberalidad que luego ha de colacionar un heredero forzoso); o caso del mismo particular que realiza un pago a una persona pública, aunque revestido de atención y respeto a una labor, se rechaza si, por su *quantum*, no es homologable en Derecho. Por el contrario, puede existir una verdadera liberalidad y que esta no sirva de causa suficiente si va *contra legem*, por quebrantar la legítima de un heredero forzoso o por contravenir el límite de la dádiva a favor de un funcionario. Así pues es necesario insistir en la consideración más objetiva de la causa.

La situación jurídica planteada en el precepto objeto de examen debe ser razonada desde la voluntad negocial, contemplando que esta adquiera firmeza por ausencia de revocación, que sea dirigida a reclamar el reembolso y que sea instada por el pagador para dejar sin efecto la actuación de atribución patrimonial; aunque la voluntad negocial también puede adquirir carácter definitivo por la mera prescripción. Sin embargo, no es en el extremo subjetivo relativo al consentimiento donde subyace la razón jurídica sino en el extremo más objetivo de la causa ya que se exige la devolución del pago cuando no existe

motivo para recibirlo. Hay una norma imperativa que obliga a la devolución, sin esperar a probar, aunque sí detectar, el vicio del consentimiento (ya que la prueba de este se dulcifica al amparo de la presunción legal que recoge este art. 1901 del Código Civil) y a legitimar y entablar la acción de reembolso. De este modo, frente a la dificultad de la prueba del error, queda establecida la obligación legal de devolver lo recibido siendo este receptor el que tendría que probar la existencia de justa causa. Por ello, el abono que se realiza aparentando un complemento salarial (caso de la utilización de las denominadas *tarjetas black*) se corrige jurídicamente exigiendo al beneficiario la devolución de lo recibido, sin que haya que estar a expensas de que se reclame o se pruebe un error o una causa por el pagador.

Ensalzar el papel de la causa es conveniente puesto que en aquellas situaciones que el mercado está destapando como focos de importante litigiosidad (por ejemplo el supuesto de las cláusulas suelo), el argumento de justicia debe localizarse en el desequilibrio contractual. Este enfoque permite abrir el debate sobre las cláusulas abusivas y, por ende, desde un análisis objetivo, posibilita la declaración de nulidad, con un antecedente procesal más suavizado que admite la acción colectiva y dulcifica el rigor de la carga de la prueba. Por demás, caminar en esta dirección supone separarse del argumento de justicia que se basa en la falta de transparencia, ya que esta afecta al consentimiento, que por ser un elemento subjetivo, dificulta la acción colectiva y endurece la prueba que demuestre la falta de consentimiento por sufrir error o falta de conocimiento suficiente de las consecuencias jurídicas. Además, en aras de posibilitar la realización de lo justo, la fijación de la causa va a facilitar que se extienda la tutela a favor de los empresarios, no solo de los consumidores. Incluso va a de permitir invocar el referente moral para medir la interpretación del equilibrio patrimonial, del empobrecimiento y del enriquecimiento.

En el supuesto en cuestión, parece oportuno centrar la mirada en la causa en tanto el vicio del consentimiento puede quedar difuminado, sobre todo si las entidades bancarias no pueden esgrimir ya buena fe (principalmente tras la STS de 9 de mayo de 2013) y los prestatarios, no solo han podido constatar la realidad de sus cláusulas suelo, sino que han conocido la valoración negativa de sus consecuencias (ya que, en su sola formulación no tienen por qué merecer el juicio negativo ni la declaración de su nulidad) y sufren el rechazo de sus pretensiones por parte de los Tribunales. Se supera también el tema de la retroactividad si el debate gira en torno a la causa, en función de la realidad del enriquecimiento injusto⁴⁹, en la retroacción total o, por argumentos de equidad, en la integración (quizá en casos en los que, según el análisis económico, se deba responder con una retroacción limitada), primando el referente del artículo 1303 del Código Civil o con retroacción total (superando argumentos de seguridad jurídica o de estabilidad financiera y estimando que no se contraviene aquella sentencia de 9 de mayo ya que en la misma no se prohibía la retroacción y si

se limitó fue por responder a la pretensión colectiva de una acción de cesación). Y, desde luego, también aunando a los afectados en la acción colectiva en tanto la carga procesal es muy gravosa para ejercerla individualmente y, además, el supuesto de hecho está muy uniformado. Se superaría, en fin, la tensión sobre la retroacción o la buena o mala fe, así como la falta o no de transparencia centrando el debate en el enriquecimiento injusto por falta de causa.

En torno a la causa negocial y su relevancia pueden enumerarse distintas posibilidades: se puede no deber nada y pagar conforme a Derecho (como en el caso de la causa remuneratoria —arts. 1274 y 619 del Código Civil—); también puede deberse todo y no pagar (en la pendencia permitida por ley como en el supuesto de una suspensión de pagos o de aplazamiento de pago al amparo de otra posibilidad legal como la contemplada en el art. 1504 del Código Civil). Se puede tener que restituir a pesar de gozar de la causa basada en la liberalidad (caso de un *animus donandi* que no da cobertura suficiente a una declaración de donación inoficiosa por quebranto de legítimas o la que puede decaer por supervivencia o superveniencia; y si estos casos se pueden plantear a posteriori también *ab initio* no se sostiene la donación que excede del límite legal que permite al donante la liberalidad o que permite al donatario recibir —caso de despatrimonializarse hasta no preservar lo necesario para vivir o caso de dar dádiva a quien por cargo no puede aceptar—). Y puede en fin tener lugar una contratación en base a una causa que se corresponde con la justa contraprestación que se acabe declarando ilegal por fraudulenta si, en realidad, solo hay apariencia de contraprestación y simulación de donación o puede ser declarada nula porque lo acordado se frustra por culpa del que paga una cantidad de tan escasa e irrelevante cuantía que frustra la causa o, por parte del vendedor, si se falta al cumplimiento de la entrega de vivienda habitable careciendo el inmueble de licencia que lo cualifique como tal.

Como corolario a este análisis del artículo 1901 del Código Civil y a modo de recapitulación cabe puntualizar lo siguiente:

— El pago que se cree nacido de la voluntad libre de un sujeto es tenido por bien hecho, es decir se presume la causa, se homologa la voluntad negocial y se considera, por el principio *pro negotii*, que tiene plena eficacia en Derecho. Frente a ello, el pago no debido se cuestiona, sobre todo si no fue querido (error en el pagador) o no es justificado ni amparado en justa causa de liberalidad o retribución; y, tal pago, se declara nulo debiendo el perceptor devolver lo recibido ya que, en aquel pagador no hay debate de causa negocial porque no hay voluntad negocial alguna.

— La ineficacia depende de un presupuesto: el vicio de la voluntad, el error en el pago. Por ello se ayuda a promover la ineficacia con la presunción legal del error si se pagó sin causa. Aunque siempre desde la razón de que el pago sin causa decae al no haber negocio jurídico y no desde la cuestión del vicio

del consentimiento que es presupuesto de hecho desencadenante de la acción de nulidad, no presupuesto legal legitimador de la acción de anulabilidad.

— La exigencia de la acción de nulidad (que no de anulabilidad) puede pasar por una invocación de haber sufrido el error (según la literalidad del artículo 1901 del Código Civil o según la argumentación de la falta de transparencia en la contratación bancaria) aunque la ineficacia no se basaría en el vicio sino en la falta de causa —cuando existe el enriquecimiento injusto—, por lo que no habrá caducidad de la acción ni posibilidad de subsanación del negocio que es nulo de pleno derecho.

— La acción de nulidad también se ve favorecida en su accionamiento mismo al posibilitar el ejercicio de la acción colectiva, aunque por contra esta acción colectiva provoca un mayor quebranto económico para el enriquecido. Además, si la parte enriquecida es el sistema financiero, su descalabro puede afectar al interés general y al equilibrio del mercado por lo que los tribunales pueden sentenciar en el sentido de que no haya efecto retroactivo. Bien es cierto que la regla de la seguridad jurídica o el interés en preservar el orden económico decaen en cuanto se comprueba el enriquecimiento injusto, por lo que abrir un debate sobre la retroacción de la eficacia de la nulidad o insistir en la causa de ineficacia radicada en la falta de transparencia es gratuito si se depura y se comprueba la falta de causa, la nulidad radical y la retroacción total en evitación del enriquecimiento injusto.

— La acción por enriquecimiento injusto puede hacerse valer por vía de acción o excepción, siempre que sea el pagador el que accione; y puede hacerse valer en cualquier tiempo (por ser una acción de nulidad que no de anulabilidad). Aunque la acción dependa de reconocer el error —como posible presupuesto concurrente y desencadenante— este no constituye el motivo de la ineficacia sino que la razón será la falta de causa. Ello permite sustraerse a la invocación del artículo 1300 del Código Civil ya que preside el artículo 1261 del Código Civil, que ante la falta de un requisito esencial legitima, en todo tiempo, hacer valer el enriquecimiento injusto (siempre salvo que la nulidad se excepcione desbordando el error alegado con otra justa causa que sea probada por el enriquecido).

— Varias son las posibilidades que contempla el artículo examinado respecto del pago: el pago puede tenerse por bien hecho (porque la voluntad del pagador sea negocial y la entrega sea entendida, en tanto acto material, como un hecho lícito bien realizado); el pago puede no ser debido (aunque se mantiene su eficacia jurídica desde que se pueda reconocer la causa —si así se opone por el que percibe la atribución patrimonial—, bien sea esta debida a la liberalidad o a la remuneración); el pago puede ser equivocado, alegando entonces el pagador su error y haciéndolo valer al amparo de la presunción legal, pudiéndose declarar la nulidad del negocio (con importantes excepciones como la del prestatario que paga intereses sin estar estipulados, no pudiendo

reclamarlos, según el art. 1756 del Código Civil, lógicamente en base al peso de la causa que informa a favor del que ha soportado la posición más gravosa, en este caso como prestamista).

Entre los extremos o presupuestos de activación del artículo 1901 del Código Civil destaca la presunción legal del error, que es favorable a la ineficacia del enriquecimiento sin causa, prevaleciendo sobre la presunción de la causa no expresada y de la fuerza de una apariencia de voluntad negocial o acto lícito de pago o entrega. Hay que subrayar también la alternativa de que la cosa se entregue cuando nunca se debió y, en efecto, pueda no deberse estando sin embargo bien entregada o pagada si se libró y transmitió en base a una liberalidad o de una causa remuneratoria. Respecto a esta excepción oponible por el receptor que se enriquece hay que evidenciar la dificultad de probar una causa de calado subjetivo.

V. CONCLUSIONES

I. El principio de integridad patrimonial y el referente de la capacidad económica de la persona justifican el establecimiento de una batería de soluciones normativas que van desde la más programática a la más eficaz, desde un pronunciamiento en el texto fundamental constitucional a su articulación en la legislación ordinaria. En cualquier caso, el referente que informa la preservación del patrimonio como garantía de supervivencia de la persona y complemento necesario para un desarrollo más pleno de la personalidad y de su dignidad, debe completarse con una reacción del Derecho que evite la ruina o despatriomonalización y que sirva incluso para abrir un debate sobre la renta básica o favorecer otras medidas sociales. Todo ello sin perder el carácter propio de un sistema de corte liberal, confiado a la justicia conmutativa, donde la autonomía privada queda homologada en Derecho por la causa, que a su vez se inspira en aportar soluciones de equidad y de equilibrio patrimonial.

II. De igual modo, el reconocimiento a la persona en sí misma considerada, abstracción hecha de otra dimensión patrimonial, ha de traducirse en el respeto a su margen de autonomía privada, a su libertad de pacto y a que su voluntad negocial sea vinculante y suficiente, frente a otras tendencias más intervencionistas o a exigencias formalistas. En consecuencia, para homologar la eficacia jurídica del compromiso que implica el consentimiento, hay que reafirmar la relevancia de la causa negocial.

La afirmación de un escenario de libre mercado es coherente con esa confianza en la libre iniciativa y en la contratación. Si bien, de entrada, los correctivos dictados por el referente social explican la formulación de medidas de dulcificación o evitación de desequilibrios graves que legitiman

un Estado Social, y el hecho de que en la contienda judicial se invoquen con normalidad mecanismos correctores aplicados al caso concreto, como se puede comprender con el *rebus sic stantibus* (más generalizado en la contratación pública).

III. Procede reconocer la existencia de un marco jurídico que, partiendo de una población con distintos niveles de renta, es garante de un enriquecimiento ajustado a Derecho, tributario del referente social, comprometido con la comunidad en general y sensible ante las situaciones de pobreza. De este modo, aunque se admita la posibilidad jurídica de que produzcan graves oscilaciones patrimoniales, el interés debe centrarse en la consideración conjunta tanto de la traumática variación que la capacidad económica de las personas puede sufrir, como de las abundantes respuesta que el Derecho ofrece para reprochar tales situaciones.

Además, a propósito de la apreciación general del marco jurídico, ha de concluirse en dos sentidos: primero, considerando la virtualidad de toda visión panorámica, concordada e integrada, en particular del articulado del Código Civil (constatando su virtualidad, actualidad y eficacia); y segundo, asumiendo el reto de realizar una selección de preceptos legales que resulte acertada para sostener la coherencia del Sistema y para, desde un cuadro de principios informadores, avalar soluciones a problemas de hoy.

IV. La voluntad negocial depende de una causa que la ajuste a Derecho. Solo así se entienden ciertas exigencias jurídicas: fuerza de ley en la contratación, una preferencia en la sucesión testada sobre la intestada, un respeto a la donación desde la mera liberalidad, una proscripción del enriquecimiento injusto, etc. También por ese motivo se comprende la censura de las cláusulas abusivas, la comprobación del puro *animus donandi* y la medición de una eventual carga; en suma, el encuadramiento de la voluntad negocial en la justa causa. Objetivo principal de este estudio es poner en valor el papel de la causa para interpretar y legitimar la voluntad negocial.

Como también se ha dejado explicado en este estudio que, a fuerza de impulsarse la relevancia jurídica del escenario prenegocial (sobre todo con la exigencia normativa de una información precontractual) y con el recurso, en el que se ha ido abundando, que ofrece el principio de evitación del enriquecimiento injusto, corresponde invocar la causa prenegocial para entender por qué y en base a qué compensar el quebranto o los daños y perjuicios sufridos en ese momento preliminar anterior al negocio.

V. Respetar la liberalidad y comprender la justa contraprestación no descarta una ruina ni exige un precio justo, más no puede sostenerse un negocio jurídico si se razona que no hubo causa porque se donó sin verdadero *animus* de liberalidad, se inspiró una contraprestación no debida o se vendió confiando en una expectativa negocial que se ha de preservar en su margen. De igual modo, desde la necesaria reflexión que merece la causa para su validación en cada una

de sus modalidades también, hay que justificar la revocación o irrevocabilidad del negocio por razón de justicia que, en gran medida, dependerá de la fortaleza de su causa. Así se podrá legitimar la ineficacia de la donación sobrevenida por la ingratitud (entendiendo que la pureza del *animus* no se mantiene por la falta de lealtad) o el mantenimiento de la retribución de un servicio que, aunque no debido, se quiso compensar y, con base en el referente de equidad, se sostiene pese a que el comprometido quiera desdecirse.

VI. Al igual que se exige la causa como medida de equilibrio económico en la determinación de la justicia de los negocios que son de proyección patrimonial directa (por ejemplo, la compraventa), también en otros negocios de calado jurídico más personal se debe tener presente la causa para explicar sus efectos económicos y evitar grandes desequilibrios (por ejemplo, el matrimonio). Esto explica que se acuerde la atribución patrimonial como compensación a favor de uno de los cónyuges en el remedio de una crisis matrimonial o que se retire la pensión al hijo que, amparándose en la cobertura paterna, abusa de su posición y decide no estudiar ni trabajar, provocando que quede sin causa aquella atribución patrimonial.

A propósito de preservar la dimensión patrimonial de la persona —en ese compromiso social de evitar la ruina y salir al paso del escenario altamente especulativo que arroja consecuencias negativas por la ruptura del equilibrio económico—, conviene ensalzar el papel de la causa ya que es más objetivo, permite impugnar contratos con cláusulas abusivas y facilita que sea la tacha al desequilibrio económico la que razone la nulidad, evitando que se tenga que entrar a analizar la falta de transparencia, el debate individual sobre el consentimiento erróneo, ...

VII. En un Derecho confiado a la autonomía privada, que respeta y exalta a la persona y su libre desenvolvimiento, la causa debe ser repensada puesto que, como medida de lo justo, sirve para conocer el significado y alcance que posee en aquellos negocios jurídicos en los que, eventualmente, se alcanzan picos de (lamentable) empobrecimiento y de (abusivo) enriquecimiento; considerando, a favor de la equidad, la posible revisión y corrección de los excesos que, en efecto, no son queridos por el Derecho.

De la misma manera, para validar la regla contenida en el artículo 1901 del Código Civil, se ha de revisar y abundar en la crítica a la literalidad del precepto y a su encuadramiento como *cuasi* contrato ya que una regla general que proscribiera el enriquecimiento injusto no tiene que pasar por entender acto puramente voluntario el que está basado en un error, ni como acto lícito el que, de no impugnarse, se puede confirmar a pesar de saberlo sin causa y, por ende, injusto.

VIII. El impulso de la doctrina relativa al enriquecimiento injusto, dada la escasa regulación existente en Derecho positivo —en el art. 1901 del Código Civil— o su concreción no definitiva en otros referentes normativos

(como los supuestos específicos de cláusulas abusivas en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU que, en todo caso se articulan empleando conceptos jurídicos indeterminados), pasa por configurar e integrar el cuadro de principios informadores que sirven a esa regla prohibitiva y, además, por buscar su aplicación eficaz. Ello permitirá hacer valer este motivo de invalidez del negocio jurídico de modo más generalizado y coherente, desde sus fundamentos y razonamiento.

En efecto, recurrir a la depuración de la causa negocial puede servir tanto para clarificar figuras jurídicas desnaturalizadas (el voluntario en lugar del empleado asalariado, el suplido o la dieta en lugar del sueldo, ...) como para ofrecer soluciones a nuevos debates y contiendas (la donación pura radicada en el altruismo en lugar de confiada al retorno lucrativo indirecto o encubierto, o el cobro de comisiones bancarias en base a un servicio debido, o no debido pero que admite la causa remuneratoria —o que, si por el contrario, responde a una cláusula abusiva, debe tenerse por no puesta según su oferta y configuración—, o la desnaturalización del mercado oneroso en el abaratamiento excesivo de productos y servicios ofertado *on line*). Se trata, en definitiva, de hacer un ejercicio de análisis económico para saber si la declaración de nulidad de la cláusula contractual trasciende el debate sobre el consentimiento centrándose más bien en el debate sobre la causa negocial, de manera que permita un pronunciamiento judicial que establezca la retroacción en función del enriquecimiento provocado, pudiendo interpretar un cláusula suelo en la falta real de contraprestación y reciprocidad entre las partes y así, desde una teórica bondad o licitud, dirimir en el caso concreto sobre la nulidad radical y todos sus pronunciamientos favorables.

IX. El compromiso con la unidad y coherencia del Ordenamiento jurídico requiere entrelazar argumentos y referentes legales que sirven a la proscripción del enriquecimiento sin causa y a la evitación del enriquecimiento injusto, para afirmar una mayor objetivación de las medidas de restablecimiento o reequilibrio ante el grave quebranto económico. Y ello desde una clara objetivación de la causa, según marcan los referentes informadores de la misma (la ley, la moral y el orden público), que acepte un margen de libre negociación y que, sin embargo, no permita descansar toda atribución patrimonial en un *animus donandi* ya que, frente al mismo, puede instarse a posteriori una revocación de donación por el donante, o una obligación del donatario de colacionar o un límite legal al *quantum* de la donación para no despatrimonializarse o para no exceder lo que la ley marca de límite a la dádiva. De igual modo, con esa objetivación se permite hacer valer una solución de justicia material, cuando formalmente no es debido retribuir un servicio que se ha tenido a bien pagar, consolidando ese abono a favor del perceptor; y se permite entender una revisión de la causa onerosa si por grave desequilibrio entre partes o frustración de la expectativa negocial se declara la inexistencia de causa.

X. La reflexión permanente en torno a la causa negocial resulta conveniente a fin de aportar soluciones jurídicas a situaciones nuevas que precisan esclarecimiento. En este sentido, la visión de conjunto de nuestro Ordenamiento aúna criterios que sirven de ayuda: el por qué de un *ius retentionis* (en un contrato de mandato o de depósito, que no en el de comodato), la medida de un desequilibrio en el establecimiento de cláusulas suelo, la fijación de un límite legal favorecedor de una ética de los negocios que restrinja los emolumentos y dádivas a personalidades públicas (evitando de este modo una mayor depuración de la causa en tanto el referente normativo permite eludir el debate sobre la voluntad negocial).

Con idéntico objetivo conviene repasar la literalidad del artículo 1901 del Código Civil que es útil como regla contra el enriquecimiento injusto. Sin embargo, este precepto es pobre en su formulación e incluso hace incurrir en cierta confusión puesto que parece que descansa en una acción de anulabilidad cuando, en realidad, permite siempre la acción de nulidad, en tanto la obligación de restituir el enriquecimiento injusto puede partir de un vicio de consentimiento, si bien el principio general conlleva que se proceda a la devolución por falta de causa en cualquier caso, a menos que se alegue justa causa.

XI. Aferrándonos a la causa negocial como argumento de justicia para hacer valer soluciones de equidad es conveniente impulsar la mediación como instrumento de solución extrajudicial de conflictos. Sobre todo para aplicar esta herramienta al ámbito de consumo y, en particular, al consumo de productos financieros que tanta controversia judicial viene provocando en los últimos tiempos. Cuanto más, cuando este particular mecanismo de la mediación descansa en la autonomía privada que es un principio fundamental que siempre corresponde defender en Derecho.

XII. La actualidad está requiriendo, sobre todo en la contratación de productos complejos, en particular en el sector financiero y de comercialización masiva, que tanta litigiosidad ha provocado y mantiene, que se compruebe el consentimiento no viciado, en particular en el adherente, desde luego si es consumidor o parte débil que soporte estipulaciones no negociadas o impuestas, averiguando que realmente conoce el contenido del contrato y que, además, se asumen todas las consecuencias derivadas de ese clausulado. Como también y asumiendo que la contratación, aún gravosa, puede exigir la suscripción, en tanto no le cabe al adherente eludirla por la necesidad de los determinados bienes y servicios, puede merecer el control de cláusulas abusivas y que, en base al referente de la causa, se declare la ineficacia de aquellos contenidos que produzcan grave desequilibrio entre las partes, según una progresiva objetivación del fundamento causal o base del negocio, según la finalidad económica, el compromiso social y la conmutatividad o proporción entre prestaciones, en el reparto de cargas y riesgos.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 14 junio de 2012
- STS, 1.^a, de 7 de julio de 2015
- STS, 1.^a, del 13 de enero del 2015
- STS, 1.^a, de 2 de diciembre de 2014
- STS, 1.^a, de 15 de julio de 2014
- STS, 3.^a, de 30 de junio de 2014
- STS, 1.^a, de 9 de mayo de 2013
- STS de 13 de enero de 2013
- STS de 6 de junio de 2012
- STS, 1.^a, de 23 de julio de 2010
- STS, 1.^a, de 23 de junio de 2010
- STS, 3.^a, de 26 de junio de 2008
- STS de 23 de abril de 1991
- STS, 1.^a, de 30 de noviembre de 1990
- SAP Pontevedra (sección 1.^a) de 11 de mayo de 2015
- SAP de Oviedo (sección 5.^a), de 1 de julio de 2014
- SAP de Murcia (sección 4.^a), de 27 de enero de 2013
- S. Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, de 2 de junio de 2014

BIBLIOGRAFÍA

- ANGUITA RÍOS, R. M. (2014). De las reformas hipotecarias y otras alternativas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2045-2084.
- CASTIÑEIRA JEREZ, J. (2012). *Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 71-106.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- (1984). *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas.
- DE LA TORRE OLID, F. (2013). Cuando la planificación financiera condiciona la ejecución hipotecaria. *Revista Derecho & Empresa*, núm. 2, 47-67.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2015). El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario: algunas cuestiones actuales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 748, 605-644.
- ESPINAR LAFUENTE, F. (1969). Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas, *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, vol. 2.º, Pamplona: Eunsa, 111-164.
- ESPINOSA DE RUEDA JOVER, M. (2015). Los principios generales del derecho y su reflejo en el ámbito del derecho administrativo. Tirantonline, Doctrina, documento 4591797, disponible en <http://www.tirantonline.com/tol//documento4591797>.

- GONZÁLEZ RUIZ-SÁNCHEZ, I. (2015). Redes sociales, publicidad y datos. La aparente gratuidad de las redes sociales, disponible en ELDERECHO.com Lefebvre-El Derecho, Gestión de Despachos, 28 de agosto de 2015.
- PASQUAU LIAÑO, M. (1996). *Nulidad y Anulabilidad del contrato*. Madrid: Civitas.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2015). Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error? *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 1-6.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 681-732.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (1988). *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*. Madrid: Edersa.

NOTAS

¹ Datos del Observatorio Notarial de la realidad socioeconómica que indican que entre el 2007 al 2014 estos supuestos aumentaron más de un 200%. «El notariado informa».www.notariado.org

² Así se pronuncia la STS, 1.^a, de 7 de julio de 2015, relativa a la acción de anulación de la adquisición de un producto financiero por error vicio. Núm. Recurso: 1603/2013 Fecha: 07/07/2015 ROJ: STS 3198/2015-ECLI: ES: TS. Se estima la acción de anulación por falta de información y provocación de error, vicio del consentimiento. En su texto se especifica que «El incumplimiento de los deberes de información, contenido ya en la normativa anterior a la Directiva MiFID, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. En este caso el adquirente del producto no era un inversor cualificado, y en el momento de la adquisición se omitió una referencia a la entidad emisora del bono, y antes no se entregó un folleto, documento o explicación escrita que describiera las características y connotaciones esenciales del producto que se adquiriría. Este defecto de información impide que quien no es un inversor con un conocimiento cualificado, pueda hacerse una representación mental de los riesgos concretos que conlleva la contratación del bono. En concreto, el desconocimiento de esos aspectos esenciales del riesgo (que el emisor del producto era una entidad diferente de aquella a la que el cliente podía asociar razonablemente el riesgo —en este caso Bankinter, con la que contrataba—, que el resultado de la inversión fuera ligado a la solvencia de ese emisor y que no existiera cobertura por ningún fondo de garantía) constituye un error esencial sobre el objeto y las condiciones del contrato.

³ O cláusulas limitativas de la variabilidad del tipo de interés que, en efecto, están generando una altísima litigiosidad, como razona RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, sobre todo desde que los bancos han abusado de su inserción en los contratos y se ha experimentado un perjuicio para el consumidor por la persistente caída del principal tipo de referencia utilizado en los préstamos de interés variable que es el Euribor; sin que a esta realidad le acompañe la disposición por las entidades financieras para retirar, anular o negociar esa estipulación (asumiendo una constante jurisprudencia que se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula suelo), quizá por entender más conveniente a sus intereses y disuasorio el esperar que continúe la confrontación en los tribunales. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2015). Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error?, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 1-6.

⁴ Así, por ejemplo y dentro de ese ámbito de contratación financiera entre entidades bancarias predisponentes y los adherentes, se obliga a suministrar la información precontractual por la Ley 42/2007 que modifica la Ley 24/1988 del Mercado de Valores

⁵ Actualmente ADICAE (Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros) promueve una campaña de clientes de entidades bancarias que soporten el cobro de comisiones, consideradas por esta asociación como indebidas, aunque con fecha de 7 de agosto de 2015 se acusa recibo del informe del Banco de España en el que se dictamina en contra de abrir expediente sancionador a los bancos por este tipo de cargos. www.adicae.net

⁶ Se exige invocar, entre otros preceptos, el artículo 5, 1, b) de la Ley 10/2014 de Supervisión de las Entidades Financieras.

⁷ El Real Decreto 1331/2006, en su artículo 1.º acota el ámbito de aplicación para el desarrollo de la Ley 22/2005 regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho de abogados, individual o colectivo. *BOE* de 18 de noviembre de 2006. www.boe.es

⁸ Según el artículo 17 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal esta «venta a pérdidas» o por debajo de coste no está permitida.

⁹ Invocando el artículo 68 LGDCU el derecho de desistimiento de un contrato queda definido como la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase.

¹⁰ Nulidad del contrato en su conjunto, como cuando se aplica la Ley de la Represión de la Usura por la STS, 1.ª, de 2 de diciembre de 2014, núm. de recurso 389/2012, ROJ: STS 5771/2014 ECLI:ES:TS:2014:5771 Id CENDOJ: 28079110012014100743.

¹¹ Si bien para la situación que resuelve la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 se decide a favor de la prohibición de la integración pro predisponente de la cláusula nula por abusiva, como también el pronunciamiento del TJUE de 30 de abril de 2014 que confirma la jurisprudencia europea, evitando la integración de la cláusula nula por abusiva con una disposición de Derecho supletorio. La STJUE de 14 de junio de 2012 sigue vigente y es coherente con el pronunciamiento de 30 de abril, que admite la integración pro adherente para salvar al contrato de la nulidad total resultante en Derecho húngaro, pero sin perjuicio de la prohibición de la integración pro predisponente de la primera. De ese modo, continúa estando prohibido completar la cláusula nula de intereses de demora con el interés legal del dinero, ya que esa es una integración pro predisponente prohibida por la citada sentencia de junio de 2012 y, en España, por los artículos 65 y 83 TRLGDCU.

La nulidad de dicha cláusula abusiva produciría ciertamente una laguna en la reglamentación contractual. La «jurisprudencia menor», mayoritaria hasta la fecha, sostiene que esa laguna debería integrarse mediante la norma del artículo 1108 del Código Civil.

En fin, asumiendo las mismas premisas, según PANTALEÓN PRIETO cabe avanzar la solución de que la laguna así producida en el contrato de préstamo debería resolverse mediante una interpretación integradora del mismo, en el sentido de que se devengarían intereses moratorios al mismo tipo que el que estuviese pactado en el contrato para los intereses remuneratorios. Que es el resultado, muy razonable a nuestro juicio, al que llegó la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015. PANTALEÓN PRIETO, F. www.almacendelderecho.org.

¹² DE CASTRO BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, 1985, pp. 314 y 315.

¹³ A propósito de este espacio virtual, se ha alcanzado la convicción de que se trata de un escenario completamente gratuito, generándose con ello una alta tensión política y un gran debate en la elaboración de normativa. Es lo sucedido en relación con figuras como «la copia privada» donde, tras alguna oscilación sobre el recargo del «canon digital», se ha resuelto asumiendo su socialización y sufragándolo con cargo a los presupuestos generales del Estado (según la nueva redacción dada al art. 31,2 de la Ley 21/2014 de 4 de noviembre, que modifica el Real Decreto 1/1996, dispensando la autorización para la reproducción de la copia privada y, con la reforma del art. 25 previendo la compensación equitativa para los titulares de estos derechos de propiedad intelectual con cargo a los presupuestos generales del Estado).

Sobre este tema reflexiona GONZÁLEZ RUIZ-SÁNCHEZ en un interesante estudio donde argumenta que «el Ciberespacio es un entorno en el que se sitúan cosas con valor, en el que se están desenvolviendo los negocios y también los delincuentes» y concluye afirmando que son los usuarios los que ceden sus datos personales, que «las redes sociales no solo se financian con la publicidad del tipo pago por click, banners, hashtags y publicaciones patrocinadas sino que esa entrecamillada gratuidad tiene como precio nuestros datos sobre hábitos de consultas, consumo, preferencias y recomendaciones». GONZÁLEZ RUIZ-SÁNCHEZ, I. (2015). Redes sociales, publicidad y datos. La aparente gratuidad de las redes sociales. ELDERECHO.com Lefebvre-El Derecho, Gestión de Despachos, 28 de agosto de 2015.

¹⁴ La renta de subsistencia (de un máximo del 70% del salario mínimo interprofesional) y el subsidio a parados que han agotado todo tipo de prestaciones sociales (de unos 400 euros mensuales aproximadamente) se han establecido en los últimos años y han generando un debate político que aún no está cerrado, sobre todo desde su prórroga en 2015.

¹⁵ Ni siquiera en la compraventa forzosa —art. 1446 del Código Civil— en la que, con ocasión de fijar el justiprecio de la expropiación, se debe ofrecer su posible revisión en vía contencioso-administrativa.

¹⁶ Tanto al sujeto público como a los particulares, así se puede referir el principio de prudencia financiera que recientemente se ha regulado en la siguiente norma: resolución de 31 de julio de 2015, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales (BOE de 4 de agosto de 2015, núm. 185), www.boe.es.

¹⁷ Una manifestación más extrema de los mecanismos moduladores del sistema liberal es la necesaria red de comedores concebida para hacer frente a la desnutrición infantil sobrevinida tras la crisis económica; y en la misma línea, una manifestación más estructural y normalizada, la constituye la amortiguación de los daños a través del aseguramiento público o privado. Todo lo cual se plantea en base a un cuadro de valores de solidaridad o a un referente moral que también informa precisamente la causa, según el artículo 1275 del Código Civil que establece que «es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral».

¹⁸ La reforma del Código Penal incluye el siguiente precepto: ciento cuarenta. Se modifica el artículo 259, que tendrá la siguiente redacción: «1. Será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas: 5.ª Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos». Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE de 31 de marzo de 2015) www.boe.es.

¹⁹ Para su eficacia y consolidación normativa se dicta la resolución de 31 de julio de 2015, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales. BOE de 4 de diciembre de 2015. www.boe.es.

²⁰ Para ejemplificarlo y refiriéndolo a una contratación emergente cabe aludir al artículo 99 LGDCU relativo a los requisitos formales de los contratos celebrados fuera del establecimiento, exigiendo entre los requisitos formales lo siguiente: «En los contratos celebrados fuera del establecimiento, el empresario facilitará al consumidor y usuario la información exigida en el artículo 97.1 en papel o, si este está de acuerdo, en otro soporte duradero. Dicha información deberá ser legible y estar redactada al menos en castellano y en términos claros y comprensibles». Y, en el punto 2 del mismo precepto añade: «El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario una copia del contrato firmado o la confirmación del mismo en papel o, si este está de acuerdo, en un soporte duradero diferente, incluida, cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento a que se refiere el artículo 103, letra m» —Título III

del Libro II redactado conforme establece el apartado veintiocho del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE 28 de marzo).

²¹ «Una cosa es conocer la existencia de la estipulación y otra diferente, sobre todo en determinado tipo de negocios complejos, interiorizar la naturaleza, derechos, obligaciones y riesgos que comporta el producto». SAP Pontevedra de 11 de mayo de 2015.

²² En lo que atañe a este punto hay que invocar la doctrina consolidada recogida por DE CASTRO, referida a la construcción del derecho subjetivo y a la situación jurídica secundaria digna de tutela, que viene a afirmar que «Desde Jhering se han venido distinguiendo de los derechos subjetivos a las situaciones jurídicas protegidas solo por el “efecto reflejo” de las normas o del Ordenamiento jurídico». DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas, p. 600.

Una manifestación de esta doctrina queda reflejada en la STS, 1.^a, de 30 de noviembre de 1990, relativa a un contrato de compraventa cuya causa radicaba en el cambio de precio por futura edificación a entregar por el comprador al aportante del solar, decidiéndose que, ante la imposibilidad de construir en dicho terreno por cambio de calificación urbanística, el constructor debería ser resarcido por los gastos de demolición que soportó.

²³ El 51,1% de los niños en Andalucía está en riesgo de pobreza o exclusión social, lo que supone unos 834.000 menores. UNICEF, en base a las últimas estadísticas, presenta un informe en el que analiza la situación de la infancia y propone medidas para proteger los derechos de los niños. Andalucía es la tercera Comunidad Autónoma con mayor tasa de riesgo de pobreza o exclusión social infantil (tasa Arope), con un 51,1 por ciento, lo que supone unos 834.000 niños, según la Encuesta de Condiciones de Vid.a (ECV 2014) del Instituto Nacional de Estadística (INE). Informe «Situación de la Infancia en Andalucía 2015». Pacto Andaluz por la Infancia, 10 de junio de 2015.

Este empobrecimiento infantil es contrario a la ley, por lo que se evidencia injusto, sobre todo desde que ese interés supremo de tutela al menor ha sido revisado recientemente por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²⁴ ROJ: STS 261/2015-ECLI:ES:TS:2015:261. Recurso: 1147/2013.

²⁵ La última reforma del Código Penal (llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2013) ha introducido el delito de financiación ilegal de partidos políticos y castiga las donaciones ilegales. El texto penal modificado crea un nuevo Título XIII, bajo la rúbrica «De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos», donde se incluyen *ex novo* los artículos 304 bis y 304 ter que sancionan incluso con penas de prisión, dependiendo de la cuantía o especial gravedad de los hechos, a quienes (incluidas las personas jurídicas) reciban o entreguen donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5. Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

²⁶ Estas situaciones suponen una desviación de poder ya que la función pública está sujeta por excelencia al principio de legalidad, sin dar margen al enriquecimiento que tendría que llegar de la justa causa negociada conforme a Derecho.

²⁷ El Código Penal en vigor persigue con más dureza la financiación ilegal, castigando las donaciones ilegales, al igual que criminaliza de modo definitivo y grave el abuso para el enriquecimiento que se efectúe aprovechando el cargo público. Este recrudescimiento punitivo queda plasmado en la nueva redacción dada al artículo 436 CP.

²⁸ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. BOE de 10 de diciembre de 2013. Entre otros preceptos de esta norma se puede invocar el artículo 26.2 b) que en su punto 9.º precisa que los cargos públicos «no se valdrán de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales».

²⁹ Por ejemplo las cuotas derivadas de las obras de urbanización, tal como fija la STS, 1.^a, núm. 379/2014, de 15 de julio de 2014.

³⁰ Conforme a la ley especial de financiación de los partidos políticos. En efecto, la LO 8/2007, de 4 de julio, en su artículo 4, relativo a donaciones de particulares, dispone: «Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir, directa o indirectamente, donaciones de personas físicas que, en ejercicio de una actividad económica o profesional, sean parte de un contrato vigente de los previstos en la legislación de contratos del sector público».

³¹ En efecto, el Gobierno de Mariano Rajoy propuso una Ley de Mecenazgo, pendiente de tramitación parlamentaria, para ampliar y mejorar los incentivos fiscales a la actividad de los mecenas.

³² STS de 23 de julio de 2010, expositivo Tercero. CENDOJ.

³³ «Si bien en el fondo de los llamados más o menos propiamente *cuasi* contratos late la necesidad de reparar un enriquecimiento sin causa (STS de 5 de enero de 1956)». VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (1988). *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*. Madrid: Edersa, p. 2.751.

³⁴ Doctrina consolidada, como la dictada por O'CALLAGAN MUÑOZ en la STS, 1.^a, 23 de julio de 2010, enumera y recuerda los requisitos que han de concurrir para apreciar el enriquecimiento injusto apreciando esa correlatividad que, como regla general opera: «Los presupuestos del enriquecimiento injusto, como ha destacado numerosa doctrina y reiterada jurisprudencia (sentencias de 19 de diciembre de 1996, 5 de mayo de 1997, 25 de septiembre de 1997, 31 de octubre de 2001, 27 de noviembre de 2004, 27 de octubre de 2005, 18 de noviembre de 2005) son, en primer lugar, el enriquecimiento de una persona, como incremento patrimonial; en segundo lugar, el correlativo empobrecimiento de la otra parte, como pérdida o perjuicio patrimonial; en tercer lugar, inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido».

³⁵ Esta doctrina de la frustración de la causa se contrapone a la que consideraba la nulidad por falta de causa como única posibilidad y que se afirma en este trabajo a la luz de la constante jurisprudencia dictada. Por todos, se invoca el referente doctrinal que representa F. ESPINAR LAFUENTE en su capítulo titulado resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas (1969), de la obra colectiva *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, vol. 2, Madrid: Eunsia, pp. 111-164.

³⁶ Que ya fue objeto de análisis en un anterior estudio de DE LA TORRE OLID. DE LA TORRE OLID, F. (2013). Cuando la planificación financiera condiciona la ejecución hipotecaria. *Revista Derecho & Empresa*, núm. 2, 47-67.

También preocupa el escenario anterior a la constitución de la hipoteca que exige el estudio del contrato para saber de sus requisitos esenciales, con particular interés en la pureza del consentimiento del adherente que debe conocer la carga económica que le supone el contrato celebrado, y haciendo especial hincapié en la causa para que no venga quebrada por cláusulas abusivas sobre los intereses moratorios. Todo ello es objeto de examen en el trabajo de ESPEJO LERDO DE TEJADA que se cita a continuación: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2015). El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 605-644.

³⁷ STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013. En el asunto C 415/11 —que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, mediante auto de 19 de julio de 2011, en el procedimiento entre Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)—, el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona manifestó dudas en cuanto a la conformidad del Derecho español con el marco jurídico establecido por la Directiva. En particular, señaló que si, a efectos de la ejecución forzosa, el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son muy limitadas, ya que quedan postergadas a un procedimiento declarativo posterior, que no tiene efecto suspensivo. El órgano jurisdiccional remitente consideró que, por este motivo, resulta muy complicado para un juez español garantizar una protección eficaz al consumidor en dicho procedimiento de ejecución hipotecaria y en el correspondiente proceso declarativo.

³⁸ Se ha de desplegar y ampliar la protección del adherente (contratante-consumidor/usuario), a partir de saber la carga económica que supone el contrato o, lo que es lo mismo, el verdadero sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener. De ese modo se podrá justificar el mayor control jurisprudencial, más allá de la comprobación de la legalidad administrativa, para ampliarse a los efectos civiles sobre la justicia de la contratación.

En este sentido se encuentra un referente doctrinal importante en el estudio de las condiciones financieras del préstamo, a partir del análisis de las consecuencias de la STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088). *Vid.* ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2015). El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 611-612.

Precisamente esa preocupación por la carga económica que supone el contrato o por el sacrificio patrimonial es la clave para poder conducirnos a la averiguación y confirmación, en su caso, de la causa onerosa.

³⁹ Recientemente sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, de 2 de julio de 2014. www.ausbanc.com.

⁴⁰ Esfuerzo por acercar la posición de los consumidores y los empresarios, en cuanto adherentes y parte débil en el reparto de cargas y riesgos, que despliega con un sólido razonamiento SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 681-732.

⁴¹ «La STS de 9 de mayo de 2013 que declaró la nulidad por falta de incorporación transparente de cláusulas limitativas de la variabilidad del tipo de interés ha propiciado una enorme litigiosidad (...) ha habido una clarísima resistencia de las entidades bancarias a retirar estas cláusulas (...) seguramente convencidas que solo obligando a acudir a los tribunales se puede detener la avalancha de reclamaciones». RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2015). Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error? *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 1.

⁴² «Esta situación económica sobrevenida que desequilibra la situación contractual de las partes cuando se ejecuta la garantía nos recuerda a la formulación doctrinal de las cláusulas *rebus sic stantibus* (estando así las cosas) que permite al juez entrar en el contrato de larga duración para restablecer el equilibrio perdido por circunstancias sobrevenidas y totalmente fuera del poder de actuación de las partes, resultando para una de ellas imposible o muy gravoso el cumplimiento de la obligación». ANGUITA RÍOS, R. M. (2014). De las reformas hipotecarias y otras alternativas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2050.

⁴³ CASTIÑEIRA JEREZ, J. (2012). *Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 79.

⁴⁴ Artículo 7 redactado por la Ley 8/1999, 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (BOE de 8 de abril).

⁴⁵ PASQUAU LLANO, M. (1996). *Nulidad y Anulabilidad del contrato*, Madrid: Civitas, p. 13 y, pp. 153-160.

⁴⁶ Ley de subvenciones del año 2003. Artículo 37 Causas de reintegro: 1. También procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos: b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

⁴⁷ La ausencia de formalidad, que encorseta la negociación en un Derecho más primitivo, se ha de compadecer con esa relevancia de la voluntad negocial o declaración de voluntad con la que los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho considera digno de tutela. «El aumento de importancia de una figura significa la recíproca disminución de la otra. Así, la importancia de la causa (...) se irá extendiendo al irse quitando valor a la forma». DE CASTRO BRAVO, F. (1985). *El Negocio Jurídico*. Madrid: Civitas.

⁴⁸ Incluso, tal como recuerda ESPINOSA DE RUEDA JOVER, los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil son los acogidos por los Tribunales del orden contencioso-administrativo. ESPINOSA DE RUEDA JOVER, M. (2015). Los principios generales del derecho y su reflejo en el ámbito del derecho administrativo. Tirantonline, Doctrina, documento 4591797, disponible en <http://www.tirantonline.com/tol//documento4591797>.

⁴⁹ La SAP de Oviedo (Sección 5.^a), de 1 de julio de 2014, determina que la nulidad exige siempre esa obligación restitutoria para evitar el enriquecimiento de una parte a costa de la otra.

*(Trabajo recibido el 10-9-2015 y aceptado
para su publicación el 22-9-2015)*

La exclusión del hijo en la herencia del testador.

(Una visión actualizada de la
desheredación en el Código Civil)

*The exclusion of children from
the testator's inheritance.
(An updated view of disinheritance
in the Civil Code)*

por

MARÍA DEL MAR MANZANO FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Córdoba

RESUMEN: El instituto de la desheredación ha sido tratado tradicionalmente como una sanción al heredero forzoso que, incurso en alguna de las causas que establece el Código Civil, queda privado, por voluntad del testador, de lo que le correspondería en concepto de legítima.

Como ocurre en tantas otras materias propias del Derecho de Sucesiones, el hecho de que el Código mantenga prácticamente intacta su redacción original hace necesaria, casi un siglo y medio después de su promulgación, una interpretación o reinterpretación de las normas afectantes a la desheredación, así como dar respuesta a algunas cuestiones no resueltas entre las que se incluye la llamada desheredación parcial, la desheredación condicional, el destino de los bienes negados al desheredado, y los problemas de toda índole que plantea el

artículo 857 al señalar a los descendientes del desheredado como beneficiarios de la porción dejada vacante por este, así como la reciente admisión por vía jurisprudencial del maltrato psicológico como nueva causa de desheredación incluida en la del maltrato de obra sí recogida expresamente por el Código.

ABSTRACT: Disinheritance has traditionally been treated as a type of penalty imposed on forced heirs, who, subject to any of the causes established by the Civil Code, are deprived by the testator of the legal portion of inheritance to which they are entitled.

As in so many other inheritance law matters, the fact that the Civil Code has remained virtually unchanged with respect to its original wording makes it necessary to, almost one hundred and fifty years after it came into force, interpret or reinterpret the rules governing disinheritance, and answer some unresolved questions including the matter of so-called partial disinheritance, conditional disinheritance, the destination of the estate not awarded to the disinherited party, and all the problems envisaged in Article 857 resulting from the identification of the descendants of the disinherited party as the beneficiaries of the unclaimed estate left by the latter, as well as the recent acceptance, based on case law, of psychological abuse as new grounds for disinheritance, including the acceptance of physical abuse itself, which is expressly enshrined in the Code.

PALABRAS CLAVE: Desheredación. Legítima. Herederos forzosos.

KEY WORDS: *Disinheritance. Legal portion of inheritance. Forced heirs.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FUNDAMENTO DE LA DESHEREDACIÓN DE DESCENDIENTES.—III. CONCEPTO, REQUISITOS Y CONTENIDO. ¿DE QUÉ PRIVA LA DESHEREDACIÓN EN EL DERECHO CIVIL COMÚN? DISTINCIÓN ENTRE LEGÍTIMA Y CUALIDAD DE LEGITIMARIO.—IV. ¿QUÉ PUEDE HACER EL TESTADOR PARA EXCLUIR A UN HIJO DE SU HERENCIA? UN CIERTO APERTURISMO EN LA CONSIDERACIÓN DE LAS CAUSAS DE DESHEREDACIÓN.—V. LA POSIBILIDAD DE DESHEREDAR PARCIAL Y CONDICIONALMENTE: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA DESHEREDACIÓN PARCIAL. LA CUESTIÓN DE SU ADMISIBILIDAD. 3. LA DESHEREDACIÓN PARCIAL CUANDO LA DESHEREDACIÓN RESULTA INEFICAZ. 4. LA POSIBILIDAD DE DESHEREDAR CONDICIONALMENTE.—VI. LA ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA A LOS DESCENDIENTES DEL DESHEREDADO. EL ARTÍCULO 857 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. DIFICULTADES DE INTERPRETACIÓN DEL PRECEPTO. 3. EL DESCENDIENTE DEL DESHEREDADO NO ES LEGITIMARIO.—VII. OTROS PROBLEMAS: 1. ¿QUÉ RECIBE EL DESCENDIENTE DEL

DESHEREDADO? 2. ¿QUÉ OCURRE SI EL NIETO BENEFICIADO PREMUERE SIN DESCENDENCIA AL PADRE DESHEREDADO? 3. LA ATRIBUCIÓN CUANDO LOS DESCENDIENTES SON MENORES. 4. SI EN LA HERENCIA SOLO HAY PASIVO ¿SE APLICA EL ARTÍCULO 857 DEL CÓDIGO CIVIL? 5. DESHEREDACIÓN HECHA EN FRAUDE DE ACREEDORES.—VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Para sancionar al descendiente que incurre en alguna de las causas legalmente tasadas, el Código contempla la institución de la desheredación. Desde sus albores, esta figura ha sido considerada como un castigo que el testador prevé en su última voluntad para reprobar el agravio sufrido, mediante la privación de la cuota que por legítima le correspondería al descendiente.

Sin embargo, transcurrido casi un siglo y medio desde su promulgación, las modificaciones operadas en los preceptos que regulan la desheredación han sido pocas y de poca entidad, por lo que se advierte una falta de correspondencia entre estas normas y la realidad social. Dejando a un lado la posibilidad de desheredar a otros sujetos, como el cónyuge o los ascendientes, este trabajo se centra en la desheredación de los descendientes. En concreto, uno de los aspectos que se abordan es que el Código se está refiriendo a la desheredación de hijos y no de nietos, pues mientras vivan los primeros estos siguen siendo legitimarios y esta cualidad no se transmite a los segundos por el hecho de la desheredación.

Es necesario adaptar las normas a la realidad de hoy, al menos aplicando un criterio interpretativo que difiera del de entonces, cuando la esperanza de vida no llegaba a los cuarenta años y no eran, por tanto, frecuentes las situaciones de abandono o indiferencia hacia padres mayores que, duplicada hoy esta esperanza de vida, se suceden por desgracia con habitualidad en nuestros días. Aunque el Tribunal Supremo ha manifestado un cierto criterio aperturista en la consideración de las causas de desheredación, hay otras cuestiones que merecen atención, como la desheredación parcial y condicional o los numerosos interrogantes que plantea el artículo 857 del Código Civil.

Desde que se permite que la legítima no sea necesariamente atribuida a título de heredero —pues esta porción puede ser satisfecha en virtud de un legado, o quedar cubierta con donaciones hechas en vida por el causante¹—, el legitimario, se entiende, no es necesariamente heredero, por lo que podría plantearse si se puede, desheredado un hijo, hacerle una atribución patrimonial por otra vía, o no desheredarlo en todo lo que le correspondería como legitimario. Resulta lógico plantearse que un padre pueda querer privar al hijo de algo, pero no de todo.

Esta cuestión nos conduce a considerar la posibilidad de la denominada desheredación parcial, muy discutida históricamente por la mayoría de los autores, negada por muchos y admitida por los menos, precisamente porque el Código Civil no contiene disposición alguna sobre la desheredación parcial y

porque las dificultades que ofrece su admisibilidad explican que gran parte de la doctrina la entiendan como imposible.

Estas y otras preguntas serán objeto de estudio en este trabajo, desde una perspectiva que pretende, cuanto menos, plantear y orientar posibles soluciones a los problemas que en la práctica plantea este instituto a los operadores jurídicos encargados de su aplicación.

II. FUNDAMENTO DE LA DESHEREDACIÓN DE DESCENDIENTES

En ocasiones resulta especialmente difícil para el notario explicar al testador que acude a su despacho para determinar el destino de sus bienes *mortis causa*, que su voluntad no es soberana, sino que está constreñido por una serie de disposiciones legales que determinan quien o quienes van a ser beneficiarios de al menos una parte de su patrimonio.

Frente a la libertad de testar que tenía el *pater familias* en el Derecho Romano antiguo, la mayoría de los ordenamientos jurídicos establecen en materia sucesoria restricciones a la voluntad del causante en orden a la disposición de sus bienes *mortis causa*.

En general, los sistemas de derecho sucesorio optan por el sistema de legítimas que, con diversas variantes (en relación al cónyuge sobreviviente y a las cuantías), obliga a deferir el patrimonio del testador a favor de sus descendientes, permitiendo favorecer a unos sobre otros con la ampliación de la cuota legitimaria estricta pero, en definitiva, previendo el destino del todo o parte de los bienes del fallecido, haya o no otorgado testamento.

Desde hace décadas hay una fuerte corriente doctrinal que aboga por la modificación o supresión del sistema de legítimas entendiendo que, cuando cumple los requisitos de capacidad establecidos, la voluntad del testador ha de ser soberana y se le debe permitir dar a sus bienes el destino que desee, máxime cuando, por distintos motivos, no es infrecuente que el testador no quiera nombrar heredero a algún hijo. Las relaciones padres-hijos resultan en ocasiones complicadas y, cuando estos últimos tienen la posibilidad de abandonar el domicilio familiar y sostenerse económicamente por sí solos se produce el abandono de los padres, que muchas veces son relegados a la vida en una residencia y otras permanecen en el domicilio sin la asistencia mínima que los hijos deberían dispensarles. ¿Es que no es suficiente motivo para no favorecer a un hijo el hecho de que haya olvidado afectivamente a sus padres?

Hace un siglo la esperanza de vida no llegaba a los cuarenta años en hombres y mujeres. Hoy se ha duplicado. Ello significa que, en aquel momento, serían excepcionales las situaciones en las que los hijos tuvieran que atender a sus padres mayores, circunstancia que, hoy día, es la regla general. Esta seguramente, es la explicación del por qué el Código Civil regula las obligaciones

de los padres respecto de los hijos pero no a la inversa ¿Por qué es causa de desheredación el abandono de hijos por los padres (art. 756.1 del Código Civil) y no lo es el abandono de los padres por los hijos? Debe haberse supuesto por el legislador que los padres son adultos desde que son padres y por tanto pueden valerse por sí mismos, pero olvida que también es posible que se llegue a una situación en que los padres necesiten de la asistencia de los hijos para sobrevivir. Es más, en muchos aspectos el legislador considera al mayor como sujeto vulnerable y le dispensa una protección especial.

De la misma manera, el artículo 854 prevé la posibilidad de desheredar al progenitor por las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad (art. 170 del Código Civil) como consecuencia de sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma que son los que recoge el artículo 154 del Código Civil: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes.

Bien es cierto que ninguna norma legal recoge estos deberes ni otros parecidos en relación a los hijos respecto de los padres, pero creo que no cabe ninguna duda que, moralmente, existe al menos el deber de velar por los padres cuando la vejez o la enfermedad, o ambas, les impiden hacerlo por sí mismos².

Esta obligación puede presumirse incluida en el deber de alimentos que sí tienen los hijos respecto de sus progenitores, donde la asistencia médica a la que se refiere el artículo 142 del Código Civil podría, en este caso, entenderse como asistencia genérica de todo tipo, sin que forzosamente sea de tipo médico. Nada dice el Código Civil al respecto. Mucho menos de otras posibles causas, como la inexistencia de relación familiar alguna o, simplemente, la existencia de una mala relación.

Tradicionalmente se ha entendido que si bien el principio de libertad de testar respeta la autonomía jurídica del sujeto, deja indefensa a la familia, para quienes los deberes y sentimientos son incompatibles con el principio exclusivo de disposiciones arbitrarias³.

SÁNCHEZ ROMÁN (1910, 1095) encuentra el fundamento de la desheredación en el hecho que, de suprimirla, se desposee al ascendiente, y sobre todo al padre, de uno de aquellos medios de más eficaz garantía, por el estímulo humano del interés individual, que representa la facultad de desheredar con justa causa, para mantener la disciplina y la justicia familiares, ya que, el padre ejerce facultades de juez cuando premia y castiga, con motivo de su sucesión, por medio de las mejoras y de la desheredación, respectivamente.

Lo cierto es que la voluntad del testador tiene un alcance limitado⁴, aunque se le permite, mediante el instituto de la desheredación, privar de lo que le correspondería a un hijo cuando concurra una de las causas que el Código señala. La voluntad del testador supone, también aquí, un factor esencial para que opere la institución, voluntad que solo puede desenvolverse dentro del

testamento que la invoca, cuando ha tenido lugar una falta o atentado grave contra él, cuando el perjudicado no la niega y además puede probarse. La ley reconoce ciertos derechos a los legitimarios que pueden serle negados cuando exista causa que lo justifique⁵.

Pretender que la sustracción de todo margen de actuación al determinar el destino de nuestros bienes beneficia a alguien, carece hoy de fundamento social, jurídico y moral.

Dice O'CALLAGHAN (2015)⁶ que no tiene sentido modificar o ampliar la desheredación, que es una expresión mínima y poco frecuente de la legítima. Lo que el Código Civil debe hacer y decir es que la legítima queda eliminada y consagrada la libertad de testar. Las razones que abonan esta conclusión se desprenden de la propia realidad, realidad social, económica, física y jurídica.

Puede que en un futuro no muy lejano haya otra solución y, a la luz del nuevo Reglamento Europeo de Sucesiones, cuya entrada en vigor está prevista para agosto de 2015, acogerse el testador a la posibilidad que la norma ofrece de elegir el criterio de la residencia habitual del causante (última residencia declarada o ejercida) para determinar la Ley que va a regir su sucesión. La legislación anglosajona (Inglaterra, Escocia, Irlanda del Norte y Gales), permite una libertad total en la disposición de los bienes. Se trata de «paraísos hereditarios» que harían posible que todos los padres mal avenidos que quieran disponer de su herencia libremente puedan hacerlo sin traba alguna.

III. CONCEPTO, REQUISITOS Y CONTENIDO. ¿DE QUÉ PRIVA LA DESHEREDACIÓN EN EL DERECHO CIVIL COMÚN? DISTINCIÓN ENTRE LEGÍTIMA Y CUALIDAD DE LEGITIMARIO

Aunque el Código Civil no dice qué es la desheredación, de los preceptos que le dedica, la doctrina ha extraído conceptos muy similares en los que la esencia la constituye la privación de la legítima, aunque, a consecuencia de esta falta de definición en el derecho positivo, lo que efectivamente incluya o, mejor dicho, excluya la desheredación, plantea muchos interrogantes.

Para MORENO QUESADA (2012, 647) desheredar es privar a un heredero forzoso, por medio de una disposición testamentaria y en virtud de una causa prevista por la ley, de la legítima que como tal le corresponde. Desheredar, decía ROYO MARTÍNEZ (1951, 247) es privar de la legítima por causa grave, justificada y demostrable a quien por razón de parentesco tendría derecho a ella. SÁNCHEZ ROMÁN (1910, 1103) escribió que la desheredación es una institución de Derecho Civil establecida como facultad concedida al testador para reprimir las graves faltas y la maldad de aquellos que debieran heredarle; y, tratándose del padre, el medio de castigar, valiéndose de su propia autoridad, al hijo que, por su conducta o por las ofensas que le haya causado, se haga

indigno de sucederle. VALLET DE GOYTISOLO (1, 1982, 505), quien se ha ocupado profundamente de esta institución, la define como el acto formal por el cual el testador, invocando una causa legal y cierta, excluye de su derecho a un legitimario. RIVAS MARTÍNEZ (1992, 435), reproduce esta misma definición.

De la lectura detenida de estas expresiones, aunque semejantes, surgen matices y dudas porque parece que, al menos doctrinalmente, es posible tomar como base del concepto de desheredación, bien la exclusión del legitimario en aquella atribución patrimonial que le hubiera correspondido en concepto de legítima de no haber sido desheredado; bien en lo anterior, más en aquellos derechos y facultades que, como legitimario, le pertenecerían de no haber sido excluido.

La cuestión tiene su importancia, porque el heredero forzoso, además de ser tributario de la porción legítima que, en proporción al número de colegitimarios y dependiendo del hecho de que el testador haya hecho uso o no de la facultad de mejorar le correspondería, es una pieza poderosa en la herencia, pues le asisten derechos y facultades de vital importancia, como el de intervenir en la partición, la posibilidad de ejercitar la acción de derecho al complemento o la de exigir la reducción por inoficiosidad. Y como además, si el desheredado tiene descendientes, dice el Código que estos *ocuparán su lugar* (art. 857 del Código Civil), es de vital trascendencia determinar qué pierde el desheredado, pues será esto lo que aquellos reciban.

Históricamente la desheredación privaba de la herencia. En Roma los *exheredados* se contraponían a los instituidos herederos⁷. Quedaba a la libertad del testador exheredar sin necesidad de alegar o justificar causa alguna. Posteriormente, la Novela CXV estableció la necesidad de que estuviera fundada en una justa causa y la prueba por el heredero en caso de ser negada por el desheredado.

El Derecho Justiniano fue recibido en las Partidas (Partida 6.^a, Título VII), que recogieron las justas causas de desheredación de los descendientes, de los ascendientes y del hermano. En cuanto a los descendientes, explicaba que «*Si el padre deshereda a su hijo por alguna razón cualquier de las que diximos en las leyes antes de esta, si fuere provada, dezimos que deve perder por ende el fijo la heredad del padre*».

El artículo 813.1 del Código Civil dice que «El testador no podrá privar a los herederos *de su legítima* sino en los casos expresamente determinados por la ley» y, después, en los artículos 848 a 857, regula la desheredación. No determina, sin embargo, si la desheredación priva de la herencia, de la legítima, o de la condición de legitimario con todos los derechos y facultades que le son inherentes.

Pudiera ser que la clave esté en el propio artículo 857: «Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de los herederos forzosos respecto a la legítima». No dice que atribuya a los hijos y descendientes «sus derechos como legitimarios», sino que conservarán los derechos de herederos forzosos «*respecto a la legítima*». Solo (MARTÍNEZ

DE AGUIRRE Y ALDAZ, 1991, 133) los que se refieren a la legítima, pero no todos sus derechos como herederos forzosos, como el derecho a no ser preterido, por lo que concluye que esta «representación» queda restringida en los supuestos de indignidad y desheredación a aquellos derechos dirigidos a obtener su porción legitimaria, con exclusión de los referentes a la preterición.

Por el contrario, se puede entender que nuestro sistema de derecho sucesorio deja a la libre determinación del causante la disposición de la legítima dentro de los límites legales, pero no la condición de legitimario, porque las atribuciones que le competen no dependen de lo que el causante quiera, por lo que en cuanto acto de privación, la desheredación solo puede privar de aquello que se tiene con independencia de la voluntad del causante. En definitiva, de aquello que tiene derecho a exigir por su condición de tal.

Como dice BERMEJO PUMAR (2005, 518), la desheredación niega lo que cada sistema concede al legitimario. Si se entiende que priva de la condición de legitimario, podría concluirse —señala— que debe computar lo que en otro caso no debe y que lo recibido por el que sea desheredado se asigna a la porción de libre disposición, lo que supone una restricción a la libertad de disposición del testador. Para poder hacer alguna atribución al desheredado, el testador solamente podría imputarla al tercio libre, lo que no tendría que ser así si entendemos que la desheredación no priva de la cualidad de legitimario, porque podría hacerse la imputación al tercio de legítima y no se perjudicaría la libertad de atribución del causante.

La interpretación lógica y sistemática de los preceptos de la desheredación avalan esta idea: la cualidad de legitimario es indisponible; la atribuye la Ley y lo hace sin excepción. El testador no puede retirar la consideración de legitimario al hijo; puede privarle de su atribución que, por efecto del artículo 857 del Código Civil, pasará a los descendientes directos de este, pero seguirá siendo legitimario porque el artículo 807 del Código Civil le concede esta cualidad por los lazos de parentesco que le unen con el causante.

La voluntad del causante es excluir a quien no se puede excluir si no es desheredando, o desheredando sin causa, ya que es heredero forzoso. Si esta voluntad queda manifestada en el testamento y, cumpliendo los requisitos que exige el Código, no es contradicha o siéndolo resulta probada, habrá que concluir también que en el supuesto que en una misma sucesión convivan la testada y la intestada, por no haber dispuesto el causante de todos sus bienes en el testamento, o por existir en el momento de la apertura de la sucesión más bienes de los que formaban su patrimonio en el momento del otorgamiento, desheredado un legitimario en la primera lo será también en la segunda⁸.

La exclusión del desheredado de la sucesión intestada es (VALLET, 3, 1978, 569) un reflejo de la voluntad del causante manifestada al desheredar que, si quiere privar al que deshereda de lo que forzosamente le era debido, es evidente que tanto más le quiere excluir de aquello que solo depende de su voluntad dejárselo o no dejárselo.

Ignacio CASSO (1940, 5-6) estudió la exclusión de herederos en la sucesión legítima. Esta, entiende, puede hacerse de modo legal o voluntario. Al primer supuesto hace referencia la tradicional desheredación tal y como la entendemos en nuestro derecho positivo, es decir, la privación de la cuota legítima de los herederos forzosos. Sin embargo, la exclusión voluntaria, hecha libremente a arbitrio del testador, sin traba ni predeterminación legal alguna, supone la privación de la herencia de los llamados por ley a la sucesión intestada. Es la denominada *Enterbung* germánica: «la exclusión total o parcial y mediante acto de última voluntad de un heredero llamado a la herencia legítima». Señala como los medios más frecuentes de hacerla:

La que denomina desheredación tácita de herederos forzosos, de manera que la persona con herederos legítimos llamados a sucederle *ab intestato*, no los excluye expresamente de su herencia, pero en su testamento llama a otros herederos.

Un segundo supuesto en el que el testador no instituye ningún heredero en su acto de última voluntad; simplemente excluye de su herencia, en todo o en parte, a alguno o algunos de sus herederos llamados a sucederle *ab intestato*. Hay exclusión expresa del heredero legítimo apartado y hay, además, un testamento que podría llamarse puramente negativo, por no contener disposición alguna positiva.

Dado que en ambos casos es necesario que, si se trata de un legitimario, no se le prive de la cuota hereditaria que le corresponde legalmente, esta exclusión no es posible en nuestro Derecho, pues no da lugar a los efectos propios de la desheredación y, además, no es legal la exclusión tácita.

En cuanto a los requisitos que debe cumplir la desheredación para que pueda tener lugar, señala el Código:

Ha de hacerse en testamento (art. 849 del Código Civil). El testamento puede ser de cualquier clase, aunque no es válida la remisión a otros documentos a no ser que estos puedan ser eficaces como testamento ológrafo.

Es preciso que la designación sea clara e indubitada, por lo que serán de aplicación en este punto, aunque expresamente no lo diga el Código los artículos 772 y 773 del Código Civil en cuanto a la designación de la institución de heredero.

Se ha de expresar la causa legal en que se funde (849 del Código Civil), no siendo imprescindible que se precisen los hechos constitutivos.

La STS de 9 de junio de 1947, recogiendo la doctrina sentada por STS de 4 de noviembre de 1904, señaló que no es precisa su reseña circunstanciada, siempre que se haga factible su individualización y no se impida la posibilidad de impugnarla, pues la acreditación de su realidad y circunstancias en juicio incumbe al heredero cuando la otra parte la contradiga, siendo válida la expresión del hecho constitutivo aunque no se exprese la causa legal en que se funde⁹.

Se admite el señalar una causa genérica que puede comprenderse en alguna o varias de las legalmente tipificadas¹⁰. Además, aunque no se precise ni el hecho ni la causa, si las palabras del testador son lo suficientemente explícitas para hacer entender que se refirió a los hechos ocurridos, calificados por la ley como causa de desheredación, la disposición es válida.

En el supuesto de existir una causa de indignidad de uno de los herederos al tiempo de otorgar testamento, la figura de la desheredación impide que el silencio del testador se tome como remisión tácita o que, en otros casos, en la falta de prueba de la indignidad, ese silencio se tome como preterición.

IV. ¿QUÉ PUEDE HACER EL TESTADOR PARA EXCLUIR A UN HIJO DE SU PARTICIPACIÓN EN LA HERENCIA? UN CIERTO APERTURISMO EN LA CONSIDERACIÓN DE LAS CAUSAS DE DESHEREDACIÓN

La desheredación del descendiente plantea, a mi juicio y, entre otros muchos interrogantes, dos cuestiones eminentemente prácticas: la primera, que la rigidez del elenco de causas del 853 lleva a situaciones injustas; la segunda, que una vez que concurre y se prueba la existencia de la causa es un «todo o nada», es decir que, en principio (aunque intentaré explicar que puede no ser así) o se deshereda en todo o no se deshereda, pero que no se prevé, al menos en el Código Civil, que el testador quiera y pueda privar al legitimario de algo, o de mucho, pero no de todo.

Nuestro derecho común, en relación al derecho sucesorio, establece un sistema de legítimas cuya excepción es la desheredación. Si el testador, por tanto, quiere excluir a un legitimario, lo único que puede hacer es desheredarlo. El sistema es inflexible: la desheredación solo puede tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley. Además de las recogidas en los apartados 2, 3, 5 y 6 del artículo 756 del Código Civil que, por su gravedad, no son frecuentes en la práctica, las que recoge el 853 del Código Civil en sus apartados 1 y 2: haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda o haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra¹¹. Téngase en cuenta que la concurrencia de alguna de estas circunstancias habrá de probarse por los herederos si es que el desheredado la niega (art. 850 del Código Civil), porque si no se puede probar anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado y también las demás disposiciones que perjudiquen la legítima (art. 851 del Código Civil).

Pero, ¿es que no existen otros motivos para desheredar a un hijo? ¿No lo sería el dejar de hablar a los padres durante años, o el ingresarlos en una residencia contra su voluntad, o simplemente negarles el afecto que durante toda nuestra vida nos dieron ellos? Entiendo que justificar la ampliación de la

lista del 853 no es difícil, más al contrario, lo es entender que solo son esas las causas para desheredar a un hijo.

Señala acertadamente MIQUEL GONZÁLEZ (2002, 153-190)¹² que es dudoso que una voluntad valorada como injusta por el ordenamiento jurídico, sea valorada como justa para otro efecto. Es decir, que si el testador deshereda por una causa que el ordenamiento considera insuficiente —como pudieran ser las expuestas en el párrafo anterior— pero cierta, puede decirse que tuvo voluntad de no dejar nada al legitimario, pero que al no estar valorada como suficiente por el Ordenamiento, no puede valorarse adecuadamente. Hay —señala— demasiados elementos sociales en la constitución de esa voluntad del testador, que, además, no siempre están en consonancia con los principios constitucionales.

Sin embargo, entiendo que en ocasiones sí que lo están, y por eso la Jurisprudencia viene últimamente manteniendo una línea aperturista en este sentido.

En palabras de VALLET, el alcance que deba darse a la libertad de testar depende del clima social y moral que exista en cada momento histórico y en cada país «todas las circunstancias de tiempo y lugar: el clima social y moral de la época y país, costumbres y usos vividos, objeto y contenido de la herencia, netamente influidos por la geografía física, económica y social concreta». Y, lo cierto es que, el notario, por regla general, se pregunta por qué no puede prevalecer la voluntad del progenitor que cumple los requisitos de capacidad que exige el Código Civil para disponer de sus bienes, sobre el encorsetamiento de la escueta lista de causas del artículo 853 del Código Civil.

No se comprende, por ejemplo, por qué es causa de desheredación el abandono de hijos por los padres (art. 756.1 del Código Civil) y no lo es el abandono de los padres por los hijos ¿Olvida el legislador hoy lo más frecuente es que se llegue a una situación en que los padres necesiten de la asistencia de los hijos para sobrevivir y no a la inversa?

Del limitado elenco que recoge el artículo 853 del Código Civil, se pueden extraer conclusiones que realmente sí que afectan al principio de igualdad que consagra nuestra Constitución, como que es causa expresa de desheredación de un hijo el maltrato o injuria al padre pero no es causa de desheredación el maltrato o injuria al hijo, si bien la remisión al 170 del Código Civil lo permitiría pero en el caso del hijo no es necesaria sentencia y en la del padre sí.

Quizá el Código debería contemplar la necesidad de que existan unas mínimas relaciones entre parientes, pues la excesiva rigidez de la lista del 853 puede llevar y, de hecho, lleva, a situaciones injustas. Resulta desolador que un padre quiera desheredar a un hijo porque ni le coge el teléfono o porque no sabe nada de él desde hace años, y no pueda hacerlo. La desheredación socialmente es vista no solamente como una privación de la legítima, sino como una especie de deslealtad a los lazos de sangre.

El Tribunal Supremo en sentencia de 20 de septiembre de 1975 indicó que las causas de desheredación son de interpretación estricta. Por tanto, *numerus clausus*,

sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva, aunque resulta indubitado que existen otras causas de mayor entidad. Algo, sin duda, difícil de defender cuando, además, el Código no dice que estas causas se deban interpretar restrictivamente.

A favor de la interpretación restrictiva y de la aplicación estricta del elenco del 853 del Código Civil se argumenta que es el único modo de evitar la incertidumbre y el peligro de arbitrariedad, porque de otra forma se daría al traste con todo el sistema legitimario establecido a favor de los hijos (RIVAS MARTÍNEZ, 1992, 441). Esta afirmación, que no comparto, coloca a la intangibilidad de la legítima por encima de la voluntad del testador, lo que creo que no es acertado. Sería inaceptable entender (SÁENZ DE SANTAMARÍA VIERNA, 2011, 539-558) que la legítima «a todo evento» es un derecho absoluto, innegable, derivado de la pura generación biológica y en el que ni cabe la graduación y ponderación ni influyen las circunstancias de las personas ni las conductas de los protagonistas. Predica la interpretación restrictiva de las propias legítimas, y no de la excepción a este principio. Respetar las legítimas es importante, pero lo fundamental es el principio de que la herencia se rige por la voluntad del testador.

El Derecho no solo regula la vida en sociedad sino que además es producto de esta, vive y se desarrolla con esta para servir en favor de una mejor convivencia (orden) social (interpretación sociológica de las normas); de ahí que su interpretación no se puede realizar ajena a la influencia del contexto social en el que será aplicado (ALBALADEJO GARCÍA, 1989, 41).

Las paterno filiales son, sin duda, relaciones habituales, y el Derecho debería contemplar también los supuestos en que entran en crisis. Pero es que, además, el propio Código impone en el artículo 675 la interpretación literal de las disposiciones testamentarias «a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, según el tenor del mismo testamento». Este criterio debe completarse con el criterio general de interpretación conforme a la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas que se contiene en el artículo 3.1 del Código Civil.

Como se ha indicado, este encorsetamiento legal de las posibles causas de desheredación ha dado lugar durante décadas a injustas situaciones, manifestándose una cierta tendencia aperturista, aunque el Tribunal Supremo no engrosa el elenco legal, pero entiende subsumido el maltrato psicológico en el maltrato de obra.

El Tribunal Supremo ha entendido incluido el maltrato psicológico en el maltrato de obra, hasta hoy en dos sentencias de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015. En la primera de ellas, la sentencia de Instancia desestima la pretensión de los legitimarios desheredados, que entienden que han sido desheredados injustamente por el testador solicitando la nulidad de la cláusula testamentaria por la que se les desheredó, la de la institución de heredero en cuanto les perjudique y se reconozca su derecho a percibir la legítima con cargo a los bienes que integran el caudal hereditario. En apelación, la AP confirma la resolución de Instancia. Los interesados interponen recurso de casación ante el

TS basado en un único motivo: la infracción de los artículos 850, 851 y 853 del Código Civil, entendiendo que los hechos imputados no son subsumibles en el último artículo citado, injurias o insultos que, dada la interpretación restrictiva de la institución, no tienen entidad suficiente para provocar la desheredación y, a su vez, la falta de relación afectiva o el abandono sentimental de los padres son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral y no a la apreciación o valoración jurídica.

El TS entiende que aunque las causas de desheredación son solamente las que expresamente señala la ley, sin posibilidad de analogía ni de interpretación extensiva, *ello no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley deba ser apreciada con un criterio rígido o sumamente restrictivo. Los malos tratos o las injurias graves de palabra deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen.*

En la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión que encierra el maltrato de obra. La inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica 1/2004 de Protección Integral de la Violencia de Género.

Esta argumentación la refuerza el TS con el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos, no solo como canon interpretativo sino también como principio general del derecho que, en el marco del derecho de sucesiones se proyecta en el principio del «favor testamenti».

Junto al pretendido abandono emocional, los hijos incurrieron en un maltrato psíquico y retirado contra su padre del todo incompatible con los deberes de respeto y consideración que derivan de la filiación. Situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios.

Esta doctrina se reitera en la STS de 30 de enero de 2015.

V. LA POSIBILIDAD DE DESHEREDAR PARCIAL Y CONDICIONALMENTE

1. PLANTEAMIENTO

Una cuestión que tradicionalmente ha preocupado a la doctrina —dado que el Código Civil guarda silencio en este punto— es la de si es posible desheredar

parcialmente, lo que significaría una reducción de la porción de la que se priva al legitimario desheredado y, por tanto, asignación en algo¹³.

En general se acepta que, aunque el Código no lo diga, es indudable que la desheredación ha de ser total y no parcial, asumiendo como de todo punto inaceptable que, teniendo su fundamento esta institución en la existencia de un sentimiento profundo de agravio por el desheredado en la persona del testador o en su honor, no hay posibilidad de fraccionar este sentimiento, aplicando una desheredación parcial, contraria a la economía jurídica de la desheredación (SÁNCHEZ ROMÁN, 1910, 1109).

En el supuesto de la desheredación condicional las referencias son confusas, pues no se detalla qué es o puede ser esta figura.

En términos generales se dice que hace referencia a que el testador deje prevista en testamento la desheredación para el supuesto que el legitimario incurra con posterioridad en una causa de desheredación. Dado que dicha causa ha de venir recogida en el testamento (art. 849 del Código Civil), en principio hay que entender que no es posible desheredar ahora bajo la condición de que la causa concurra después.

2. DESHEREDACIÓN PARCIAL. LA CUESTIÓN DE SU ADMISIBILIDAD

Para defender su admisibilidad se suele decir que si queda al arbitrio del causante imponer la pena o no —aunque la causa de desheredación exista— debe permitirse también a este atenuarla, privándolo de todo como heredero forzoso pero convirtiéndolo en heredero voluntario.

VALLET¹⁴ admite la desheredación parcial, la atenuación de una pena que en materia penal se permite a las autoridades judiciales, y que entiende que debe permitirse también al padre que deshereda a un hijo.

BATLLE VÁZQUEZ (1951, 63-69) que, en el propio título de su estudio anuncia su imposibilidad, pues los preceptos del Código Civil están redactados sobre la base de la desheredación total, cesando incluso la obligación alimenticia (art. 152.4), entiende que se comprenden en este concepto de desheredación parcial dos supuestos: hacer una manda o legado cuando se deshereda en lo demás y excluir al heredero en un fundo o bien concreto.

Recoge los textos históricos que apoyan la invalidez de la desheredación parcial, en particular, las palabras de SCAEVOLA, que tacha de inmoralel ejercicio parcial de la facultad que tiene el testador de imponer o no la pena de la desheredación. El perdón, entiende SCAEVOLA, no puede ser parcial. Admite que la idea de desheredar desaparezca en la conciencia del testador, pero no que desaparezca en una parte y que continúe viva en otra, base necesaria para que pudiera permitirse desheredar en parte solamente.

Apunta que puede parecer extraño que el testador que puede privar del todo no pueda hacerlo de una parte, pero que hay que situarse en la aprecia-

ción conjunta del sistema hereditario del Código que rechazó la doctrina de la libertad de testar y estableció un sistema de sucesión con disposición limitada, en la cual hay un máximo de restricción de la voluntad, la legítima estricta. Si al padre le fuera lícita una distribución distinta y pudiera disponer según los méritos de los hijos, sin los límites prefijados, sobrarían estos.

Y concluye que con este rigorismo se han querido buscar más dificultades para la desheredación «si la persona ofendida tuviera facultad para regular por partes su ofensa y su derecho, se decidiría con más facilidad a usar de él que no sabiendo que tiene que optar entre el todo y la nada, en cuya situación es mucho más difícil la decisión y la misma dificultad hace que para la determinación preceda mayor deliberación y con ella mayor grado de perfección en el juicio».

Lo primero que llama la atención en este punto es la disparidad de opiniones sobre lo que sea esta figura, pues para unos se trata de reducir lo que al desheredado le correspondería como legítima estricta y, para otros, se trata de efectuar algún tipo de atribución patrimonial al margen de dicha legítima, imputándola, por ejemplo, al tercio libre. Es cierto que no tiene mucho sentido desheredar por un lado y atribuir por otro, pero puede que esta segunda vía sea la correcta para llegar a la primera: conseguir, a efectos patrimoniales, no desheredar en toda la legítima, privando nominalmente de toda porque eso es lo único que permite el Código, pero asignando bienes fuera de ella. Sería tanto como poder, a voluntad del testador, modular los devastadores efectos de la desheredación.

La determinación de su posibilidad va a depender de lo que entendamos que el desheredado queda privado al hacer uso el testador de esta sanción: privación de la condición de legitimario o privación de lo que le correspondería al legitimario por el hecho de serlo.

Para ROYO MARTÍNEZ (1951, 253), la desheredación produce como efecto la privación total de participación en la herencia. Dada la naturaleza punitiva y rigurosa de la desheredación, entiende obvio que ha de ser estimada inadmisibles e ineficaz la desheredación parcial, es decir, que aun mediando causa legal demostrable, no podrá el testador ampararse en ella para, sin privar totalmente de la legítima, reducir lo que en concepto de tal debiera corresponder al legitimario. En consecuencia, resulta también incompatible con la desheredación cualquier atribución de bienes por vía de donación o legado, ya que la asignación de una u otro llevaría implícito el perdón.

Por su parte, VALLET (1, 1982, 108), que ha ido contracorriente en este punto, entiende que para resolver la cuestión de la posibilidad de la desheredación parcial hay que partir de la modificación del concepto de desheredación operado en el Código Civil, puesto que desheredar ya no es excluir del título de heredero por el cual, conforme al derecho anterior, debía atribuirse la legítima. Eliminada la prohibición romana y de las Partidas, ya no es necesario que la legítima sea otorgada a título de heredero. Se puede, por tanto, ser desheredado y a la vez, heredero.

Desheredar parcialmente puede ser señalar que se deshereda en parte, y también hacer alguna atribución por otra vía, lo que supone, finalmente, que la desheredación sea solo parcial.

Puede también entenderse que desheredar parcialmente consiste en reducir la cuota del desheredado parcialmente o privarle de alguna de las facultades que al legitimario le corresponden por razón de ella y por el hecho de serlo, como el derecho al complemento o la posibilidad de pedir la reducción por inoficiosidad (BERMEJO PUMAR, 2005, 519), aunque para llegar a esta conclusión deberíamos admitir que el desheredado no deja de ser legitimario o que, al menos, no deja de serlo del todo.

Admitir la desheredación parcial, por tanto, supondría que la cuantía de aquello de lo que se priva al desheredado sería variable por voluntad del causante. Se podría privar solamente de alguno o algunos de los bienes que, de no haber sido desheredado, corresponderían al legitimario a quien, de ser desheredado parcialmente, eso sí, se le priva de la posibilidad de pedir el complemento a la legítima o del ejercicio de otras acciones que competen al legitimario, pues deja de serlo¹⁵.

Las Partidas recogieron la prohibición de desheredar parcialmente (ley 3, título VII, de la Partida VI). Esta prohibición no se recibió en el Código Civil, lo que ha llevado a autores como VALLET a considerar posible la desheredación parcial.

SÁNCHEZ ROMÁN (1910, 1109) sostiene que el legitimario nunca pierde la condición de hijo y, por tanto, de la condición de acreedor del derecho a alimentos, por lo que defiende la validez de las atribuciones del causante al hijo desheredado, aunque no considera posible la desheredación parcial: «No cabe desheredación parcial: ni los precedentes legales la abonan, ni el Código la autoriza ni la razón la consiente». Si el desheredante puede proveer de alimentos al desheredado y, a dicho fin, puede aplicarle algunos bienes hereditarios, ¿dónde están los límites? en la cuantía de los alimentos y en el modo —directo o indirecto— de atribuirlos (VALLET DE GOYTISOLO 1, 1982, 108). En cuanto a la forma de hacer la asignación propone la fórmula modal de LACRUZ o el legado. Más incorrecto es expresar que se deshereda solo en parte o que se instituye en menos de la legítima a quien previamente se ha desheredado, aunque no se puede hacer depender la validez de la institución de la forma en que se expresa, prescindiendo de cuál es su esencia.

Las causas de desheredación también lo son de privación del derecho a alimentos. El Código señala como causa de cese de la obligación de dar alimentos el hecho de que el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna de las causas que dan lugar a desheredación (152.4.º del Código Civil). Ello supondría que, por causa del alimentista, otro se vería obligado a prestarlos siguiendo el orden de prelación del 144 del Código Civil. Solución a todas luces injusta, pues otros parientes se verían perjudicados con la obligación de atender al alimentista en este sentido.

Entiendo, en consecuencia, que debe ser válido el legado de alimentos a favor del desheredado¹⁶. Alimentos, eso sí, que sean debidos al alimentista con posterioridad al momento de fallecimiento del ascendiente, y que deben imputarse a la legítima, porque como señala VALLET (2, 1978, 511), no hay razón para que la desheredación merme el tercio de libre disposición. Sin embargo, si se admitiera que la desheredación priva de la condición de legitimario y de todo lo que ello conlleva, no se puede concluir que el desheredado pueda recibir bienes del testador y que estos sean imputables a su legítima. Recibir bienes, sí, pero no en concepto de heredero forzoso.

Esta posible contradicción la solventa ALGABA ROS (2002, 107 y 219) argumentando que el legitimario no pierde esta condición sino solo «el derecho a reclamar lo que por legítima le corresponda, pero conserva su cualidad de legitimario para el cálculo de la legítima y a efectos de imputación. Si ello no fuese así la desheredación perjudicaría la libertad de disposición del testador respecto del tercio libre». Estos bienes serían imputables a la legítima del desheredado aunque este no tendría la posibilidad de solicitar lo que por legítima le corresponda.

De lo que se ha asignado al desheredado parcialmente (sea una parte de la cuota o sean alguna de las facultades del legitimario) queda el resto, que según el artículo 857 corresponde a la stirpe. Pero ¿qué comprende ese «resto»?

En epígrafe aparte se estudian los problemas que plantea el artículo 857 del Código Civil, pero en este punto, si entendemos posible la desheredación parcial, aflora el inconveniente de determinar en qué posición queda el desheredado respecto a sus descendientes favorecidos por el 857, pues aquel recibirá la atribución que quiera el testador (una donación o un legado) y estos aquello en lo que efectivamente hubiera sido desheredado su ascendiente: «ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». No jugará el 857 en su totalidad, sino que en el mismo puesto concurrirán el desheredado y sus descendientes, cada uno de ellos en lo que le resulte asignado, al primero en el testamento y, a los segundos, por el juego del artículo 857.

Como acertadamente señala BERMEJO PUMAR (2005, 522), habría tres partes en el mismo puesto: la que se asigna al desheredado, la que recibe la stirpe y la que aumenta la porción de los demás legitimarios.

Pensemos que el testador deshereda a uno de sus tres hijos y a los demás los instituye «por partes iguales» (o que dice algo así como que instituye a los tres por partes iguales y deshereda a uno, al que no obstante lega una cantidad que imputa al tercio libre). El desheredado lo ha sido en más de lo que le correspondería por legítima estricta (legítima más mejora), pero por otra parte recibe una atribución. ¿Qué reciben sus descendientes por aplicación del mecanismo del 857 del Código Civil? Si la desheredación es una sanción que va dirigida a uno de los legitimarios, y se le priva de su cuota en la totalidad de la herencia, ¿reciben los descendientes solamente la legítima estricta? Y, si así

fuera, lo que excede de esa legítima estricta ¿debería asignarse a la masa de reparto entre los demás legitimarios?, porque el 857 se refiere a «los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima»¹⁷.

En conclusión, entiendo que el silencio del Código Civil es la confirmación de la posibilidad de la desheredación parcial. Siendo soberana la voluntad del testador y sin contradecir nuestro derecho positivo, se debe admitir la posibilidad de graduar los efectos de la desheredación que, por otra parte, ha de ser siempre de interpretación restrictiva por la privación de derechos que entraña.

Dijo VALLET (2, 1978, 510 y 511) que al desaparecer el principio «nadie puede morir en parte con testamento y en parte sin él o nadie puede morir en parte testado y en parte intestado», (la incompatibilidad de la sucesión testada e intestada), solo queda en pie la cuestión de si el padre puede graduar la pena, reduciéndola o si, por el contrario, solo puede excluir totalmente las consecuencias de la desheredación, reconciliándose.

Si las autoridades judiciales pueden tener en cuenta circunstancias atenuantes para reducir la pena, ¿Por qué el padre ha de ser de peor condición? Puede, dice, imputarse al tercio de legítima un bien asignado al desheredado. No lo obstaculiza el 857, ya que los hijos ocupan el lugar de su padre desheredado, pero únicamente para recibir aquello de que efectivamente sea privado su padre por la desheredación. Y, por tanto, deberá deducirse de la correspondiente legítima cuanto el desheredado haya recibido o reciba del desheredante, si este no hubiese ordenado cosa diferente o se dedujera que fue otra su voluntad, y en tanto lo deducido sea —conforme a las reglas normales de la imputación— imputable a la cuenta de la legítima.

3. DESHEREDACIÓN PARCIAL CUANDO LA DESHEREDACIÓN RESULTA INEFICAZ

El artículo 851 del Código Civil señala que la desheredación hecha sin expresión de causa o por causa que no se probare o que no sea una de las señaladas por el Código, anulará la institución de heredero porque en esta no se ha tenido en cuenta al desheredado que después resulta no serlo, aunque valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en cuanto no perjudiquen dicha legítima.

La STS de 23 de enero de 1959¹⁸ fija las consecuencias jurídicas y económicas de la improcedencia de la desheredación, interpretando lo que nos quiere decir el del Código Civil cuando señala «anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado, pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en cuanto no perjudiquen dicha legítima». En el supuesto de hecho que resuelve la sentencia, el testamento no contenía disposición alguna en cuanto a mejoras y legados. La sentencia recurrida entendía la nulidad absoluta de la institución por este motivo; en el recurso, conforme

a la sentencia de instancia, se sostiene que la nulidad es solo eficaz en cuanto perjudique a los desheredados, perjuicio concretado a la participación en la legítima estricta de la herencia.

La desheredación solo anula la institución cuando perjudica al desheredado; en caso contrario es válida. Se pregunta dónde empieza y acaba el perjuicio del desheredado, en qué consiste tal perjuicio. Atribuir la ineficacia total y absoluta de la institución es consecuencia de la preterición, y no de la desheredación, en la que hay una voluntad declarada del testador.

Hay que examinar hasta donde llegan las facultades de disposición testamentaria del padre en relación a los hijos y cuáles sean los derechos absolutos e intangibles de estos frente a aquel en la sucesión hereditaria.

Atendiendo a la normativa del Código Civil los hijos no tienen más derecho en la sucesión de los padres, en contra de la voluntad de estos, que a la legítima estricta. El otro tercio de la herencia y todo lo demás depende de su soberana voluntad con las limitaciones en cuanto a la mejora.

La sentencia entiende que el 851 del Código Civil no solamente salva las mandas y mejoras que el testamento contenga, sino todas las demás disposiciones en lo que no perjudiquen la legítima, la misma institución de heredero en cuanto no afecte a esta.

Debe entenderse por tanto excluido de la mejora y del tercio de libre disposición, puesto que la institución de heredero prevalece en toda la extensión en que no afecta a una prohibición legal o a la lesión de un derecho necesario o absoluto.

4. LA POSIBILIDAD DE DESHEREDAR CONDICIONALMENTE

Hace referencia a que el testador, ante la fundada sospecha de que el legítimo incurra en una causa de desheredación, deje prevista en el testamento la desheredación para caso que efectivamente concurra. En principio hay que entender que no es posible desheredar ahora bajo la condición de que la causa concurra después.

Podría, no obstante, el testador, tener certeza de la existencia de la causa, y condicionar la desheredación a que resulte aquella probada con posterioridad. Este supuesto sí sería admisible, porque el artículo 850 del Código Civil señala que la prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare. En realidad no se está condicionando la concurrencia o no de la causa, sino su prueba, lo que el Código no exige para desheredar, sino solamente en el supuesto que sea contradicha.

En este sentido, entiende VALLET (2, 1978, 514)¹⁹ que la elevación de esa *conditio iuris* a condición expresa —ni aún ampliando su supuesto al caso de no haber sido contradicha la certeza— pueda invalidar la desheredación. La certeza

no es requisito subjetivo del testador, que puede variar según el temperamento de este y es además muy difícil de calibrar.

También podría admitirse es la posibilidad del perdón sometido a condición, es decir, el perdón supeditado a la enmienda o arrepentimiento del desheredado²⁰.

VI. LA ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA A LOS DESCENDIENTES DEL DESHEREDADO. EL ARTÍCULO 857 DEL CÓDIGO CIVIL

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Históricamente se ha entendido que la desheredación, al tratarse de una pena que impone el testador en cuanto recae sobre el verdadero culpable, suponía una injusticia que afectaba a los hijos del desheredado, dejándoles en el abandono, por lo que era preciso que este inconveniente desapareciera de nuestro Derecho. Al no admitirse la representación de una persona viva, si el desheredado sobrevivía al testador, los hijos de aquel no le podían representar, por lo que si a causa de la desheredación faltaban los herederos forzosos, los bienes de la familia pasaban a una persona extraña. Este efecto se remedió en el Código con el artículo 857 (MANRESA Y NAVARRO, 1921, 649 y sigs.).

En el Proyecto de Código Civil de 1851, el artículo 673 señalaba: «Los hijos del desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden». En el Real Decreto de 24 de julio de 1888, por el que se publica el Código Civil, se decía que «los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto de la legítima, pero el padre desheredado no tendrá el usufructo y la administración de los bienes de la misma». La Ley de 13 de mayo de 1981 introdujo la palabra descendientes y eliminó el segundo párrafo como consecuencia de la supresión del usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos (art. 165 del Código Civil), conservando su redacción de entonces hasta el día de hoy.

El artículo 857 del Código señala, como efecto inmediato de la desheredación justa que «los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». Lógicamente, el precepto se quiere referir a la posición del desheredado antes de haberlo sido, estableciendo una especie de ficción para aplicar un criterio de favor hacia sus hijos respecto a su derecho a la legítima perdido por la desheredación. Si el desheredado tiene descendientes, por tanto, tiene lugar este llamamiento legal que no puede alterarse por voluntad del testador.

Son muchos los problemas e interrogantes que plantea este precepto. Además de las cuestiones teóricas, como la determinación de si se trata de un verdadero

derecho de representación, se plantean muchas cuestiones prácticas. Me refiero, a continuación, a algunas de ellas.

2. DIFICULTADES DE INTERPRETACIÓN DEL PRECEPTO

El primer problema que plantea la ambigua redacción del artículo 857 es que se refiere a los hijos y descendientes del «desheredado», pero no aclara en qué casos es de aplicación o si lo es para cualquier desheredado. Es decir, que como además de a los descendientes se puede desheredar a un ascendiente y al cónyuge, podría darse la paradoja que el lugar del cónyuge desheredado lo ocupen hijos o descendientes de este pero que no lo sean del testador, aunque dado que la legítima del cónyuge viudo es personal e intransmisible, no hay razón alguna para que pasen a los hijos del cónyuge desheredado sus derechos en la sucesión del causante, porque habrían de ser legitimarios del desheredado y también del testador desheredante. En cuanto al supuesto que el desheredado fuera un ascendiente, recordemos que este llamamiento, por el mecanismo de su aplicación, se ha encuadrado en el derecho de representación, porque además, el artículo 929 del Código Civil señala que no podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad²¹. El artículo 925 del Código Civil, además, impide que la representación opere en la línea recta ascendente, pero a mi juicio no estamos ante un derecho de representación normal o común, porque la conclusión de que podría serlo solamente tiene acomodo en la vía excepcional de aplicación que permite el 929. Lo cierto es que la interpretación literal del artículo 857 permitiría que los hijos de un ascendiente desheredado, que no sean legitimarios del testador se vean beneficiados con la cuota vacante dejada por aquel.

Se argumenta que no es un derecho de representación, porque el desheredado nunca tuvo aquello que tiene derecho a recibir su estirpe²². El derecho de representación opera en la sucesión intestada, pero no en la testada, fuera de los supuestos del 814.3 del Código Civil²³. En cualquier caso, el representante sucede al representado «en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar» (art. 924 del Código Civil); el beneficiado por la atribución del artículo 857 del Código Civil ocupa el lugar del progenitor desheredado en cuanto a «los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima».

En el caso que exista un descendiente desheredado que sea el único descendiente del testador, o se haya desheredado a todos los hijos de este, si hay padres o ascendientes y aceptamos el llamamiento como legitimarios de estos (porque el 807.2 del Código Civil dice «a falta de»), podría pensarse que serían destinatarios de la porción legítima que hubiera correspondido al desheredado como subsidiariamente llamados, a falta de los anteriores, que han sido desheredados, dando lugar a la denominada *successio graduum et ordinum* o concurrencia en el mismo puesto.

Entiendo, sin embargo, que dado que el artículo 857 del Código Civil no hace referencia a los ascendientes, no cabe la aplicación del precepto respecto de estos, por lo que recibirían la atribución patrimonial que les corresponda según las normas del Código Civil, de manera que pasaría a integrar la parte disponible y dependiendo de si concurren con el cónyuge superviviente o no, pero en ningún caso la porción dejada vacante por el desheredado por aplicación del artículo 857 del Código Civil. Pero además, defendiendo la idea que el desheredado no pierde su condición de legitimario por este hecho, no podríamos decir que se cumpla el presupuesto de «a falta de» que impone el Código.

Así, señala VALLET (3, 1978, 568-574), que esta posibilidad, que situaría como ascendientes legitimarios a los ascendientes supervivientes, no es posible precisamente porque la designación de los ascendientes como legitimarios es subsidiaria «a falta de los anteriores» y tan solo se prevé para el supuesto de inexistencia de descendientes legítimos, pero no para los casos de repudiación y desheredación o indignidad de estos. En este orden de cosas, la RDGRN de 13 de septiembre de 2001²⁴, concluyó que, a falta de colegitimarios y dado que no debe tener lugar la *successio graduum et ordinum*, la parte del desheredado que no deje descendientes legítimos, integrará el caudal hereditario libremente disponible, deferido conforme las normas del testamento del desheredante o, en cuanto lo que este deje vacante, según las normas de la sucesión intestada.

3. EL DESCENDIENTE DEL DESHEREDADO NO ES LEGITIMARIO

El fundamento de la desheredación tiene su base en la concesión al testador de la posibilidad de, cumpliendo los requisitos que marca el Código, excluir a uno o varios herederos forzosos de la cuota que le corresponde por legítima. Esta exclusión se ampara en la gravedad de las circunstancias concurrentes en la relación testador-heredero forzoso, estrictamente contempladas en la norma y que han sido recientemente ampliadas vía jurisprudencial con la inclusión del maltrato de obra dentro del maltrato físico²⁵.

Es necesario preguntarse si, en la práctica, no será frecuente que, concurriendo causa de desheredación entre padre e hijo, se vea afectada directamente la relación abuelo-nieto. Abuelos que, a consecuencia de su mala relación con sus hijos, ni siquiera conocen a sus nietos o si, aún conociéndolos, estos adoptan una postura cercana a la de su progenitor y relegan igualmente al ostracismo al abuelo testador. Y posible puede ser, también, que haya sido el nieto partícipe del hecho en el que se funda la causa de desheredación. En este último caso, lo que se hace es desheredar al hijo y al nieto, práctica habitual que entiendo incorrecta e innecesaria, pues desde mi punto de vista, viviendo el hijo, el nieto no es legitimario y, en consecuencia, no es necesario desheredarlo para excluirlo de la sucesión del abuelo.

La SAP de Pontevedra de 16 de febrero de 2001²⁶ entendió que, aun siendo de aplicación al supuesto de hecho el artículo 857 del Código Civil, (cuando el legitimario desheredado tiene hijos o descendientes), hay discrepancias doctrinales sobre si la desheredación de un hijo significa la preterición de su estirpe en el caso de que el causante no la mencione expresamente. Otros sostienen, después de la reforma de 13 de mayo de 1981, que los hijos o descendientes del desheredado justamente —si el testador no los tiene en cuenta en el testamento— son preteridos, pudiendo ser tal preterición errónea o intencional, con las consecuencias que a dichas categorías corresponden.

Desde este punto de vista, entonces, lo que está señalando la sentencia es que debería el testador mencionar expresamente el destino de los bienes a la estirpe, pues en otro caso debería entenderse que desea excluirla de la sucesión.

Esta idea me parece interesante, por cuanto entiendo que debería plantearse como real y además viable jurídicamente, que el abuelo no quiera que la porción legítima de la que resulta privado el hijo desheredado beneficie tampoco al nieto. ¿No debería, en consecuencia, ser voluntad del testador que entre en juego o no la norma del artículo 857 del Código Civil? ¿No es perfectamente posible y comprensible que, siendo la voluntad del testador desheredar al hijo, lo sea también excluir al nieto? Piénsese en un abuelo maltratado de palabra o de obra por su hijo y por su nieto. Al primero lo deshereda, pero ¿puede desheredar al segundo no siendo legitimario puesto que vive el padre? Si la respuesta es positiva, no habría que plantearse nada más. Si entendemos que no, debería permitirse simplemente excluirlo de la sucesión, no diciendo nada o haciéndolo expresamente.

La cuestión de fondo es que desheredado solo puede serlo un legitimario. Esto es así por principio pero además, porque aquel en quien no recaiga la condición de heredero forzoso puede ser excluido de la sucesión sin necesidad de ser desheredado. El nieto no es legitimario respecto del abuelo si vive el padre porque cuando el 807 del Código Civil dice «hijos y descendientes» está estableciendo un orden de prelación: nietos si no hay hijos, porque el causante no puede excluir al hijo y beneficiar directamente al nieto, sino que está obligado a salvar la legítima del descendiente de grado más próximo, y el nieto no lo es respecto del abuelo si vive el padre. Sin desheredación el abuelo puede hacer uso del tercio de mejora para beneficiar al nieto, pero no está obligado a hacerlo. ¿Por qué, entonces, tiene que resultar atribuido el nieto o nietos si concurre en el progenitor causa de desheredación? Mejorar es una facultad del testador, pero no una obligación.

Si los nietos no son legitimarios del abuelo viviendo el padre, sin desheredación, tampoco pueden llegar a serlo por el hecho de que su padre resulte desheredado. Legitimarios son los que dice el 807 del Código Civil y no hay posibilidad de adquirir esta cualidad por otros medios.

Sin embargo, se acepta doctrinal y jurisprudencialmente²⁷ que, desheredado un hijo, sus descendientes adquieren la cualidad de legitimarios. El Tribunal Supremo se pronuncia poco en esta materia, siendo la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales la que unánimemente toma esta postura.

Los hijos ocupan la porción del padre desheredado pero no adquieren la cualidad de legitimarios, sino que son destinatarios de una porción que ha quedado vacante a consecuencia de la desheredación de su progenitor. En la práctica dudo que tengan que ser llamados a la herencia para estar presentes en la partición y dar su consentimiento, como intervención que es típica del legitimario.

En principio, las posibles causas de desheredación del padre, serán claramente inaplicables a los nietos, quienes incluso pueden ser menores, careciendo de la capacidad legal exigible para ser desheredados. La desheredación es una pena que precisa de ciertos requisitos de imputabilidad²⁸.

La atribución del 857 despliega sus efectos «*ope legis*»²⁹, independientemente de la voluntad del testador, lo que resulta incomprensible cuando se trata de una atribución a un no legitimario. ¿No sería más lógico que el testador decidiera que operase esta atribución o que, por el contrario, prefiriera que, aun existiendo descendientes del desheredado, la cuota vacante acreciera a los demás colegitimarios?

La RDGRN de 12 de julio de 2013³⁰ entiende que el nieto menor de edad es legitimario respecto del abuelo. Se trataba de determinar si era inscribible una escritura de dación en pago efectuada por el administrador nombrado al menor en el testamento del abuelo, quien había señalado expresamente en el mismo, a la vez que instituía heredero al nieto y nombraba administrador de sus bienes al padre, que se eximía de pedir autorización judicial para cualquier acto o negocio jurídico. La registradora suspende por dos veces la inscripción, calificación confirmada por la registradora sustituta y suscrita igualmente por el Centro Directivo, que entiende que no cabe que el régimen de administración impuesto por el causante pueda incidir en la modificación de las reglas dispositivas de los bienes de menores «cuando el menor es al mismo tiempo legitimario, como ocurre en este concreto supuesto». Dado que el padre del menor renuncia a su legítima estricta, sin estar prevista sustitución vulgar, dice la DG que ello supone que se activen las normas sobre imputación de bienes a los tercios ordenadas por el causante, es decir, a la imputación a la legítima.

Tratándose de un nieto, resulta dudoso que pueda imputarse a la legítima, y más coherente que se hiciera a la mejora. El nieto del testador solo podría ser legitimario si se entendiese que representaba a su padre como legitimario en la herencia del abuelo. En principio, no hay representación en la sucesión testada y además, el padre sobrevive al abuelo. Estamos ante un supuesto de renuncia, por lo que no existirá dicha representación en la condición de legitimario del padre. El artículo 985 del Código Civil señala «...si la parte repudiada fuera

la legítima sucederán en ella los coherederos por derecho propio, y no por el derecho de acrecer».

La renuncia del llamado no produce la representación de su descendencia, porque quien renuncia, renuncia por sí y lo hace también por su stirpe, incrementándose las cuotas que por legítima, individual, corresponden a los demás legitimarios por derecho propio. La representación de persona viva solamente la permite el artículo 929 del Código Civil para los casos de desheredación (art. 857 del Código Civil) e incapacidad (MARIÑO PARDO, 2015).

Esta resolución, a mi juicio con un criterio erróneo, convierte en legitimario al nieto por renuncia de su ascendiente, en contra de las propias normas del Código Civil. El Tribunal Supremo lo ha dicho: La renuncia a la herencia por un legitimario no provoca la representación de su descendencia, sino que se incrementan las cuotas que por legítima individual corresponden a los demás legitimarios³¹.

Otro argumento a favor de esta idea, que niega la consideración de legitimario al hijo del desheredado, sería que de la misma manera que desheredado el padre en la testada se considera desheredado también en la intestada (cuando ambas conviven en la misma sucesión) porque prevalece la voluntad del testador sobre la ley y, por tanto, se permite eludir el requisito de que la desheredación tiene que hacerse en testamento, porque la voluntad del testador que deshereda es que su ofensor quede excluido de su herencia por cualquiera de las vías por las que pudiera acceder a ella, debería aplicarse al supuesto que tratamos y, en consecuencia, permitirse que prevalezca voluntad del testador en el sentido expuesto.

El precepto no dice que atribuya a los hijos y descendientes «sus derechos como legitimarios», sino que conservarán los derechos de herederos forzosos «respecto a la legítima». Solo, como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y AL-DAZ (1991, 133), los que se refieren a la legítima, pero no todos sus derechos como herederos forzosos, como el derecho a no ser preterido, por lo que concluye que esta «representación» queda restringida en los supuestos de indignidad y desheredación a aquellos derechos dirigidos a obtener su porción legitimaria, con exclusión de los referentes a la preterición.

Además, una interpretación sistemática del precepto, considerando su ubicación en el Código, lleva a entender que no atribuye la cualidad de legitimario al descendiente del desheredado, sino que solamente prevé el destino de la porción vacante. Aún así puede quebrarse la voluntad del testador, si esta no es beneficiar a los nietos o a los nietos del desheredado.

La desheredación es una excepción a la obligación que tiene el causante de deferir una parte de su patrimonio a favor de ciertos parientes, tal y como impone nuestro sistema de legítimas. Es el medio que el testador tiene para excluir a un pariente de la cuota que, como heredero forzoso, le correspondería. La legítima es «*pars bonorum*», una parte de los bienes, y la desheredación

consiste en privar de esta parte a quien o quienes de no haber sido desheredados le hubiese correspondido.

Entiendo que lo que pierde el desheredado es la porción legítima que le hubiera correspondido, la parte de bienes o de patrimonio que, por ser uno de los sujetos de la lista del 807 del Código Civil debería haber sido suya pero que, por haber mediado una causa de desheredación que no ha sido contradicha por los herederos o que, de haberlo sido, se ha probado, es motivo suficiente para excluirlo de tal porción por voluntad del testador.

El heredero forzoso privado de su legítima por la desheredación sigue siendo lo que la Ley dice que es: legitimario, pero sin atribución patrimonial.

Y entiendo que es así por lo siguiente:

Porque *la cualidad de legitimario es indisponible*; la atribuye la Ley y lo hace sin excepción. El artículo 807 del Código Civil dice: «Son herederos forzosos...» y enumera los que son y por su orden. Lo son si están en esa lista y no dejan de serlo porque se les retire la atribución patrimonial que les corresponde por ello. Un hijo es legitimario de su padre aunque renuncie a la herencia o se le desherede. La cualidad de legitimario no se pierde nunca porque, en otro caso, el Código, al enumerarlos, hubiera probablemente aclarado en qué supuestos se deja de serlo. La legítima existe porque existe el legitimario y no a la inversa.

Dado que es una cualidad que se adquiere *ope legis* por el hecho de reunir ciertos requisitos de parentesco con el causante, no es posible excluir de esta cualidad por un acto voluntario de aquel como es la desheredación.

El artículo 857 del Código Civil, fuente de oscuridades, problemas, e interpretaciones contradictorias, nos dice que si el desheredado (hijo del testador, se entiende) tiene descendientes directos (porque aunque el Código no lo diga hay que interpretar que este descendiente ha de ser legitimario del padre desheredado y que lo sería además del abuelo testador si no viviera aquel), para evitar que las devastadoras consecuencias de la desheredación afecten a estos —que ninguna culpa tienen de la conducta de su progenitor desheredado—, «ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima».

Este precepto está situado en el Código después de los correspondientes al pago de la legítima, por lo que lo que nos está diciendo es qué se hace con la porción vacante que ha dejado el desheredado; su contenido es patrimonial y no personal; a quién hay que pagar la legítima del legitimario desheredado que nadie ha dicho que deje de serlo. Es decir que la legítima de «A», legitimario desheredado, se le va a pagar a «B», que no es legitimario, pero va a resultar beneficiado en esa cuota de bienes o de dinero porque el testador no quiere que el beneficiado sea «A». «B» no es legitimario porque vive «A» y no lo es porque el 807 del Código Civil establece una lista y un orden, que no nos podemos saltar, ni con desheredación ni sin ella, lo mismo que el abuelo no puede instituir legitimario al nieto saltándose al hijo. El padre, por tanto, sigue siendo legitimario, pero sin legítima, y el nieto resulta beneficiado por

esta, pero ello no quiere decir que se convierta en legitimario. Estamos, a mi juicio, ante un supuesto especial de pago de la legítima, pero no de atribución de cualidad de legitimario.

Precisamente porque el padre no pierde esta cualidad es por lo que se le tiene en cuenta para el cálculo de la legítima de los descendientes. Su porción se tuvo en cuenta a la hora de dividir.

Otro argumento que avala esta idea es que el propio artículo 813 párrafo 1.º del Código Civil dice que «el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley», haciendo referencia a los supuestos de indignidad para suceder y desheredación. *De su legítima*, dice claramente, no de su cualidad de legitimario. Ni este ni ningún otro precepto en el Código Civil permiten esto.

La misma referencia hace el artículo 761 del Código Civil para el supuesto de exclusión de hijo o descendiente del testador por incapacidad, en cuyo caso, si aquel tuviere hijos o descendientes, adquirirán estos «su derecho a la legítima».

Una vez que en una sucesión se determina quienes son los legitimarios, estos tienen derecho al pago de la legítima que, conforme al artículo 806 del Código Civil es una porción de bienes. El Código, por tanto, indica *con qué* se paga y *a quién* debe pagarse. Los artículos 841 a 847 del Código Civil, previos a los preceptos sobre la desheredación, hacen una excepción y permiten pagar en metálico la legítima. Si así lo determina el testador, el que recibe su atribución en metálico no deja de ser legitimario, aunque no se le pague con bienes de la herencia. Es una excepción a lo que el Código dice sobre «con qué se paga». Inmediatamente después el Código, en el artículo 857, establece una excepción a los sujetos «a quiénes se paga» que ordena el 807 del Código Civil, señalando a una persona distinta del legitimario para el caso de haberle privado de su legítima; en este caso, a los hijos o descendientes del desheredado.

En los dos supuestos citados, por tanto, se contemplan excepciones al pago de la legítima cuya aplicación depende, como característica común, de la voluntad del testador: ni deja de ser legitimario quien recibe su parte en metálico ni tampoco quien no recibe nada porque su porción la van a recibir sus descendientes.

En consecuencia: Si el nieto no es legitimario porque vive su padre y hay que respetar el orden del 807 del Código Civil, no debería ser necesario desheredarlo para excluirlo de la herencia, de la misma manera que se puede simplemente no nombrar a quien la ley no considera heredero forzoso. Seguramente se deshereda al nieto para evitar la aplicación del 857, que de otra forma opera por ministerio de la Ley, y con la única finalidad de no hacerlo merecedor de aquello de lo que tampoco fue su padre.

La voluntad del testador interviene para desheredar, porque aún concurriendo causa legal puede no hacerlo, pero el descendiente del desheredado recibe «*ope legis*» la porción vacante dejada por su progenitor, independientemente de cuál

sea el deseo del testador, que puede no querer favorecerlo. El nieto, que no es legitimario del abuelo viviendo el hijo de este y padre del primero, y que tampoco adquiere la cualidad de tal por el mecanismo del 857 debería, como nieto que es, ser favorecido por el abuelo a voluntad, de la misma manera que puede ser mejorado o no, facultad esta —la de mejorar— que es eso: una opción de la que el testador puede hacer uso si lo cree conveniente. Precisamente por eso, la cuantía de lo que recibe el hijo o descendiente del desheredado dependerá de si el testador ha hecho uso o no de la facultad de mejorar.

De *lege ferenda* debería proponerse que fuera una norma dispositiva. Entiendo como mucho más justo que se permitiera al notario (salvando la posibilidad de que se diga en un testamento ológrafo) preguntar al testador si quiere que se aplique este precepto, o bien que se aplicara en defecto de manifestación en contra, porque puede ser que, igual que quiere desheredar al hijo no quiera tampoco que la cuota pase a los nietos de esa estirpe que, por no ser legitimarios mientras viva el padre, no es preciso que concurra en ellos la causa de desheredación. De la misma manera que se permite mejorar o no mejorar, no tiene sentido que la porción vacante pase directamente al descendiente del desheredado sin intervención de la voluntad del testador.

En definitiva, respetar las legítimas es importante, pero lo fundamental es el principio de que la herencia se rige por la voluntad del testador.

IV. OTROS PROBLEMAS

1. ¿QUÉ RECIBE EL DESCENDIENTE DEL DESHEREDADO?

El desheredado deja de recibir lo que por legítima estricta le correspondería, pero habría que preguntarse si el descendiente beneficiado en virtud del artículo 857 del Código Civil recibe esta cuota de legítima estricta o lo que le hubiera correspondido a su ascendiente de no haber sido desheredado. Si el testador dice «Instituyo herederos a mis hijos por partes iguales y en virtud de la causa «X» desheredo a mi hijo «A». ¿Qué recibe el descendiente de «A», la legítima estricta o todo lo que le hubiera correspondido a «A»?

Por otro lado, dado que en la sucesión intestada sí opera el derecho de representación, ¿reciben los descendientes la legítima estricta en virtud del 857 del Código Civil, o por el contrario se colocan el lugar de su progenitor desheredado en sentido amplio, recibiendo todo lo que a este le correspondería de no haberlo sido?

Se trata de elegir: o derecho de representación que tiene cabida en la intestada y que permitiría al descendiente sucederle «en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar» (art. 924 del Código Civil), o aplicación del artículo 857 del Código Civil y sucesión «respecto a la legítima». Teniendo en

cuenta que la desheredación opera en la sucesión intestada, porque se traslada a esta la voluntad manifestada en testamento, no habría lugar al derecho de representación que operaría en esta clase de sucesión y que permitiría al nieto colocarse en el lugar del progenitor para representarlo en la cuota más amplia que le hubiera correspondido en la herencia del abuelo.

2. ¿QUÉ OCURRE SI EL NIETO BENEFICIADO PREMUERE SIN DESCENDENCIA AL PADRE DESHEREDADO?

En este caso sería legitimario el padre desheredado respecto de su hijo, en cuyo patrimonio estaría también lo recibido por haber sido desheredado el padre. Paradoja, sin otra solución, que pasaría por alto la voluntad del testador, debido al carácter imperativo del artículo 857 del Código Civil que se salvaría, igualmente, permitiendo a este decidir sobre la aplicación o no del precepto citado.

3. LA ATRIBUCIÓN CUANDO LOS DESCENDIENTES SON MENORES

Pensemos que no haya otro progenitor. Esta cuestión está resuelta por el artículo 164.2 del Código Civil que excluye de la administración paterna los bienes adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados. El padre desheredado está privado de la administración de los bienes que los hijos reciban por esta vía, que lo serán por la persona que el causante haya designado o por un administrador judicial. El problema sin embargo, surge si pensamos que —como legitimarios que se entiende mayoritariamente que son— debería contarse con ellos para todos los actos que les competen como tales, por lo que si se llevan bien con el progenitor desheredado pueden adoptar una postura incómoda y beligerante con el resto de los beneficiados.

4. SI EN LA HERENCIA SOLO HAY PASIVO, ¿SE APLICA EL ARTÍCULO 857 DEL CÓDIGO CIVIL?

La legítima se calcula sobre la base de liquidar activo menos pasivo, por lo que si el resultado es negativo y no hay remanente no hay legítima y, por tanto, entiendo que tampoco es efectiva la desheredación porque en nada se puede desheredar.

Si al desheredado se le priva de cualquier participación en la herencia del testador, esta participación hay que entender que sea de cualquier tipo, ya como beneficiario del activo que hubiera, ya como perjudicado por el pasivo.

En cuanto a los descendientes, el tenor literal del 857 del Código Civil nos dice que «ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». Parece claro que el descendiente no conservará en este caso ningún derecho respecto a la legítima, entendiéndolo como derecho de titularidad activa en una facultad o expectativa, pero también dice el Código que «ocupará su lugar». ¿Es posible entender que esta expresión se refiere a la obligación de atender al pago de las deudas si fuera nombrado heredero? Yo creo que en la práctica esta situación no se da, porque si solamente hay pasivo, el desheredado se excluye y también quedan excluidos los descendientes. Es decir, que no se plantea la aplicación del 857 para producir efectos negativos, sino solamente positivos: cuando el descendiente pueda beneficiarse de la cuota vacante dejada por el desheredado, pero no en otro caso. Solamente cuando haya saldo positivo y, por tanto, legítima.

5. DESHEREDACIÓN HECHA EN FRAUDE DE ACREEDORES

Junto a todas estas cuestiones me planteo otras, como si es posible desheredar en fraude de acreedores. Es decir, salvar al menos lo que le correspondería al hijo, desheredándolo y evitando la acción de los acreedores de este en favor del nieto, que por aplicación del artículo 857 del Código Civil sería beneficiario de la porción vacante. Debiendo, como en todos los casos, concurrir causa de las del 853 del Código Civil, cuya concurrencia podría haberse acordado, con esta finalidad, con el hijo legitimario.

VIII. CONCLUSIONES

I. Los preceptos que el Código Civil dedica a la desheredación precisan de una revisión e interpretación a la luz de la realidad social actual. La desheredación es una excepción a la obligación que tiene el causante de deferir una parte de su patrimonio a favor de ciertos parientes, tal y como impone nuestro sistema de legítimas. Es el único medio que el testador tiene para excluir a un pariente de la cuota que, como heredero forzoso, le correspondería. La legítima es «*pars bonorum*», una parte de los bienes, y la desheredación consiste en privar de esta parte a quien o quienes de no haber sido desheredados le hubiese correspondido.

II. Lo que pierde el desheredado es la porción legítima que le hubiera correspondido, la parte de bienes o de patrimonio que, por ser uno de los sujetos de la lista del 807 debería haber sido suya pero que, por haber mediado una causa de desheredación que no ha sido contradicha por los herederos o que, de haberlo sido, se ha probado, es motivo suficiente para excluirlo de tal porción

por voluntad del testador. El heredero forzoso privado de su legítima por la desheredación sigue siendo lo que la Ley dice que es: legitimario, pero sin atribución patrimonial. En consecuencia: la cualidad de legitimario es indisponible.

III. El silencio del Código Civil es la confirmación de la posibilidad de la desheredación parcial. Siendo soberana la voluntad del testador y sin contradecir nuestro derecho positivo, se debe admitir la posibilidad de graduar los efectos de la desheredación que, por otra parte, ha de ser siempre de interpretación restrictiva por la privación de derechos que entraña.

IV. El descendiente del desheredado no es legitimario si vive el primero. Es habitual desheredar al hijo y al nieto, práctica que entiendo incorrecta e innecesaria, pues desde mi punto de vista, viviendo el hijo, el nieto no es legitimario y, en consecuencia, no es necesario desheredarlo para excluirlo de la sucesión del abuelo.

INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS

- STS de 4 de noviembre de 1904
- STS de 20 de mayo de 1931
- STS de 9 de junio de 1947
- STS de 23 de enero de 1959
- STS de 6 de diciembre de 1963
- STS de 9 de julio de 1974
- STS de 20 de septiembre de 1975
- STS de 20 de febrero de 1981
- STS de 31 de octubre de 1995
- SAP de Pontevedra de 16 de febrero de 2001
- SAP de Vizcaya de 4 de diciembre de 2002
- STS de 10 de julio de 2003
- SAP de Zamora de 30 de junio de 2006
- SAP de Asturias de 12 de marzo de 2007
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de mayo de 2007
- SAP de Córdoba de 28 de septiembre de 2010
- STSJ de Aragón de 22 de septiembre de 2011
- SAP de Asturias de 14 de noviembre de 2011
- SAP de Alicante de 8 de febrero de 2012
- SAP de Alicante de 30 de enero de 2013
- SAP de Alicante de 6 de noviembre de 2012
- STS de 3 de junio de 2014
- SAP de Alicante de 24 de octubre de 2014

- STS de 30 de enero de 2015

RESOLUCIONES DE LA DGRN

- RDGRN de 13 de septiembre de 2001
- RDGRN de 31 de marzo de 2005
- RDGRN de 12 de julio de 2013

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1989). *Derecho Civil I. Introducción y Parte General, vol. I, Introducción y Derecho de la Persona*, undécima edición, Barcelona: Bosch.
- ALGABA ROS, S. (2002). *Efectos de la desheredación*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BATLLE VÁZQUEZ, M. (1951-52). Invalidez de la desheredación parcial en nuestro Derecho, *Anales de la Universidad de Murcia*, 63-69.
- BERMEJO PUMAR, M. A. (2005). «La legítima», tema 8, parte primera. En: J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo V. Sucesiones, vol. 3.º Las atribuciones legales. Navarra: Thomson-Civitas, Consejo General del Notariado, 19-598.
- BUSTO LAGO, J. M. (2009). Comentario del artículo 806 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Pamplona; Aranzadi, 963-966.
- CASSO ROMERO, I. (1940). La exclusión de herederos de la sucesión legítima, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 5-6.
- GARCÍA GARRIDO, M. J. (1986). *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Madrid: Dykinson.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a (1921). *Comentarios al Código Civil Español*. Madrid: Reus.
- MARIÑO PARDO, F. (2015). Condición de legitimario del nieto. Renuncia y representación en la legítima. La resolución DGRN de 12 de julio de 2013. [En línea], disponible en www.iurisprudente.com. Consultado el 3 de junio de 2015.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1991). *Preterición y Derecho de Representación en el artículo 814.3 del Código Civil*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. (2014). El derecho de representación en la sucesión testamentaria. En: F. Lledó Yagüe (dir.) *El patrimonio sucesorio Reflexiones para un debate reformista*. Madrid: Consejo General del Notariado, Dykinson, 265-285.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2002). Notas sobre la voluntad del testador. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6, 153-190.
- MORENO QUESADA, B. (2012). Desheredación y preterición. En: F. J. Sánchez Calero (coord.) *Derechos de Familia y Sucesiones*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2015). A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima. *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo de 2015, Ref. 3814/2015.

- PASCUAL QUINTANA, J. M. (1958). La desheredación en el Código Civil Español, *Revista de Derecho Español y Americano*, número 12, marzo-abril de 1958, pp. 93-140.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (1992). *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, tomo II, segunda edición, Madrid: Dykinson.
- ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, J. (2009). Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral. En *Estudios de Derecho Privado*. Navarra: Consejo General del Notariado Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 151-198.
- ROYO MARTÍNEZ, M. (1951). *Derecho Sucesorio «mortis causa»*, Sevilla: Editorial Edelce.
- SÁENZ DE SANTAMARÍA VIERNA, A. (2011). Elogio de la desheredación. *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXIX, pp. 539-558.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1910). *Estudios de Derecho Civil, Derecho de Sucesión «mortis causa»*, Tomo sexto, vol. 2.º. Madrid: Sucesores de Rivadeneyra.
- TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2011). La legítima en el Código Civil. En: Gete Alonso y Calera, M. C. (dir.) *Tratado de Derecho de Sucesiones, Cap. 44*, Tomo II. Navarra: Civitas.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982). *Panorama del Derecho de Sucesiones, I Fundamentos*, Madrid: Civitas.
- (1978). Comentario del Artículo 849 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid: Edersa, pp. 509 a 514.
- (1978). Comentario del artículo 857 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid: Edersa, pp. 568-574.
- VAQUER ALOY, A. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *InDret*, [En línea], disponible en http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf. julio de 2007, pp. 2-25.

NOTAS

¹ *Vid.*, sobre esta cuestión, BUSTO LAGO, J. M. (2009). «Comentario del artículo 806 del Código Civil». En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Pamplona; Aranzadi, 964. Es compatible también la existencia de legitimarios con la distribución de toda la herencia en legados. La personalidad del legitimario, a diferencia de lo que ocurre en caso del heredero, no se confunde con la del causante, puesto que la legítima *per se* no provoca la subrogación del legitimario en la titularidad activa y pasiva de los bienes del *de cuius*.

² Tan solo el artículo 68 del Código Civil parece acordarse de los mayores cuando hace referencia a la obligación de los cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

³ *Vid.*, PASCUAL QUINTANA, J. M. (1958). La desheredación en el Código Civil Español, *Revista de Derecho Español y Americano*, número 12, marzo-abril, 93-140. *Vid.*, sobre este tema, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2002). Notas sobre la voluntad del testador. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6, pp. 153-190. ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, J. (2009). Naturaleza Jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral. En *Estudios de Derecho Privado*. Navarra: Consejo General del Notariado Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 151-198.

⁴ VAQUER ALOY, (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *InDret*, [En línea], disponible en http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf. julio de 2007, pp. 2-25. Ex-

plica que a pesar de que la legítima ha sido cuestionada, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19 de abril de 2005 ha afirmado que la libertad de testar es un elemento determinante de la garantía del Derecho de sucesiones, como reflejo del derecho a la propiedad privada y del principio de la autonomía privada en la libre autodeterminación del individuo; que no hay mandato constitucional —como ocurre en España— por el que el causante deba conceder un trato igualitario a sus descendientes. Es más, que la misma garantía, protección y rango constitucional del derecho a la propiedad privada merece la participación mínima de los hijos en la herencia mediante la regulación vigente de la legítima.

⁵ «El fundamento filosófico de esta institución se integra dentro de la familia; la potestad suprema del jefe hacia los miembros que la componen, a fin de que cumplan los deberes impuestos para su conservación, goza de la autoridad para castigar privándoles de aquellos bienes sobre los que la ley les tiene reconocido un derecho. Es una facultad inherente a la persona para sancionar la conducta de los que indignamente, en vida, se hubiesen comportado mal con él». Estas palabras de PASCUAL QUINTANA (1958), 96-97, a pesar de utilizar términos que hoy resultan obsoletos, como la consideración del padre como «jefe de la familia que goza de potestad suprema» resumen, en definitiva, el fundamento de la desheredación.

⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2015). A vueltas con la desheredación y a vueltas con la legítima. *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo de 2015, Ref. 3814/2015.

La realidad social: «no me des dinero, enséñame a ganarlo»; no se piensa en lo ricos que podamos ser a la muerte de los padres (quizá fallezcan cuando yo esté cerca de la jubilación), sino en lo bien que nos gustaría vivir gracias a nuestra propia capacidad económica.

La realidad económica: la subsistencia no depende de la herencia. Los padres no piensan en que la economía de sus hijos vaya a depender de la parte de la herencia que constituye la legítima, sino que deben darles la formación adecuada para que sean ellos los que personalmente obtengan la suficiencia económica para subsistir dignamente.

La realidad física: es la actual longevidad de la vida humana. Es frecuente que actualmente la vida del ser humano se prolongue mucho más que antiguamente. Piénsese en 1889 cuando se promulgó el Código Civil. Dándose esta realidad, la transmisión de la herencia o legado que atribuyen la legítima, se dará con harta frecuencia cuando ya los hijos tengan la vida encarrilada. No deja de ser un sinsentido que una persona, por ejemplo de 50 años, tenga un derecho a exigir el abono de la legítima por la muerte de su padre o de su madre. Ello, con el perjuicio que puede ocasionar al padre o madre supérstite.

La realidad jurídica: no es otra que los frecuentes enfrentamientos y problemas. La normativa de la legítima es ciertamente complicada, tanto desde el punto de vista jurídico, como especialmente en su aplicación práctica. Las dificultades para la fijación de la herencia y no digamos para solventar los casos de inoficiosidad y la práctica de la colación, con la frecuente confusión con el cómputo.

Todo lo dicho hasta ahora ha venido referido a la *legítima de los hijos y descendientes*, con la cuantía —que ciertamente puede considerarse desmesurada— de dos tercios de la herencia del causante.

⁷ El *pater familias* romano que hacía testamento venía obligado a instituir herederos a los *heredes sui*, herederos de propio derecho, o desheredarlos. Para desheredar a un *suus* había que hacerlo nominalmente, pero la desheredación de los demás *sui heredes* podía hacerse con una disposición conjunta. La preterición o el no mencionar a los hijos varones anulaba el testamento. La preterición de los otros herederos de derecho propio, hijas o nietos, no lo anulaba, pero los preteridos concurrían a la herencia con los instituidos. *Vid.*, GARCÍA GARRIDO (1986, 129).

⁸ Señalan TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2011, 1894), que el desheredado queda excluido de toda participación en la sucesión intestada del causante, con arreglo al artículo 912 (STS de 9 de julio de 1974, *RJ* 1974, 3556 y RDGRN de 31 de marzo de 2005, *RJ* 2005, 3483).

El TS ha señalado en sentencias de 6 de diciembre de 1963 (*RJ* 1963, 5207) y 20 de febrero 1981 (*RJ* 1981, 534) que la desheredación excluye al legitimario desheredado del

derecho a recibir su cuota legítima en la herencia del desheredante y a toda participación en la herencia de este (STS de 20 de mayo de 1931, *RJ* 1930-1931, 2054), tanto testada como intestada, así como de cualquier derecho sobre reservas hereditarias (art. 873.II) (BUSTO LAGO, 2009, 1028).

⁹ Doctrina jurisprudencial recogida por las AAPP en numerosas sentencias. *Vid.*, por más recientes: SAP Alicante 496/2014, de 24 de octubre; SAP Alicante 45/2013, de 30 de enero; SAP Alicante 63/2012, de 8 de febrero; SAP Asturias 394/2011, de 14 de noviembre; SAP Córdoba 169/2010, de 28 de septiembre y SAP Vizcaya 784/2002, de 4 de diciembre.

¹⁰ STS de 6 de diciembre de 1963, doctrina recogida en la SAP Vizcaya 784/2002, de 4 de diciembre.

¹¹ Aunque resulta paradójico que el progenitor que demanda alimentos tenga patrimonio suficiente para componer la porción legítima de sus herederos forzosos.

¹² MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., (2002, 153-190). Hace estas reflexiones a propósito del que considera un efecto inadmisibles de la desheredación injusta, cual es la atribución de la legítima estricta a quien se demuestra injustamente desheredado.

¹³ En algo que puede ser, como señala SÁNCHEZ ROMÁN (1910, 1110), con la asignación de alimentos al desheredado, o dejando al desheredado algo a título de libre disposición, aunque entiende que ello no significa la licitud de la desheredación parcial, que niega rotundamente.

¹⁴ Como se verá después, no ve inconveniente en, si el causante deja algún bien al desheredado, este se impute al tercio de legítima. A ello no obsta el artículo 857, pues lo que deben recibir los hijos del desheredado es lo aquello de lo que este hubiera sido privado por la desheredación.

¹⁵ Se contempla en el Código Civil suizo (art. 480), que permite la privación de la mitad de la legítima del que tiene ejecuciones pendientes, mitad que pasa a la stirpe. Este curioso precepto se rubrica como «Desheredación de un insolvente» y señala lo siguiente: «El descendiente que se encuentra en situación de insolvencia declarada puede ser desheredado en la mitad de su reserva, siempre que esta mitad sea atribuida a sus hijos nacidos o futuros. La desheredación pierde su eficacia a petición del desheredado si, al tiempo de la apertura de la sucesión no se encuentra en situación de insolvencia declarada o si las cantidades por las que resulta insolvente no exceden de la cuarta parte de su derecho hereditario».

¹⁶ En el mismo sentido, BERMEJO PUMAR (2005, 521). Si el legado comprende alimentos debidos antes del fallecimiento, no se pueden computar en la legítima ni serían un supuesto de desheredación parcial. En contra, PASCUAL QUINTANA (1958, 105) quien, sin embargo, aboga por una postura algo menos rigorista que la que mantiene el del Código Civil, desechando la teoría de aquellos que ven en este supuesto una desheredación parcial, habida cuenta que jamás el desheredado adquiere sobre la porción de bienes asignados para alimentos un derecho que pueda exceder de su cometido.

¹⁷ Surge el inconveniente que esta posibilidad de desheredación parcial daría lugar no a una representación o sucesión de grado, sino a una concurrencia en el mismo puesto. Esto dificulta aplicar aquí el mecanismo de la representación.

Hay que saber cuál es la cuota del desheredado (que se asignaría a la masa de reparto entre legitimarios) y cuál es la cuota de la stirpe. Entiende muy discutible la idea de que la stirpe deba recibir la legítima mínima, la estricta. Que si la sanción es personal, no se comprende que sea así, cuando lo que se le atribuye al desheredado es el bien que se le atribuye, por lo que habría que justificar que no exceda de una determinada legítima.

Todas estas dificultades explican que muchos autores la intuyan como algo imposible.

¹⁸ STS 118/1959.

¹⁹ Sobre la base de que «es menor injuria para el hijo desheredarle condicionalmente que desheredarle puramente», entiende que en la desheredación condicional entran los siguientes supuestos:

1. Desheredación condicionada a que en lo futuro incida un legitimario en causa de desheredación:

Posibilidad rechazada en base a que el 849 exige que en la desheredación se exprese la causa en la que se funda. Ello requiere que la causa se haya producido ya para poder fundamentarla.

2. Desheredación efectuada por el testador sin tener la certeza del hecho y condicionada a que este resulte probado.

No hay inconveniente para su validez. 3. Desheredación ordenada para el supuesto de que se produzca la sentencia que la fundamente como causa de desheredación.

Basta la existencia del hecho para ordenar la desheredación. Este hecho sirve de fundamento a la sentencia. La sentencia actúa como condición, del mismo modo que actúa como *conditio iuris* en los casos en que la ley la exija como causa de la desheredación.

4. Desheredación fundada en un hecho ocurrido con anterioridad al testamento, pero condicionándola a la posterior conducta o a un hecho ulterior del desheredado. Distinguir:

- a) que la desheredación se condiciona al arrepentimiento, rectificación de conducta o penitencia. Debe admitirse, equivalente a una remisión o perdón condicionado.
- b) igual solución cuando la condición pueda cumplirse después de la muerte del «de cuius». Conceptualmente es el mismo problema del legado condicional o institución de heredero condicional. Puede plantearse si durante la pendencia de la condición, después de la muerte del causante, se suspende la desheredación, o bien si esta se resuelve al cumplirse la condición. Estima que la desheredación es definitiva, pero que se halla en pendencia un llamamiento en lugar de la legítima, e imputable a ella, bajo la condición suspensiva de darse el hecho expresado como condicionante.
- c) Caso que la condición puesta por el testador se refiera a un hecho ajeno a la conducta y a los signos de arrepentimiento del desheredado, tanto si la condición es lícita o ilícita, la desheredación ha de estimarse por no hecha, ya que esas condiciones son contrarias a la esencia de un acto tan grave como la desheredación, a la que, por la falta de seriedad que significan, la desvirtúan e invalidan.

²⁰ RIVAS MARTÍNEZ, J. J. Derecho de Sucesiones, común y foral, *cit.*, p. 439.

²¹ A favor de su consideración como derecho de representación, *vid.*, BUSTO LAGO (2009, 1028-1030). La cuota legitimaria se transmite a sus hijos o descendientes, recibiendo estos por derecho de representación (STS de 31 de octubre de 1995. *La Ley* 17130-R/1995). Argumentos: 929 del Código Civil, representación de una persona viva, 925 del Código Civil, siempre en la línea recta descendente y 814.3 del Código Civil, los descendientes de otro descendiente (desheredado) representan a este en la sucesión del testador

²² Lo que, —señala BERMEJO PUMAR (2005, 538)— supone que sea discutible la aplicación del artículo 1038 del Código Civil en cuanto a todo aquello que hubiera tenido que colacionar el padre, operando el derecho de representación, cuando los nietos concurren con tíos o primos, así como la no necesidad de recurrir a las reglas de la preterición para fijar la legítima de la stirpe omitida

²³ *Vid.*, el interesante estudio de MINGORANCE GOSÁLVEZ (2014, 265-285).

²⁴ *La Ley* 456/2002.

²⁵ Sentencias del TS de 3 de junio de 2014 (*La Ley* 74491/2014) y 30 de enero de 2015 (*La Ley* 10075/2015).

²⁶ *La Ley* 38823/2001.

²⁷ SAP Zamora 30 de junio de 2006 (*La Ley* 87648/2006) y SAP Santa Cruz de Tenerife de 14 de mayo de 2007 (*La Ley* 130397/2007): «...la exclusión de un heredero forzoso de la herencia por desheredación hace que los descendientes del desheredado adquieran la condición de legitimarios respecto de la legítima...». «La declaración del derecho a ser tenidos por legitimarios del causante los hijos del desheredado carece de todo interés jurídico pues el mismo está expresamente reconocido en el citado artículo 857 del Código Civil». En idénticos términos, la SAP de Alicante, de 6 de noviembre de 2012 (*La Ley* 205225/2012). Además esta sentencia se refiere a la del TS de 31 de octubre de 1995: *En este sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de octubre de 1995 (La Ley 17130-R/1995), estableciendo que impugnando el recurrente la desheredación de que fue objeto en la herencia*

de su padre según lo dispuesto por este en su testamento, son sus hijos, nietos del testador, los que ocupan su lugar en la legítima, son legitimarios que participan en aquella herencia por llamamiento que a ellos le hace la ley directa e inmediatamente (art. 857 del Código Civil). La SAP de Santander de 31 de enero de 2012 resuelve la procedencia de la causa de desheredación alegada por el causante quien, al otorgar testamento abierto deshereda a su única hija, la ahora demandante, y a los hijos de esta y nietos del testador, instituyendo herederos a sus sobrinas, hijas de su hermana. La sentencia resuelve a favor de la procedencia del maltrato de obra, sin cuestionarse si es posible desheredar a un nieto viviendo el padre.

²⁸ En la SAP Asturias 12 de marzo de 2007 (sentencia 92/2007) el abuelo deshereda en el testamento a su nieta (demandante ahora) y a su biznieta (había fallecido su hija). Resultando probada la negativa de la actora a prestar alimentos a su abuelo se la deshereda, con el consiguiente derecho de la biznieta a ser declarada heredera de su bisabuelo y con derecho a legítima, representada por los dos tercios de la herencia del citado y valiendo el testamento en todo lo demás (cuando el abuelo otorgó testamento esta tenía 7 años por lo que es patente que no pudo incurrir en ninguna de las causas de desheredación reflejadas en el testamento). Dice el Tribunal «El hecho de que se exija una interpretación restrictiva de la institución de la desheredación, no solo en cuanto proclamada por el artículo 848 del Código Civil, sino también por abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de la sucesión legítima, no puede ello significar una exigencia de tal calibre que en la práctica vengan a impedirse los efectos derivados de la desheredación, convirtiendo sus causas en algo más teórico que real a fin de respetar el derecho legitimario del heredero.

²⁹ Resulta, en este sentido, clarificadora (aunque referida a la Ley Aragonesa, 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte), la STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) de 22 de septiembre de 2011 (sentencia 9/2011): «Conforme al artículo 25.1, por la sustitución legal, la condición de legitimario de grado preferente que habría correspondido al sustituido corresponde de forma inmediata a sus descendientes (no de forma sucesiva o diferida), y por derecho propio concedido directamente por la ley (sucesión directa con una vocación hereditaria propia, dice algún autor). El sustituido no llega a ser titular del «*ius delationis*» ni, en consecuencia, transmite derecho alguno a sus descendientes, que son llamados directamente por la ley. De ahí que el excluido absolutamente no es en ningún momento titular de cuota alguna sino que su condición de legitimario de grado preferente es directamente ocupada por sus descendientes («*si los tuviera*») por ministerio de la ley. No se da concentración de derechos de un legitimario excluido en el otro por el hecho de que este tenga descendientes sino que *los derechos nacen directamente en la persona de los únicos descendientes del legitimario de grado preferente absolutamente excluido.*

³⁰ BOE núm. 229, 24 de septiembre de 2013.

³¹ STS de 10 de julio de 2003. *La Ley* 2639/2003.

*(Trabajo recibido el 11-9-2015 y aceptado
para su publicación el 22-9-2015)*

Procedimiento y acuerdo de mediación. La formalización del título ejecutivo

Procedure and mediation agreement. The formalization of enforceable title

por

MARÍA TERESA PÉREZ GIMÉNEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. Universidad de Jaén

RESUMEN: Delimitadas las características del procedimiento de mediación, es necesaria la diferenciación entre el acta final y el acuerdo de mediación; pues mientras la primera determina la finalización del procedimiento, reflejando si se ha alcanzado algún acuerdo de manera clara y comprensible para todos; el acuerdo de mediación se identifica fundamentalmente con los aspectos concretos de solución a los que han llegado las partes respecto de los conflictos que les afectan. En este sentido, es importante distinguir también quiénes son los sujetos que deben intervenir en cada momento.

Por ello, el fin fundamental de este trabajo es dibujar de manera clara el esquema del procedimiento de mediación, poner de relevancia la importancia de las partes como protagonistas del acuerdo; determinar los requisitos de validez y el contenido del mismo; explicar cuáles son sus efectos y en qué medida se ve afectado por la acción de nulidad de los contratos, para finalmente estudiar su formalización como título ejecutivo.

ABSTRACT: Delineated the features of the mediation procedure is required for differentiation between the final act and the agreement of mediation; so while the first determines the end of the procedure, reflecting whether any agreement had been reached in a clear way and all understandable; the mediation agree-

ment is primarily identified with specific aspects of solution to those who have reached the parties to conflicts that affect them. In this regard, it is important to distinguish also who are subjects that must intervene in every moment.

Therefore, the fundamental purpose of this work is to draw a clear scheme of the mediation procedure, relevant to the importance of the parties as protagonists of the agreement; determine the requirements of validity and the content thereof; explain what are its effects, and to what extent is affected by the action of nullity of contracts, to finally study its formalization as enforcement.

PALABRAS CLAVE: Procedimiento de mediación. Acuerdo de mediación. Acta final. Título ejecutivo. Escritura pública. Homologación judicial.

KEY WORDS: *Mediation procedure. Agreement of mediation. Final act. Executive title. Public deed. Judicial approval.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BREVE REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.—III. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN.—IV. LA FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO: 1. ELEVACIÓN DEL ACUERDO A ESCRITURA PÚBLICA. 2. HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DEL ACUERDO.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El procedimiento de mediación puede terminar habiendo llegado las partes implicadas a un acuerdo o sin llegar al mismo. Para muchos, la consecución del acuerdo es la meta que debe alcanzarse y la forma más normal de terminación del procedimiento; para otros, el fin del procedimiento y la consecución de un acuerdo no necesariamente deben ir unidos pues pueden darse circunstancias que aboquen a otra forma de terminación, así por ejemplo, la imposibilidad absoluta de alcanzar un acuerdo, el transcurso del plazo máximo de duración del procedimiento, que sea el propio mediador el que aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables; el posible rechazo de las mismas a su mediador; la falta de colaboración de los implicados, etc.

En cualquier caso, la mediación tiene lugar tanto si hay acuerdo como si no y finaliza a través del documento llamado «acta final», documento que determina que el procedimiento ha terminado y cuál ha sido su resultado, y en su caso, si se ha conseguido algún acuerdo, si este ha sido total o parcial e incluso la imposibilidad de alcanzar soluciones.

De ahí que sea necesaria la diferenciación entre el acta final y el acuerdo de mediación; pues mientras la primera determina la finalización del procedimiento, reflejando si se ha alcanzado algún acuerdo de manera clara y comprensible para todos; el acuerdo de mediación se identifica fundamentalmente con los aspectos concretos de solución a los que han llegado las partes respecto de los conflictos que les afectan. En este sentido es importante distinguir también quiénes son los sujetos que deben intervenir en cada momento.

Por ello, el fin fundamental de este trabajo es dibujar de manera clara el esquema del procedimiento de mediación, poner de relevancia la importancia de las partes como protagonistas del acuerdo; determinar los requisitos de validez y el contenido del mismo; explicar cuáles son sus efectos y en qué medida se ve afectado por la acción de nulidad de los contratos, para finalmente estudiar su formalización como título ejecutivo.

II. BREVE REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

El Título IV de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, regula el procedimiento de mediación¹ de manera flexible, estableciendo los requisitos imprescindibles para que sea válido, en su caso, el acuerdo al que lleguen las partes.

Según la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo², el de mediación es un proceso estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución del mismo con la ayuda de un mediador. Se trata de un concepto, (GIL NIEVAS, 2008, 3)³ amplio pero que viene delimitado por tres notas esenciales: La existencia de un litigio; un tercero que asiste a las partes, si bien son ellas mismas las que tienen que llegar al acuerdo y el hecho de que se trata de un procedimiento estructurado.

El procedimiento de mediación se iniciará de común acuerdo entre ellas o por una de ellas en cumplimiento de un acuerdo preexistente de sometimiento a mediación. En Europa y concretamente en España la mediación se ha generalizado principalmente en el ámbito conectado con los tribunales, o intrajudicial, siendo promovida principalmente por magistrados, quienes al amparo de los artículos 443.3 y 440.1 LEC pueden invitar a las partes a intentar un acuerdo a través de un procedimiento de mediación que ponga fin al proceso, instándolas a que acudan a una sesión informativa.

De este modo, la mediación intrajudicial se lleva a cabo una vez que se ha iniciado un proceso a través de demanda, y en cualquier momento de su devenir, así, al principio del proceso, en pleno proceso⁴ e incluso en fase de ejecución de sentencia⁵.

Por otra parte, la Ley 5/2012 contempla la posibilidad de que las partes se comprometan a someter a mediación el conflicto antes de intentar otra solución, ya sea judicial o extrajudicial. En este sentido, el artículo 6.2 establece que cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas, o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial y que dicha cláusula surtirá efecto incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. Regula por tanto la ley, los denominados pactos de sumisión a mediación, a los que se dota de cierta eficacia jurídica, tal vez, como uno de los instrumentos que pueden impulsar y fomentar la mediación. No obstante, (UTRERA GUTTIÉRREZ, 2013, 2)⁶ este pacto de sometimiento previo a mediación carece de eficacia jurídica en el ámbito extra procesal, dado el carácter «radicalmente» voluntario de la mediación, configurándose más como una obligación moral que como una obligación legal.

Por su parte, en el ámbito del proceso, el pacto de sometimiento previo a mediación está recogido esencialmente en el artículo 10.2, según el cual durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto a excepción de medidas cautelares y otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos⁷. De este modo, la existencia de este compromiso impide a los tribunales conocer de dichas controversias mientras se desarrolla la mediación⁸.

De cualquier forma y a pesar de las determinaciones legales, a mi juicio, la eficacia real de estos pactos puede cuestionarse en cualquier ámbito en atención al carácter voluntario de la mediación, razón por la que nadie está obligado a iniciar el procedimiento, a mantenerse en el mismo ni a concluir un acuerdo; por ello considero que el incumplimiento de esa cláusula no generaría en la práctica ninguna consecuencia⁹; o a lo sumo entiendo, (MAGRO SERVET, 2012, 8)¹⁰ que este sometimiento lo es solo *para intentarlo*; en estos casos, lo que se obliga es a ir a la mediación¹¹, pero no a concluirla con éxito entendiéndose por tal que se alcance el acuerdo; desde este punto de vista, la admisibilidad de las cláusulas de sumisión a mediación sería perfectamente compatible con la voluntariedad de la mediación pues son consecuencia del ejercicio por las partes del principio de autonomía de la voluntad, siempre, claro está, que hayan sido queridas por ambas partes¹², quienes además podrían ir más allá del escueto contenido previsto legalmente, estableciendo con carácter previo, entre otras cuestiones, quién será el mediador o señalar a un tercero que asumiría la responsabilidad de nombrarlo¹³.

En este supuesto, siendo apreciada la excepción, es decir, la existencia de un pacto de sometimiento a mediación, el tribunal dictará auto absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso. En el caso de existir materias

no contempladas en el acuerdo, el sobreseimiento será parcial, pudiendo la autoridad judicial seguir conociendo de aquellas materias no sujetas a dicho pacto.

En cualquiera de los supuestos mencionados, la solicitud se formulará ante las instituciones de mediación¹⁴ o ante el mediador, quienes una vez recibida citarán a las partes para la celebración de la sesión informativa¹⁵, salvo que ellas mismas hayan decidido prescindir de aquella, en cuyo caso no será necesaria. En caso contrario, la no asistencia de manera injustificada a la sesión informativa equivaldrá al desistimiento de la mediación solicitada¹⁶. El objetivo fundamental de esta sesión es informar a las partes sobre determinadas cuestiones de su interés, así, la formación, profesión y experiencia del mediador¹⁷, las causas que puedan afectar a su imparcialidad¹⁸, las características de la mediación, su coste¹⁹, la organización del procedimiento; el plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva²⁰; y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pueda alcanzar. Este punto, que se desarrollará después, es de gran interés pues el mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como título ejecutivo.

El procedimiento de mediación en cuestión comenzará con la sesión constitutiva²¹ en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de determinados aspectos, tales como su identificación, el objeto del conflicto que se somete a mediación²², el programa de actuaciones, duración prevista del procedimiento que será lo más breve posible²³, lugar de celebración y lengua que va a utilizarse, la declaración de aceptación de la mediación y la asunción de las obligaciones que se deriven de la misma²⁴.

Las partes pueden acordar que las actuaciones, incluida la sesión constitutiva se lleven a cabo por medios electrónicos²⁵, por videoconferencia y otros medios análogos, siempre que las partes estén perfectamente identificadas y se respeten los principios de la mediación.

Terminada la sesión constitutiva se levantará un ACTA INICIAL en la que consten todos los aspectos indicados y que será firmada por las partes y por el mediador. Si no fuera posible, en el acta se declarará que la mediación se ha intentado sin efecto. Es importante señalar que aunque la ley no especifica en el artículo 19 el plazo dentro del cual el acta debe quedar firmada, puede inferirse del artículo 4 en su párrafo segundo, que este será de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación²⁶.

El procedimiento en sí debe ser lo más breve posible concentrando las actuaciones en el mínimo número de sesiones, siempre presididas por los principios informadores de la mediación: Voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, neutralidad y confidencialidad; teniendo en cuenta, además, que deben desarrollarse dentro de unas pautas básicas de lealtad, buena fe y respeto mutuo²⁷; así como prestar colaboración

y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

El procedimiento de mediación puede acabar habiendo llegado las partes a algún tipo de acuerdo, parcial o total, o bien terminar sin haberlo alcanzado. Es cierto que es deseable para todos los que están inmersos en el procedimiento, la consecución del acuerdo como expresión de haber llegado a la cima de la mediación, tras el tiempo invertido y las sesiones desarrolladas²⁸; pero es bien conocido, que aún siendo deseable, no siempre es esta la manera normal de terminar, pues es perfectamente posible la conclusión del mismo de otros modos diferentes, ya sea porque todas o algunas de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento; de igual modo, cuando el mediador aprecia de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión²⁹.

En cualquier caso, la terminación del procedimiento se hará constar en un ACTA FINAL³⁰ firmada por todas las partes y por el mediador que reflejará, en su caso, los acuerdos adoptados³¹ o su finalización por cualquier otra causa y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas.

Así, si el procedimiento de mediación finaliza con un acuerdo, lo convenido se puede plasmar en dos documentos distintos; de un lado, el acta final determina la finalización de la mediación y refleja, en su caso, los acuerdos que hayan podido alcanzarse, desde que se inició el procedimiento con la sesión constitutiva hasta este momento; de otro lado, el acuerdo de mediación al que se haya podido llegar, podrá fin al procedimiento y estará en íntima conexión con los puntos concretos de desavenencia que tenían las partes.

Aparte de ello, es importante esta distinción en cuanto a los sujetos que intervienen, pues mientras el acta final, al igual que el acta inicial de la sesión constitutiva deben ser firmadas por las partes, salvo que alguna se niegue a ello y por el mediador; el acuerdo de mediación solo será firmado por ellas o sus representantes, quedando al margen el mediador³².

Por último y en relación a su contenido, el acta final puede contener manifestaciones que no tengan carácter obligacional y por tanto no se trasladen al acuerdo de mediación, cuyo contenido es esencialmente jurídico pues recoge aquellos compromisos que puedan ser exigibles legalmente, una vez configurado el acuerdo de mediación como título ejecutivo³³. Al acuerdo de mediación, su régimen jurídico y efectos se dedica el epígrafe siguiente.

III. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN

El acuerdo de mediación se asocia, en un sentido amplio, con el resultado deseable o exitoso de la mediación³⁴. Se trata de la forma más óptima de fina-

lización del procedimiento y en realidad, a su obtención va dirigido el mismo. Podrá versar sobre una parte o la totalidad de las materias sometidas a mediación, siempre que sean disponibles para las partes. El acuerdo será firmado por ellas y contendrá las circunstancias mínimas a las que hace referencia el artículo 23 de la ley 5/2012, así, su identidad y domicilio, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume tras haberse seguido el procedimiento de mediación ajustado a lo previsto en la norma, indicación del o de los mediadores que han intervenido y en su caso, la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

A cada una de las partes se les entregará un ejemplar del acuerdo, el mediador dispondrá de otro para su conservación³⁵ e informará a las mismas de su carácter vinculante. En este sentido y tal y como se expone en el preámbulo de la citada ley, el artículo se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo alcanzado por las partes, siempre bajo la premisa, ya comentada en el epígrafe anterior, de que conseguir un acuerdo no es algo obligatorio, pues como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que con la mediación se consiga simplemente mejorar relaciones, aún cuando no se alcance un acuerdo de contenido concreto.

En base a las propias explicaciones de la Ley 5/2012, podemos afirmar que nos encontramos ante un contrato, pues no se trata sino de un acuerdo de voluntades entre dos o más personas dirigido a crear obligaciones directamente exigibles entre ellas, al amparo del principio de autonomía de la voluntad que preside la contratación en nuestro Ordenamiento jurídico.

Desde este punto de vista, podría definirse como el contrato por el que las partes solucionan, de manera total o parcial, la controversia sometida a mediación, y que en consecuencia, les permite evitar un pleito o poner fin al ya iniciado³⁶. De este modo, establecida la naturaleza contractual del acuerdo de mediación es obligado su sometimiento a los requisitos necesarios para la validez de los contratos establecidos por el artículo 1261 del Código Civil³⁷.

En relación a las partes, estarán legitimados para firmar el acuerdo, aquellos que han intervenido en el procedimiento de mediación. La ley 5/2012, no contiene ninguna norma sobre la cuestión, limitándose a hacer referencia a la necesidad de que en la sesión constitutiva y en su caso, en el acuerdo, estas queden identificadas y se señale el domicilio de las mismas; sin embargo, en ningún momento aparece definida una posición previa de parte obligada³⁸, aún cuando deberán declarar la aceptación voluntaria de participación en la mediación y la asunción de las obligaciones que de ella se deriven.

En relación a la capacidad exigida para firmar el acuerdo, la legislación no hace referencia a su determinación a efectos de mediación, sin duda, porque debe entenderse la remisión a la regulación general contenida en el Código Civil³⁹. En este sentido y en cuanto a la edad, la capacidad para otorgar el acuerdo de mediación será la general para contratar, es decir, la mayoría de edad, o tener más

de dieciséis años y estar emancipado y siempre que no exista algún tipo de enfermedad física o psíquica que les impida valerse por sí mismos a estos efectos⁴⁰.

Tratándose de supuestos de discapacidad, entiendo que se debe estar a lo establecido en la sentencia por la autoridad judicial. De este modo, podrá la persona con discapacidad intervenir en la mediación, al menos en aquellas cuestiones para las que la sentencia no haya declarado la necesidad de contar con algún tipo de apoyo en el ejercicio de su capacidad de obrar⁴¹.

De cualquier manera, y tanto en relación al tema de la edad como de la capacidad al margen de la misma, el legislador debería aclarar esta materia para evitar en algunos casos la inseguridad jurídica; en otros, la posible nulidad del acuerdo y en cualquier caso, la posible existencia de usos abusivos.

En cuanto al objeto del acuerdo, tal y como queda expuesto en las páginas anteriores, para que exista procedimiento de mediación, debe existir un litigio, disputa o controversia previa entre las partes, que van a intentar resolver recurriendo a este mecanismo para lo cual van a asumir obligaciones recíprocas. Estas obligaciones son el objeto del contrato y conformarán su contenido material. Podrá tratarse de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. En cualquier caso, siempre con el límite de ser disponibles para las partes, lícitas, posibles y determinadas; esto es, cuestiones que las partes sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable.

Si nos referimos a la causa, y prescindiendo de la existencia de teorías anticausalistas en esta materia, la podemos considerar desde un punto de vista objetivo como el fin práctico del negocio; y desde un punto de vista subjetivo, como la razón o el motivo decisorio que induce a las partes a negociar. En relación a la misma, algunos autores (LÓPEZ DE ARGUMEDO y FERNÁNDEZ DE LA MELA, 2015, 3)⁴² explican que es transaccional⁴³, pues la finalidad perseguida por el acuerdo es análoga a la del acuerdo de transacción, esto es, solucionar una controversia mediante la autocomposición de las partes, asistidas por el mediador, y con exclusión, por tanto, de la decisión de un tercero, juez o árbitro, que se imponga a aquellas.

En este sentido, su causa sería dirimir la controversia planteada, sin necesidad de que entre en conocimiento de la autoridad judicial, pues en base al principio autocompositivo que define la mediación, serán las partes en conflicto, los propios interesados, los que decidan aquello que más convenga a sus intereses. Por ello, podemos concluir que para que exista el acuerdo de mediación, las partes deben haber manifestado su voluntad concorde al respecto y además, la finalidad fundamental de esta vinculación debiera ser no solo resolver su disputa sino también evitar el inicio del procedimiento ante el juez o poner fin al mismo, si ya estaba iniciado.

En consecuencia, en su condición de contrato de transacción, el acuerdo de mediación comparte la estructura bifronte propia de aquel y por tanto, está llamado a desplegar efectos en dos planos: obligacional y procesal⁴⁴.

Por último y en materia de forma, se puede afirmar que se trata de un contrato en el que esta no es esencial, lo que es absolutamente compatible con los principios de flexibilidad y antiformalismo que caracterizan el procedimiento; si bien el sentido común impone que se formalicen por escrito⁴⁵, y esta misma exigencia se puede deducir del articulado de la ley⁴⁶; por esta razón, su redacción deberá llevarse a cabo de forma clara y comprensible y el mediador debe velar por el rigor léxico y material necesario en función del contenido de los acuerdos.

Desde mi punto de vista, el requisito de forma que impone la ley, lo es no como un requisito de validez o *ad solemnitatem*, no se trata de un requisito de constitución del contrato, como ocurre con el consentimiento, el objeto o la causa, cuya ausencia determinaría la nulidad del mismo; sino como un requisito *ad probationem*; de lo que se deduce que el acuerdo de mediación sería perfectamente válido tanto en forma verbal como escrita, si bien, la dificultad la encontraríamos a efectos de prueba de su existencia en el primer caso.

En este sentido, entiendo que lo que la Ley 5/2012 exige es la documentación del acuerdo, y que por tanto, podemos hablar de contrato formal, únicamente desde el punto de vista de su necesaria plasmación por escrito; lo que concuerda perfectamente con las normas previstas en los artículos 1278 a 1280 del Código Civil en materia de forma de los contratos, y con el principio espiritualista que preside nuestro Ordenamiento jurídico en esta materia; por ello, existirá acuerdo de mediación y por tanto, las partes quedarán vinculadas desde que el consentimiento haya quedado manifestado, la falta de forma escrita no afectará a su validez y perfección, pero no obstante ello, considero que es más operativo que conste de aquella manera sobre todo a efectos de prueba de su existencia⁴⁷.

Es cierto que el acuerdo verbal tiene su interés en el ámbito del procedimiento de mediación como paso previo al acuerdo final que se documentará por escrito; pero a mi juicio, este solo va a producir los efectos que tiene asociados desde el momento en que las partes lo documentan y lo firman, pues ello favorece la seguridad jurídica, le da mayor certidumbre y lógicamente facilita su prueba, y ello al margen de que las partes puedan instar su elevación a escritura pública⁴⁸. En esta materia, la exigencia de forma escrita es reflejo, aunque parezca paradójico, del principio de voluntariedad que preside e informa la mediación.

En la práctica podría darse la situación en la que el acta final refleje los aspectos fundamentales del acuerdo al que han llegado las partes tras el procedimiento de mediación y las obligaciones básicas que cada una de ellas asume, pero que difieran para un momento posterior la elaboración del documento en el que recojan con el debido detalle y de manera pormenorizada los términos de ese acuerdo. Si esto fuera así, el acta final firmada por ambas partes cumple con la exigencia de documentación y forma escrita del acuerdo de mediación y como tal y siempre que reúna el contenido mínimo al que hace referencia el artículo 23, se podrá considerar como acuerdo de mediación⁴⁹.

Por otro lado y tomando en consideración que la mediación puede ser la base de otros negocios jurídicos, es necesario que se tengan en cuenta las formalidades específicas que las leyes pueden exigir para casos concretos, pues de lo contrario, dichos negocios pueden resultar nulos por defecto de forma; así por ejemplo, el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, la constitución de una hipoteca o la donación de un bien inmueble requerirán escritura pública para su formalización.

Para finalizar este apartado, y en cuanto a los efectos del acuerdo de mediación, como ya se ha mencionado, este es vinculante para las partes y así debe ponerlo de manifiesto el mediador a las mismas. El acuerdo suscrito por las partes es obligatorio para ellas dada su naturaleza contractual, pues las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley para las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos, como impone el artículo 1091 del Código Civil. El acuerdo de mediación es un contrato y por tanto fuente de obligaciones, de modo que, una vez perfeccionado el acuerdo obligará a las partes a cumplir lo expresamente pactado, así como a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. El acuerdo, fruto del procedimiento de mediación, obligará a las partes contratantes a lo que hayan suscrito, a la necesaria observancia de lo que se haya estipulado, siempre que en él concurren los requisitos para la validez de los contratos⁵⁰. Este pacto tiene la misma eficacia que cualquier otro contrato privado.

Ahora bien, afirmado el carácter vinculante del acuerdo, se plantea para la doctrina una cuestión de interés, la relativa a si se debe aparejar al acuerdo de mediación, dada la asimilación de su causa a la del contrato de transacción, una mayor fuerza que a la del resto de los contratos, en base a lo dispuesto en el artículo 1816 del Código Civil, según el cual la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada.

El Proyecto de ley anterior pretendía reconocer al acuerdo de mediación autoridad de cosa juzgada, como si de una sentencia judicial firme se tratase y además una ejecutividad inmediata por su sola formalización ante el mediador. Esta posibilidad fue duramente criticada por la doctrina que consideraba que con el Proyecto se producía una importante fisura en el sistema, pues se consideraba ejecutivo el documento privado realizado con intervención del mediador, que puede no tener formación jurídica, sin el necesario control de la legalidad, que únicamente viene dado por el examen judicial del acuerdo o el examen legal del notario⁵¹.

Respecto a la autoridad de cosa juzgada, la transacción obliga a las partes a no volver a plantear la controversia objeto del acuerdo de transacción, obligación plenamente congruente con la finalidad propia de la transacción de poner fin a un conflicto⁵².

Por esta circunstancia, de la asimilación del acuerdo de mediación al contrato de transacción deben derivarse dos efectos fundamentales: de un lado, la fuerza

vinculante propia de cualquier contrato y de otro, la obligación de no volver a plantear la controversia ya resuelta; de modo que, si alguno de los contratantes, las partes mediadas, pretende que la cuestión sea tratada nuevamente por un tercero, la autoridad judicial o un árbitro, la otra parte podrá oponer una excepción de transacción, la *exceptio litis per transactionem finitae*⁵³.

Así, al considerar (TAMAYO HAYA, 2015, 222)⁵⁴ el acuerdo de mediación un acuerdo transaccional por mediación, de la equiparación del acuerdo de mediación con el contrato de transacción debe derivar inexorablemente la consecuencia de reconocer el efecto de cosa juzgada en el supuesto de la mediación extraprocésal de la misma manera que aquella mediación cuyo acuerdo es objeto de homologación judicial surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial. Por lo que concluye, autoridad de cosa juzgada tanto para la transacción extrajudicial como para la judicial, si bien efectos ejecutivos solo para la judicial.

No obstante lo expuesto, aún debemos precisar cuál es el alcance de dicha excepción, pues la ley no se pronuncia al respecto, al efecto de determinar si se trata de una excepción procesal o material, distinción de gran interés pues en el primer caso, impediría al Tribunal dictar sentencia sobre el fondo del asunto, que terminará mediante auto de sobreseimiento después de la audiencia previa; mientras que si es del segundo tipo, no impedirá que el proceso se tramite de forma íntegra.

Desde este punto de vista, solo la transacción judicial vincula al órgano jurisdiccional tanto en cuanto a la circunstancia de impedir una nueva decisión sobre el fondo como en relación a condicionar la decisión a lo pactado en la transacción. Cuando se trata de transacciones extrajudiciales no existe impedimento para que el proceso se tramite de forma íntegra. Si esta conclusión la trasladamos a la materia que nos ocupa, se puede afirmar que solo el acuerdo de mediación homologado judicialmente puede hacerse valer por medio de una excepción procesal; de modo que, cualquier otro acuerdo de mediación, solo será oponible como excepción material que no impedirá la tramitación íntegra del proceso y su finalización mediante la correspondiente sentencia que decidirá sobre el fondo⁵⁵.

De cualquier manera, entiendo que como documento privado el acuerdo de mediación no solo tiene carácter vinculante, sino también una *obligatoriedad reforzada*, aún cuando no haya sido homologado judicialmente, aún cuando no se haya elevado todavía a escritura pública, según el caso; y ello porque (UTRERA GUTIÉRREZ, 2013, 3)⁵⁶, son acuerdos con un *plus de obligatoriedad*, especialmente porque estamos ante negocios jurídicos cuya elaboración se ha realizado en un entorno especialmente apto para que la expresión de la voluntad allí recogida lo haya sido sin vicio alguno, pues si la mediación se ha desarrollado de manera ortodoxa se habrá garantizado la voluntariedad de la participación, la igualdad en el desarrollo del consenso e incluso la posibilidad

de contar con información y asesoramiento suficiente. Esta pureza negocial supone que los acuerdos alcanzados en mediación y no trasladados a un convenio regulador ratificado judicialmente, deban tener un alto valor para el juez en la adopción de las medidas a que se refieren en vía contenciosa.

Para concluir este apartado, considero que la naturaleza exclusivamente contractual del acuerdo de mediación deriva también del artículo 23.4 de la Ley 5/2012, que somete al mismo a las reglas generales sobre eficacia e ineficacia de los contratos; pues si bien puede estar vinculado a un procedimiento judicial con posterioridad, en principio y como documento privado, no se le reconoce efecto de cosa juzgada, no tiene efectos ejecutivos y en caso de impugnación se someterá al régimen de cualquier otro contrato; de ahí su entrega, también en esta cuestión, al igual que en materia de capacidad, requisitos esenciales y demás aspectos a las reglas generales de la contratación.

Así, en su caso, el ejercicio de la acción de nulidad se llevará a cabo a través del proceso declarativo que corresponda, entrando el juez únicamente en el análisis de si se trata de un contrato válido o no, ya sea por falta de consentimiento, vicios del mismo, causa ilícita, objeto ilícito, imposible o indeterminado o que versa sobre materias indisponibles, problemas de capacidad, actuación de representante sin poder, o cualquier otra razón que tenga aparejado este efecto. Se puede afirmar por ello, que la autoridad judicial no se va a pronunciar sobre el contenido del acuerdo, sino que será su función estudiar si el contrato reúne los requisitos necesarios que afectan a su validez y garantizan su existencia⁵⁷.

IV. FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO

El acuerdo de mediación es vinculante para las partes y así debe ponerlo de manifiesto el mediador a las mismas. Se suele decir que es común que los acuerdos alcanzados a través del procedimiento de mediación se cumplan por propia iniciativa, lo que es natural pues al ser la voluntariedad una de las notas fundamentales del procedimiento de mediación, las partes hacen suyo el resultado obtenido pues lo entienden adecuado a sus intereses, lo que se refuerza por la circunstancia de que han sido ellas mismas las que de manera autónoma han puesto fin a su litigio y en coherencia, se responsabilizan por ello del acuerdo adoptado; no obstante, se debe asumir que es perfectamente posible que una de las partes no cumpla lo estipulado y la otra quiera hacer valer su derecho.

Como se ha señalado en los epígrafes anteriores, el acuerdo de mediación puede obtenerse bien en un procedimiento de mediación iniciado al margen de actuaciones judiciales; bien estando en trámite un procedimiento judicial respecto del que se ha solicitado su suspensión para acudir al procedimiento de mediación.

En cualquier caso, y aunque el acuerdo alcanzado sea obligatorio, ello no quiere decir que por sí solo tenga fuerza ejecutiva; por lo que, en función de la situación concreta, que exista o no exista un proceso abierto, se deba actuar de una manera u otra. En este sentido, si la mediación se llevó a cabo al margen de un proceso judicial, la ejecución del mismo requerirá su elevación a escritura pública⁵⁸; para el caso de que exista un proceso abierto, se requerirá la homologación judicial mediante auto. Es por tanto, la voluntad de las partes la que convierte el acuerdo privado obtenido en la mediación en título ejecutivo. La fuerza ejecutiva no es un efecto automático del acuerdo de mediación⁵⁹.

1. ELEVACIÓN DEL ACUERDO A ESCRITURA PÚBLICA

Señala el artículo 25 de la Ley 5/2012, que las partes pueden elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación; el acuerdo se presentará ante un notario y se acompañará de la copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento⁶⁰.

De lo expuesto se deduce que la elevación a público del acuerdo es potestativa para las partes en conflicto, no se trata de una obligación, pues el acuerdo suscrito es obligatorio para ellas, si bien será indispensable que se eleve a público en cuanto a los trámites a seguir en caso de incumplimiento; pues de lo contrario, aunque sea vinculante para ellas, carecerá de fuerza ejecutiva, por lo que si no se cumple de manera voluntaria, obligará a la parte que quiera hacerlo efectivo a acudir al proceso declarativo que corresponda, en el que el acuerdo de mediación se aporte como prueba documental.

Evidentemente la elevación a público del acuerdo alcanzado interesa a las dos partes, pero podemos entender que es perfectamente viable que lo haga únicamente una de ellas con el consentimiento de la otra⁶¹, no siendo necesario que el mediador esté presente en el otorgamiento de la escritura. Por lo tanto, la escritura que eleva a público el acuerdo de mediación será otorgada por las mismas partes que lo firmaron y el notario deberá certificar la identidad de las mismas, juzgar sobre su capacidad, asegurarse de que el consentimiento se ha formado y se plasma de manera absolutamente libre y voluntaria; y en el caso de que se actúe mediante representación confirmar el apoderamiento en cuestión.

El notario verificará el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos por la ley y que su contenido no es contrario a Derecho⁶². A estos efectos, el artículo 176 del Reglamento Notarial dispone que la parte contractual se redactará de acuerdo con la declaración de voluntad de los otorgantes o con los pactos o convenios entre las partes que intervengan en la escritura, cuidando el notario de reflejar con la debida claridad y separadamente los que se refieran a cada uno de los derechos creados, transmitidos, modificados o extinguidos,

como asimismo el alcance de las facultades, determinaciones y obligaciones de cada uno de los otorgantes o terceros a quienes pueda afectar el documento.

Además, deberá verificar que el documento contiene las menciones de carácter necesario que menciona el artículo 23.1 de la Ley 5/2012. Esto es importante pues la no inclusión de las mismas puede determinar que se deniegue el despacho de ejecución o que despachada esta se puedan oponer tales defectos por el ejecutado⁶³.

De todo lo expuesto se deduce que la intervención notarial es muy importante, tanto para dotar de seguridad jurídica a los acuerdos de mediación como para controlar la legalidad de los acuerdos que se trasladan a la escritura pública. No se debe olvidar que el mediador no tiene por qué ser jurista y aún siéndolo no actúa como tal en el procedimiento de mediación, por lo que el contenido del acuerdo será el decidido por las partes con sus asesores. El abogado tiene, por tanto, también un papel importante en la orientación de las mismas y en la redacción del acuerdo, que se refuerza al sumarle el control notarial⁶⁴.

Una vez elevado a escritura pública se reconoce el carácter de título ejecutivo al acuerdo de mediación⁶⁵, y por tanto, su ejecución podrá instarse directamente ante los Tribunales, siendo competentes para autorizar o denegar dicha ejecución los Juzgados de Primera Instancia del lugar dónde se firmó el acuerdo⁶⁶.

Por su parte, el artículo 548 LEC, respecto del plazo para solicitar el cumplimiento forzoso, dice que no se despachará ejecución de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días siguientes a la notificación de la escritura pública que contiene el acuerdo de mediación. Esta previsión tiene mayor sentido si se admite que la escritura pública pueda ser otorgada por una de las partes con el consentimiento del otro; si están las dos presentes para la firma del acuerdo, no parece que sea necesaria ninguna notificación. No obstante, las partes pueden incluir alguna cláusula que determine un plazo dentro del cual deba acometerse el cumplimiento voluntario de lo pactado.

Finalmente, el artículo 518 LEC señala que la acción ejecutiva caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva en el plazo de cinco años, entiendo que contados desde el siguiente al del otorgamiento de la escritura pública⁶⁷. Por su parte, el artículo 556 LEC, equipara el acuerdo de mediación a las resoluciones procesales, al efecto de limitar los motivos de oposición del demandado.

Y para finalizar este apartado, se debe poner de relieve la ausencia de una regulación específica de la mediación familiar en la Ley 5/2012. Por ello, (UTRERA GUTIÉRREZ, 2013, 4)⁶⁸ en la mediación prejudicial, el acuerdo alcanzado y elevado a escritura pública no podrá constituirse en título ejecutivo, sino que deberá pasar el control judicial correspondiente por medio de alguno de los procesos previstos en la LEC, y concretamente para los supuestos de separación y divorcio por la vía del proceso de mutuo acuerdo del artículo 777, o bien si el acuerdo ha sido parcial mediante la inclusión del mismo en la sen-

tencia contenciosa que decida sobre las cuestiones no consensuadas. La razón de ser de esta afirmación radica en el carácter indisponible de las cuestiones relativas a familia, salvo que dichos acuerdos sean validados judicialmente; por lo que en estos casos, la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación no generará los efectos previstos para el resto de materias civiles y mercantiles. Por esta razón, el mediador deberá informar, en su caso, de la necesidad de incoar alguno de los procesos judiciales previstos en la LEC para este tipo de cuestiones si se quiere dotar de fuerza ejecutiva a los acuerdos alcanzados.

2. HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DEL ACUERDO

Cuando el acuerdo se alcanza en una mediación desarrollada una vez iniciado un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con la homologación lo que se pretende es la equiparación con la decisión judicial a los efectos de reconocimiento y ejecución⁶⁹.

No obstante, para que esto sea posible deben darse los siguientes requisitos: 1) Exista un proceso judicial pendiente ante los tribunales; 2) La solicitud de ambas partes que provocará la suspensión del proceso; 3) La mediación debe referirse a materias que son objeto del proceso en curso; 4) La mediación finalice con acuerdo, total o parcial; 5) Auto dictado por el juez que ponga fin al proceso definitivamente y otorgue carácter ejecutivo al acuerdo de mediación conseguido.

Así pues, se requiere que exista un proceso judicial. A estos efectos, la Ley procede en sus disposiciones finales a encajar la mediación en el proceso judicial, operando modificaciones de tipo procesal que faciliten su aplicación dentro del proceso civil, reforzando las posibilidades de finalización anticipada del proceso por acuerdo de las partes con el recurso a la mediación⁷⁰.

De este modo, se pueden distinguir dos momentos en los que se debe facilitar información a las partes sobre la mediación como herramienta para la resolución de su conflicto. De un lado, antes de la audiencia previa del juicio ordinario y de la vista del juicio verbal y por otro lado, la asistencia a la denominada sesión informativa presencial.

Para el primer caso, el artículo 414.1 párrafos 1.º y 3.º dispone que en esta convocatoria, si no se ha realizado antes, se *informará* a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar su conflicto, incluido el recurso a una mediación; explicando también que el tribunal puede *invitar a las partes* a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa. De igual modo, el artículo 440 al referirse al juicio verbal señala que el secretario judicial en la citación de la vista *informará* a

las partes de esta posibilidad. De otro lado, según el artículo 443.3 cabe la posibilidad de recibir información sobre la mediación, asistiendo a la llamada sesión informativa presencial⁷¹.

En ningún caso se debe entender que estas obligaciones de información e invitación vulneren la voluntariedad propia de la mediación; pues se trata de que el juez en atención al objeto y a las circunstancias del caso entienda que se pueda resolver de manera más ágil y menos costosa recurriendo a la mediación, pero realmente serán ellas las que decidan si quieren utilizar esta herramienta que se les brinda o por el contrario prefieren que sea la autoridad judicial la que resuelva su controversia. Se trata, entiendo, de una medida que trata de dar a conocer la mediación, publicitarla y promoverla dentro del respeto a la voluntad de las partes como dice el propio preámbulo de la Ley 5/ 2012.

Y esta cuestión es de gran interés pues existe una corriente doctrinal⁷² que considera que tal vez la introducción de la mediación obligatoria sea el único camino para hacer que esta figura alcance éxito en la Unión Europea, al menos para ciertas categorías de asuntos, pues se ha constatado que existe una desconexión importante entre los beneficios reconocidos a la mediación y su uso tan limitado en los Estados miembros. Estos autores proponen dos formas mitigadas de mediación obligatoria: La asistencia obligatoria a sesiones informativas y la mediación obligatoria con posibilidad de renunciar si las partes no tienen intención de continuar con la mediación. En ambos casos, se obliga a las partes por lo menos a sentarse juntas y a considerar en serio esta posibilidad. La conclusión más importante a la que llegan es que solamente un cierto grado de obligatoriedad puede generar un número significativo de mediaciones, considerando que la voluntariedad es compatible con la posible previsión por parte del legislador de la mediación obligatoria para ciertas materias, pues el sometimiento obligatorio a mediación ha de ser entendido en el sentido de que el mismo únicamente conlleva la obligación que pesa sobre las partes de participar en una sesión informativa, en la que reciban información suficiente que les permita decidir acerca del recurso a la mediación.

No obstante, se debe tener en cuenta que el artículo 17 de la Ley 5/2012, permite que se dé información al juez sobre la parte o partes que, en su caso, no asistieron a la sesión, de modo que puede apreciarse que esta circunstancia queda al margen de la confidencialidad que se impone al mediador y demás personas que participen en el procedimiento. Por lo tanto, y aún cuando esa facultad de instar e invitar a la mediación no lleva aparejada ninguna sanción en el caso de no ser aceptada, podría ser tenida en cuenta por el juez a la hora de imponer las costas⁷³.

Esta idea la vincula con otra no menos importante, solo el mediador más preparado y cualificado llevará a las partes a continuar con el proceso de mediación, pues se entiende que existe una estrecha conexión entre la formación del mediador y el éxito de la institución.

Por otra parte, la homologación requiere la solicitud de ambas partes. Se requiere la instancia de todas las partes del proceso, de la misma manera que vimos en el epígrafe anterior para el caso de la escritura pública. Las partes inmersas en el proceso, de común acuerdo, deciden someterlo a mediación, para lo que solicitarán, según el artículo 415 LEC, su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal. En este supuesto, el juez examinará la concurrencia de los requisitos de capacidad y poder de disposición de las partes. En su caso, la suspensión será acordada siempre que no perjudique el interés general o de terceros⁷⁴.

De igual modo, la mediación debe estar referida al objeto del proceso. Se debe controlar la identidad objetiva del conflicto y en su caso del acuerdo. Así, iniciada la mediación estando en trámite un procedimiento judicial y conformada ya la relación jurídico-procesal, no cabe ampliar el objeto del mismo, sin perjuicio de desistir del procedimiento judicial y continuar el procedimiento de mediación con el objeto que conformen las partes⁷⁵. El acuerdo que pudiera alcanzarse a través de la mediación no podrá referirse a materias que no fueron objeto del procedimiento judicial en curso.

En su caso, el acuerdo alcanzado ha de presentarse al juez para que proceda a su homologación o convalidación. Finalizada la mediación, se solicitará la reanudación del procedimiento, si bien esta tendrá diferente alcance dependiendo de si el acuerdo conseguido afecta a todas las cuestiones sometidas a mediación o solo a alguna de ellas, en función de si ha sido total o parcial.

Si el acuerdo fue total y todas las materias disponibles para las partes, se pone en conocimiento del tribunal que procederá a su homologación mediante auto⁷⁶. Homologado el acuerdo se pone fin al procedimiento. Si el acuerdo conseguido fue parcial se someterá al tribunal solo en relación a las materias concretas sobre las que verse. El resto de aspectos no afectados por el acuerdo provocará la continuación de las actuaciones judiciales.

Para el caso concreto de procesos de separación, divorcio, medidas sobre hijos extramatrimoniales o de modificación de medidas, (UTRERA GUTIÉRREZ, 2013, 4-5)⁷⁷ se pueden plantear dos hipótesis: a) Acuerdo total: Lo procedente es solicitar la transformación del proceso contencioso en consensual, presentando el preceptivo convenio regulador y, en su caso, el acuerdo de mediación. Si la mediación se ha desarrollado en trámite de ejecución se dictará auto bien aprobando los acuerdos si no suponen una modificación sustancial de las medidas fijadas en su día, o adoptándolas cautelarmente en base al artículo 158.4 del Código Civil y remitiendo a las partes al proceso de modificación consensual del artículo 775.2 LEC para su aprobación definitiva; b) Acuerdo parcial: Se continuará el proceso contencioso, poniendo las partes en conocimiento del juzgado los acuerdos alcanzados y limitándose el objeto del litigio a las cuestiones sobre las que se discrepe.

El acuerdo recogido en la resolución judicial tendrá carácter ejecutivo. Así dispone el artículo 26 de la Ley 5/2012, que la ejecución de los acuerdos re-

sultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que lo homologó⁷⁸. Si se trata de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado dicho acuerdo.

Por último, se ha de tener en cuenta que para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación se requiere la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2000 euros.

Para finalizar esta exposición quiero reiterar que los acuerdos que pudieran adoptarse sobre materias no disponibles requieren necesariamente homologación judicial que los convierta en ejecutivos. Esta afirmación reviste especial interés en el ámbito de la mediación familiar, pues es conocido que en el ámbito del Derecho de Familia la mayor parte de sus normas son de derecho imperativo; de ahí, que se haga especialmente necesario determinar cuáles son las materias sobre las que no se puede mediar.

A este respecto, ya se ha explicado cómo el artículo 19 LEC permite a los litigantes disponer del objeto del juicio someténdolo a mediación con la excepción de que la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razón del interés general o en beneficio de terceros. En este sentido, el artículo 1814 del Código Civil impide la transacción sobre cuestiones relativas al estado civil de las personas, cuestiones matrimoniales y alimentos futuros. Además y tratándose de procesos sobre la capacidad de las personas, nulidad matrimonial, determinación e impugnación de la filiación o sustracción internacional de menores, se refuerza la protección en la LEC pues será siempre parte el Ministerio Fiscal aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba asumir la defensa de alguna de las partes, pues debe velar todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada. Esto es importante porque si bien el informe no es vinculante, si considera que puede afectar los intereses de menores o incapaces o ser perjudicial para ellos, estará legitimado para impugnar la resolución que homologue el acuerdo⁷⁹.

De ello puede deducirse que no son disponibles las cuestiones relativas al estado civil o las medidas relativas a menores y discapacitados; si bien existe actualmente la tendencia a favorecer una mayor esfera dispositiva de las partes, aún cuando ello sea manteniendo la necesidad del control jurisdiccional sobre el resultado de los acuerdos alcanzados. Valga como ejemplo el artículo 770.7 LEC que admite la posibilidad de mediación intrajudicial en materia matrimonial, entendiéndose que lo que se prohíbe es el pacto sobre la existencia o subsistencia del matrimonio pero no sobre las cuestiones patrimoniales derivadas del matrimonio y su ruptura; lo que además supone una clara manifestación de la inclinación del legislador hacia el proceso de mutuo acuerdo para gestionar el conflicto familiar, en lugar del proceso contencioso.

De este modo, debemos entender que la mediación puede llevarse a cabo sobre las materias a las que se refieren los artículos 90 a 98 del Código Civil,

pero no sobre las acciones de separación, divorcio o nulidad; en materia de filiación, sobre el reconocimiento de la misma pero no sobre las obligaciones inherentes a la patria potestad o sobre la privación de la misma; en los procesos de incapacidad, sobre el cuidado y administración de la persona y bienes del discapaz, pero no sobre la propia declaración de incapacidad.

No obstante ello, admitir que determinadas materias propias del Derecho de Familia puedan ser objeto de mediación no supone sin más que los acuerdos alcanzados generen los efectos previstos en la Ley 5/2012 para el resto de materias civiles y mercantiles, dado que la naturaleza especial de las cuestiones de familia exige para que tales acuerdos sean plenamente eficaces pasar el control judicial previsto en la LEC⁸⁰.

En consecuencia, para aquellos acuerdos cuyas materias requieran un control jurisdiccional como requisito de eficacia, la homologación siempre va a ser necesaria; es entonces cuando los acuerdos se degradan a la clase de propuesta⁸¹.

En todo caso, creo que es interesante preguntarnos por la intensidad del control de la legalidad que ha de efectuar el juez al homologar el acuerdo de mediación. A mi juicio, dicho control pasa por tener la completa seguridad de que los acuerdos adoptados no lesionan, perjudican o ponen en peligro a los menores o personas dependientes si las hubiera; si no se dan estas circunstancias, no debe darse pie al juez a pronunciarse de forma contraria a la querida y manifestada por las partes.

A este respecto, me parece muy interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2005⁸², en la que se considera que no existe razón para pronunciarse de forma contraria a lo pactado por los padres que deben tener un amplio campo de libertad en el ejercicio de sus funciones derivadas de la patria potestad; y que no cabe dirigismo por parte de los poderes públicos cuya intervención está limitada a los supuestos en los que el ejercicio de las funciones paternas lesione o ponga en peligro a los menores; idea totalmente acorde a lo dispuesto en los artículos 39 y 27 de nuestra Constitución, en consonancia con la obligación de velar por los hijos que impone el artículo 154 del Código Civil a los progenitores y sobre todo, y por lo que a este estudio afecta, conforme con el principio de autocomposición que preside la mediación.

V. CONCLUSIONES

I. El de mediación es un proceso que viene delimitado por tres notas esenciales: la existencia de un litigio; un tercero que asiste a las partes, si bien son ellas mismas las que tienen que llegar al acuerdo; y el hecho de que se trata de un procedimiento estructurado.

II. El pacto de sometimiento previo a mediación carece de eficacia jurídica en el ámbito extra procesal, dado el carácter radicalmente voluntario de

la mediación, configurándose más como una obligación moral que como una obligación legal.

III. A efectos de favorecer la posibilidad de que puedan adoptarse medidas cautelares previas a la iniciación de un procedimiento de mediación sin haber iniciado la vía judicial, quizás lo más operativo sería dar una nueva redacción al artículo 731 LEC y prever la posibilidad de mantener la vigencia de las medidas aún cuando se inicie el procedimiento de mediación con suspensión del plazo para interponer la demanda.

IV. Si el procedimiento de mediación finaliza con acuerdo, lo convenido se puede plasmar en dos documentos distintos; de un lado, el acta final determina la finalización de la mediación y refleja, en su caso, los acuerdos que hayan podido alcanzarse; de otro lado, el acuerdo de mediación que estará en íntima conexión con los puntos concretos de desavenencia que tenían las partes. El acta final puede contener manifestaciones que no tengan carácter obligacional y por tanto no se trasladen al acuerdo de mediación, cuyo contenido es esencialmente jurídico pues recoge aquellos compromisos exigibles legalmente, una vez configurado el acuerdo de mediación como título ejecutivo.

V. El acuerdo de mediación se puede definir como el contrato por el que las partes solucionan, de manera total o parcial, la controversia sometida a mediación y que en consecuencia, les permite evitar un pleito o poner fin al ya iniciado. Establecida su naturaleza contractual es obligado su sometimiento a los requisitos necesarios para la validez de los contratos.

VI. El legislador debería aclarar la materia relativa a la capacidad necesaria para llevar a cabo el acuerdo de mediación, para evitar inseguridad jurídica y la posible nulidad del acuerdo.

VII. En cuanto al objeto del acuerdo podrá tratarse de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. En cualquier caso, siempre con el límite de ser disponibles para las partes, lícitas, posibles y determinadas; esto es, cuestiones que las partes sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable.

VIII. La causa del acuerdo de mediación es transaccional pues su finalidad es solucionar una controversia mediante la autocomposición de las partes, asistidas por el mediador y con exclusión, por tanto, de la decisión de un tercero, juez o arbitro, que se imponga a aquellas.

IX. El requisito de forma que impone la ley lo es no como un requisito de validez o *ad solemnitatem*, sino como un requisito *ad probationem*; lo que se exige es la documentación del acuerdo; por ello, podemos hablar de contrato formal, únicamente desde el punto de vista de su necesaria plasmación por escrito. La exigencia de forma escrita es reflejo, aunque parezca paradójico, del principio de voluntariedad.

X. Solo el acuerdo de mediación homologado judicialmente puede hacerse valer por medio de una excepción procesal, de modo que, cualquier otro acuerdo de mediación solo será oponible como excepción material que no impedirá la

tramitación íntegra del proceso y su finalización mediante la correspondiente sentencia que decidirá sobre el fondo.

XI. Como documento privado, el acuerdo de mediación no solo tiene carácter vinculante, sino también una obligatoriedad reforzada; es un acuerdo con un plus de obligatoriedad pues se ha realizado en un entorno especialmente apto para que la expresión de la voluntad allí recogida lo haya sido sin vicio alguno. Esta pureza negocial supone que el acuerdo alcanzado en mediación debe tener un alto valor para el juez en la adopción de las medidas a que se refieren en vía contenciosa.

XII. Es la voluntad de las partes la que convierte el acuerdo privado obtenido en mediación en título ejecutivo, ya sea mediante su elevación a escritura pública, ya sea por la homologación ante el juez.

XIII. El mediador no tiene por qué ser jurista y aún siéndolo no controla el contenido del acuerdo que lo deciden las partes con sus asesores, por ello es importante la intervención de los abogados en el desarrollo de la mediación asesorando a las partes durante su curso y especialmente, en la redacción del acuerdo de mediación. La intervención del notario, en su caso, proporciona una intervención técnico-jurídica especializada y refuerza la calidad del título ejecutivo del que dispondrán las partes.

XIV. Para aquellos acuerdos cuyas materias requieran un control jurisdiccional como requisito de eficacia, así en el ámbito de la mediación familiar prejudicial, la homologación judicial siempre va a ser necesaria, lo que en cierto modo degrada el acuerdo a la categoría de propuesta.

XV. El control de la autoridad judicial a la hora de homologar los acuerdos pasa por tener la completa seguridad de que aquellos no lesionan, perjudican o ponen en peligro a menores o personas dependientes, si las hubiera; si no se dan estas circunstancias, no debe darse pie al juez a pronunciarse de forma contraria a la querida y manifestada por las partes.

XVI. Se privilegia la situación de las partes en los supuestos de mediación intrajudicial frente a los que acuden a la mediación antes de haber iniciado el procedimiento. Sería positivo que al acuerdo de mediación elevado a escritura pública tuviera la virtualidad necesaria para impedir la tramitación del procedimiento al igual que ocurre con la transacción judicial, lo que es coherente con la circunstancia de que el compromiso de sometimiento a mediación pueda ser alegado mediante declinatoria. Se conseguirá así una verdadera eficacia de la mediación como método alternativo al proceso judicial evitando que se convierta en un simple procedimiento previo al mismo.

XVII. La previsión legal de una sesión informativa presencial obligatoria podría favorecer que las partes conociendo los perfiles de esta institución optaran por ella. Entiendo que esto no vulnera el principio de voluntariedad pues serán ellas las que decidan finalmente como quieren solucionar su controversia.

XVIII. Las partes que mantienen algún tipo de controversia acudirán a la mediación siempre que tengan conocimiento de su existencia y estén convencidas de que será de calidad. El conocimiento de su existencia depende en gran medida de la labor que realicen los operadores jurídicos a la hora de darla a conocer. Por su parte, que la mediación sea de calidad, será un argumento más que añadir a las ventajas que presenta esta figura. Solo un mediador preparado, profesional y cualificado llevará a las partes a continuar con el proceso de mediación.

XIX. Además de homogeneizar el procedimiento sobre la cualificación profesional del mediador, corresponde a la normativa estatal establecer un régimen general de la mediación que facilite un adecuado ensamblaje con la legislación procesal.

XX. Es necesario que el acceso a la mediación no suponga un obstáculo para el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a los sujetos en conflicto, ya que con ello se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, pues no cabe limitar o poner obstáculos al libre acceso de las partes a los tribunales. En sentido contrario, debe facilitarse el acceso a la mediación sin merma de los derechos de las partes, pues de lo contrario, las partes pueden percibir que sus facultades o derechos están limitados por razón de haber intentado solucionar el conflicto a través del procedimiento de mediación, lo que puede generar desconfianza en este medio.

XXI. Nuestra cultura del litigio no se va a superar con la simple aparición de normativa al respecto, si bien esta es absolutamente necesaria; hace falta una conciencia social que incentive el espíritu de compromiso y favorezca la posibilidad de acuerdos, por lejanos que nos parezcan. Para que la cultura de la mediación se asiente se debe dar a la misma publicidad y la suficiente cobertura jurídica que garantice que por el hecho de acudir a mediación ninguna de las partes verá perjudicada su posición; al contrario, ambas deben vislumbrar que existe la posibilidad del acuerdo y que este será ejecutable de una manera simple, más rápida y menos gravosa, tanto en lo económico como en lo personal, que acudiendo al proceso judicial.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Málaga de 27 de septiembre de 2012 (*AC* 2012/1920).
- SAP Barcelona de 21 de febrero de 2007 (*JUR* 204550/2007)
- STS de 14 de febrero de 2005 (*RJ* 1670/2005)
- STS de 5 de abril de 2010 (núm. 99/2010)

BIBLIOGRAFÍA

- COSTAS RODAL, L. (2012). La nueva ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 1-6.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. (2013). La mediación familiar y la vertebración territorial en España. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 1-20.
- FÁBREGA RUIZ, C. F. (2010). Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad. *Diario La Ley*, núm. 7443, 1-12.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. (2010). La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 717-756.
- GIL NIEVAS, R. (2008). La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 768, 1-8.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (2011). La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: Incoherencia del sistema. *El Notario del siglo XXI. Revista bimestral del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, 1-6.
- HERRERO PÉREZAGUA, J. F. (2012). Escritura y acuerdo de mediación: El título ejecutivo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 1-14.
- LAFUENTE TORRALBA, A. J. (2013). La mediación familiar en la Ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles. *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863, 1-2.
- LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 1-23.
- MADRID FERNÁNDEZ, S. (2015). El compromiso de mediación. [En línea], 9 de abril, disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/Civil/arbitraje/el-compromiso-de-mediacion>.
- MAGRO SERVET, V. (2012). Afectación al proceso civil del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Procedimiento. *Revista La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 93, 1-14.
- MARTÍN PASTOR, J. (2012). Efectos de la Ley 5/2012, sobre la ejecución forzosa. *Revista La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 1-7.
- (2012b). La reforma del proceso civil de ejecución por el Real Decreto-ley 5/2012. *Diario La Ley*, núm. 7862, 1-7.
- MIRA ROS, C. (2008). La nueva regulación notarial los títulos ejecutivos. *Diario La Ley*, núm. 6931, 1-12.
- PARDO IRANZO, V. (2014). Tasas judiciales y ejecución del acuerdo de mediación. *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 878, 1-2.
- (2013). Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación, ¿qué normas aplicamos? *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 856, 1-3.
- PÉREZ MORIONES, A. (2014). En torno a la paradoja de la mediación. *Diario La Ley*, núm. 8316, 1-12.
- SÁNCHEZ MARTÍN, P. (2012). Incidencia de la mediación en el proceso civil. *La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 1-14.
- SENÉS MONTILLA, C. (2012). La eficacia del compromiso de mediación y de los acuerdos de mediación. [En línea], 11 de junio, disponible en <http://www.legalto->

- day.com/opinion/Articulos-de-opinion/la-eficacia-del-compromiso-de-mediacion-y-de-los-acuerdos-de-mediacion
- SOLER PASCUAL, L. A. (2012). La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a escritura pública. Problemática. *La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, 1-8.
- SOLETO MUÑOZ, H. (2012). La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso Civil. *Diario La Ley*, núm. 7834, 1-7.
- TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dirección). *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 199-255.
- TORRES ESCÁMEZ, S. (2011). Ejecuta como sea (o el carácter ejecutivo del documento privado de mediación). *El Notario del siglo XXI. Revista bimestral del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, 1-3.
- TORRES GÁMEZ, A. (2015). Mediación intrajudicial civil. Reflejo jurisprudencial. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 1-14.
- UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 1-6.
- VÁZQUEZ FLAQUER, A. (2012). La capacitación del profesional de la mediación. *Ponencias de expertos en mediación. Foro mundial de mediación. Valencia*, [En línea], disponible en: http://unaf.org/wp-content/uploads/2013/01/10_12_ponencias_foro_mundial_mediacion_Valencia_4.pdf.
- VIOLA DEMESTRE, I. (2012). La mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la Ley 5/2012, de 6 de julio). *Revista chilena de Derecho y Ciencia política*, vol. 3, núm. 2, 159-187.

NOTAS

¹ Artículos 16 a 24.

² De 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

³ GIL NIEVAS, R. (2008). La Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 768, 3. El carácter estructurado del procedimiento nos permite excluir del concepto de mediación los casos en los que se produce la intervención de un tercero que ayuda a resolver la disputa de las partes pero de manera accidental y espontánea.

⁴ En el ámbito de los procesos matrimoniales, el artículo 770, regla 7.^a LEC (regla introducida por la disposición final primera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el Código Civil y la LEC en materia de separación y divorcio) establece que las partes de común acuerdo pueden solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación, lo que a mi juicio realiza el valor de la figura que estudiamos.

⁵ Para SOLETO MUÑOZ, H. (2012). La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil. *Diario La Ley*, núm. 7834, 6, sería más correcto hacer referencia a «mediación conectada con el tribunal», tal como se denomina a esta clase de mediación en el sistema estadounidense (*court-connected mediation*), aunque en otros países de Europa en general se denomina mediación judicial, para distinguirla como en Bélgica de la voluntaria o en Francia de la convencional. Por otra parte, y desde la perspectiva del proceso civil, no debemos olvidar que la Disposición final tercera de la Ley 5/2012, modificó el artículo 19.1

LEC de 2000, con el objeto de facilitar la aplicación de la mediación dentro del proceso civil, regulando la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación.

⁶ UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 2. En el ámbito de los procesos de familia carece de toda validez si afecta al ejercicio de la acción principal en los procesos de nulidad, separación, divorcio, filiación o incapacidad, pues estaríamos ante el ejercicio de acciones relativas al estado civil y por tanto de carácter no dispositivo, donde si bien la mediación es admisible a la hora de autorregular los efectos de tales procesos, no sería aceptable como impeditiva del inicio de esas acciones en vía jurisdiccional.

⁷ En relación a las medidas cautelares, SÁNCHEZ MARTÍN, P. (2012). Incidencia de la mediación en el proceso civil. *La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 5, explica la diferencia existente si las medidas en cuestión se solicitan junto con la demanda principal o con carácter previo a la interposición de la misma. En el primer caso, si se suspende el procedimiento para acudir a la mediación, nada obsta al mantenimiento de las medidas, que mantendrán su vigencia siempre que el procedimiento no quede suspendido por un periodo superior a seis meses; sin embargo, si se solicitan con carácter previo, la LEC limita la vigencia de las mismas que quedarán sin efecto, si no se interpone la demanda en los veinte días siguientes a su adopción; por ello, su virtualidad práctica es nula, al no haberse previsto posibilidad de prorrogar la vigencia de las mismas en tanto se sustancia el procedimiento.

⁸ El artículo 63 LEC 2000 regula la llamada «declinatoria de jurisdicción», mediante la cual el demandado puede denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se interpone la demanda, por corresponder el conocimiento de esta, entre otros, a mediadores. La articulación mediante la correspondiente declinatoria, el hecho de que el pacto conste por escrito, unido a que la mediación debe haber comenzado son los tres requisitos que deben darse de forma cumulativa para que el pacto de sometimiento previo tenga efectos en el proceso. Por su parte, el artículo 39 LEC dispone que el demandado podrá denunciar falta de jurisdicción por haberse sometido la controversia a mediación.

⁹ Para algunos autores deberían producirse algún tipo de consecuencias al faltar la buena fe contractual, ya sea en las costas generadas, en forma de daños y perjuicios o de penalización, ya que ni siquiera se hace el intento de iniciar la mediación. Para MADRID FERNÁNDEZ, S. (2015). El compromiso de mediación. [En línea], 9 de abril, disponible en <http://www.legal-today.com/practica-juridica/Civil/arbitraje/el-compromiso-de-mediacion> el asunto es complejo porque la mediación se basa en la voluntariedad de principio a fin; por ello, establecer una cláusula compromisoria de solo mediación en las posibles controversias carece de eficacia práctica, aunque se establezca una penalización de daños y perjuicios a la parte incumplidora del intento de mediación; pues si una parte se ve forzada a acudir al proceso por dicha estipulación, se causará una pérdida de tiempo innecesario ya que lo único que se conseguirá es que se justifique el intento de mediar. Él propone incluir cláusulas escalonadas muy claras y definidas de manera que las controversias se puedan resolver mediante sucesivos mecanismos de ADR, mediación y arbitraje, mediación y conciliación, negociación-mediación-arbitraje, etc, dejando bien detallados los tiempos, formas, personas o instituciones que actuarán para su resolución.

¹⁰ MAGRO SERVET, V. (2012). Afectación al proceso civil del Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Procedimiento. *Revista La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 93, 8.

¹¹ Con base en el artículo 395 LEC de 2000, entiende SOLETO MUÑOZ, H. (2012). La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil. *Diario La Ley*, núm. 7834, 5, que dicha norma debe interpretarse de forma que sea condenado en costas la parte que no participó de buena fe en la mediación y que no es suficiente con que haya asistido simplemente a la mediación o a la primera sesión. El precepto actúa de mecanismo corrector para que incluso el ganador del proceso pueda ser castigado con el pago de las costas si se pudo evitar el mismo. Esperemos, dice, que este artículo sea usado por los Tribunales, ejerciendo de elemento incentivador de la mediación, como ocurre en el sistema del Reino Unido.

¹² PÉREZ MORIONES, A. (2014). En torno a la paradoja de la mediación. *Diario La Ley*, núm. 8316, 6.

¹³ GARCÍA VILLALUENGA, L. (2010). La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 725.

¹⁴ Artículo 5.

¹⁵ Para UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 3, la ley da pie para sostener que la mediación en sentido estricto no comienza hasta la denominada sesión constitutiva, configurándose la denominada sesión informativa como una «premediación», apoyándose esta afirmación en que en la sesión informativa no actúan con plenitud todos los principios que informan la mediación.

¹⁶ Artículo 17.1.

¹⁷ El mediador debe estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. El problema, a mi juicio, es que no existe homogeneidad de criterios en la dispersa legislación nacional en cuanto a la profesionalidad, capacitación y cualificación del mediador, idea clave en relación a la calidad del procedimiento de mediación. Sobre la capacitación del mediador es interesante la ponencia de VÁZQUEZ FLAQUER, A. (2012). La capacitación del profesional de la mediación. *Ponencias de expertos en mediación. Foro mundial de mediación*, Valencia, 32. [En línea], disponible en http://unaf.org/wpcontent/uploads/2013/01/10_12_ponencias_foro_mundial_mediacion_Valencia_4.pdf

¹⁸ La imparcialidad es uno de los principios informadores de la mediación según el artículo 7; por otro lado el artículo 13.5 impone al mediador la obligación de revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses; así, por ejemplo, la existencia de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes ó cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.

¹⁹ El coste de la mediación, concluida o no con acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario. El mediador les puede pedir la provisión de fondos que se estime necesaria. Si no se lleva a cabo en el plazo previsto, el mediador puede dar por concluida la mediación, lo que comunicará a las demás partes, por si tienen interés en suplirla en el plazo que se fije. Esta previsión se realiza teniendo en cuenta la mediación privada pero nada impide que se aplique igualmente a la mediación vinculada a los tribunales, si bien, por lo general en España, los programas intrajudiciales son gratuitos para las partes. Se debate en la actualidad, la conveniencia de su inclusión en el derecho de asistencia jurídica gratuita.

²⁰ De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten los aspectos mencionados y otros y que será firmada por las partes y por el mediador. En otro caso, declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.

²¹ Según explica UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 3, el inicio de la mediación genera importantes efectos jurídicos, tanto si se trata de mediación prejudicial como intrajudicial. En el campo de la mediación intrajudicial, su efecto fundamental es la posibilidad de que las partes soliciten la suspensión del curso de los asuntos de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 LEC. La cuestión es que se menciona la «posibilidad» de que se pida la suspensión del curso del proceso y no que se imponga con carácter necesario, tal vez para no introducir mayores demoras en los procesos y aprovechar así los denominados «tiempos muertos» procesales para desarrollar la mediación, lo que permite que ambos procesos puedan discurrir, al menos en teoría, en paralelo. Si bien existe un importante inconveniente, pues en muchas ocasiones el mediador y las partes se ven «presionados» por los plazos procesales que pueden afectar al desarrollo de la mediación. Por su parte, en el ámbito de la prejudicial, el efecto jurídico fundamental es la suspensión de los plazos para el cómputo de la prescripción y caducidad de acciones; si bien y en el ámbito de

los procesos de familia, considera inoperantes esos efectos respecto a los procesos iniciales, pudiendo admitirse solamente en los procesos posteriores de modificación y ejecución, una vez ratificada judicialmente la estipulación sobre el sometimiento del pacto previo a mediación. Por su parte, como dice TORRES GÁMEZ, A. (2015). Mediación intrajudicial civil. Reflejo jurisprudencial. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 5, en el ámbito de la mediación intrajudicial, el proceso de mediación debe llevarse a efecto de forma que no se vulnere el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Debe cuidarse que la derivación a mediación dentro del procedimiento, no se traduzca en dilaciones innecesarias en el trámite del proceso judicial, y sea utilizada por las partes como medida dilatadora en la resolución del litigio.

²² La Ley 5/2012, excluye la mediación cuando afecte a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

²³ El artículo 24 de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía prevé una duración máxima de tres meses prorrogables por otros tres. En la sesión constitutiva se establecerá la duración máxima prevista, si bien no deja de ser una mera previsión, pues todo dependerá del comportamiento de las partes, de la naturaleza y complejidad del asunto. Entiendo que la propia naturaleza del procedimiento aconseja no dejarse condicionar por plazos rígidos e inamovibles.

²⁴ Como explicaba con anterioridad, al ser un procedimiento estructurado debe ser posible determinar una fecha en la que se considera que comienza el mismo; la mayoría de los autores la identifican con la sesión constitutiva.

²⁵ La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por estos medios, salvo que sea imposible para alguna de las partes (art. 24. 2 Ley 5/2012).

²⁶ El artículo 4 párrafo segundo señala que pasados esos quince días se reanudará el cómputo de los plazos a efectos de prescripción y caducidad de acciones, que quedó suspendido por la solicitud de inicio de la mediación. Esto es importante, como señala SÁNCHEZ MARTÍN, P. (2012). Incidencia de la mediación en el proceso civil. *La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 6, pues se evita así la tentación de acudir al procedimiento de mediación con fines dilatorios para intentar que opere el transcurso del tiempo a favor de alguna de las partes.

²⁷ De ello derivan, como dice FÁBREGA RUIZ, C. (2010). Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad. *Diario La Ley*, núm. 7443, 1, diversas obligaciones, como la de exponer la verdad de los hechos sin ocultamientos ni fingimientos, la aportación de los documentos necesarios para la obtención de los acuerdos, el compromiso de no ejercer acciones judiciales paralelas a la mediación y a no solicitar en ningún caso el testimonio de los mediadores en los procesos legales.

²⁸ Para COSTAS RODAL, L. (2012). La nueva ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 1, lo más probable es que los acuerdos obtenidos tras la mediación se cumplan voluntariamente por las partes que podrán preservar una relación amistosa entre ellas y seguramente se adaptarán de una manera más adecuada a sus intereses respecto a lo que correspondería tras una aplicación estricta de la ley por los tribunales de justicia.

²⁹ Artículo 22.

³⁰ Según explica TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dir.), *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, p. 205, estará sometido al principio de libertad de forma y dependerá de la voluntad de las partes el que se recojan en el mismo los acuerdos alcanzados someramente o de manera detallada o bien conste únicamente la consecución del acuerdo, sin determinar su alcance o contenido, voluntad que deberá ser respetada en virtud del principio de confidencialidad.

³¹ Como dice TORRES GÁMEZ, A. (2015). Mediación intrajudicial civil. Reflejo jurisprudencial. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 3, en este contexto, conseguir un acuerdo

es un éxito añadido pues el verdadero éxito de la mediación reside en rebajar la tensión y animadversión acumulada entre las personas enfrentadas.

³² Se puede decir que el mediador ya no aporta más tras la firma del acta final. TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dir.), *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, p. 207.

³³ UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 4.

³⁴ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 1, aclaran que la ley no impone a las partes que documenten el acuerdo alcanzado de manera simultánea con la firma del acta final, por lo que ese acto de documentación podrá diferirse para un momento posterior.

³⁵ Cuando acaba el procedimiento se devuelven a las partes los documentos aportados. El mediador conserva y custodia aquellos que no se devuelven por un plazo de cuatro meses.

³⁶ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 3, entienden que la calificación de acuerdo de mediación debe quedar reservada para los convenios alcanzados dentro del procedimiento de mediación y reflejados como tales en el acta final que pone fin al mismo. La duración del procedimiento actúa para ellos, como límite temporal.

³⁷ Así se establece expresamente en el artículo 26 de la ley de Andalucía; artículo 20 de la ley valenciana; artículo 14 de la ley canaria ó 17 de la ley asturiana.

³⁸ SOLER PASCUAL, L. A. (2012). La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a escritura pública. Problemática. *Revista La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 7, considera que no se encuentran referencias legales a la configuración de las partes, y ello como consecuencia de que el objeto de la mediación es obtener un acuerdo de perfiles imposibles de predeterminar.

³⁹ Considera FÁBREGA RUIZ, C. (2010). Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad. *Diario La Ley*, núm. 7443, 1, que sería conveniente una referencia legal a la capacidad en esta materia, ya que otra cosa puede dificultar la aplicación de la misma en los casos de conflicto intergeneracional, cada vez más frecuentes.

⁴⁰ FÁBREGA RUIZ, C. (2010). Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad. *Diario La Ley*, núm. 7443, 2, entiende que limitar la mediación a los mayores de edad y emancipados impedirá la aplicación de la misma en un sector en el que cada vez es más necesaria, el supuesto de los conflictos intergeneracionales de los adolescentes con sus padres. En este sentido, no se debe olvidar que el Código Civil permite al menor a partir de catorce años, hacer testamento, optar por la vecindad civil y la nacionalidad española, declarar en juicio, y ser condenado por la Ley de Responsabilidad penal de los menores.

⁴¹ FÁBREGA RUIZ, C. (2010). Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad. *Diario La Ley*, núm. 7443, 2, considera que en los procedimientos matrimoniales la intervención del Fiscal en el trámite de aprobación del convenio daría una garantía extra cuando el discapaz sea uno de los miembros de la pareja. En esta materia, se debe tener en cuenta la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España en el año 2008; en especial, su artículo 12.

⁴² LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 3. En igual sentido, SENÉS MONTILLA, C. (2012). La eficacia del compromiso de mediación y de los acuerdos de mediación. [En línea], 11 de junio, disponible en <http://www.legaltoday.com/opinion/Articulos-de-opinion/la-eficacia-del-compromiso-de-mediacion-y-de-los-acuerdos-de-mediacion> y VIOLA DEMESTRE, I. (2012). La mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la Ley 5/2012, de 6 de julio). *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 3, núm. 2, 183; TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dir.), *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, pp. 210 y sigs., configura la mediación como el medio o vehículo para alcanzar un resultado, la transacción.

⁴³ Artículo 1809 de Código Civil: La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.

⁴⁴ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 3.

⁴⁵ También sería posible que el acuerdo se refleje en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo.

⁴⁶ La Ley 5/2012, en los artículos 22 y 23, entre otros pronunciamientos, dice que el acuerdo de mediación ha de *consignarse en el acta final*, que debe ser *firmada* por las partes; el acuerdo debe ser *firmado por* las partes o sus representantes; *se entregará el acuerdo de mediación a las partes que pueden conferirle fuerza ejecutiva tras su elevación a escritura pública*, etc.

⁴⁷ ¿Admitiría la autoridad judicial que una de las partes intentara suspender el procedimiento judicial definitivamente en base a un acuerdo verbal no documentado? ¿Podría probarse que existe el acuerdo por otros medios diferentes, por ejemplo, la declaración del mediador o del abogado de alguna de las partes o de las dos? Yo creo que no.

⁴⁸ En relación a esta materia, LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 5, entienden que el requisito de forma escrita constituye una auténtica condición de validez del acuerdo de mediación. Para ellos, el acuerdo de mediación debe ser considerado como un contrato formal.

⁴⁹ En este sentido es importante, llegado el caso, la función del notario de verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos y que su contenido no es contrario a Derecho. Al tratarse de un contenido mínimo, no existirá inconveniente en incluir otras cláusulas habituales en el tráfico civil o mercantil, así, cláusulas de confidencialidad, de resolución de disputas ó de derecho aplicable.

⁵⁰ La fuerza obligatoria de lo pactado la ponen de manifiesto los artículos 23.3, párrafo 2.º de la Ley 5/2012 y los artículos 1089, 1091 y 1258 del Código Civil.

⁵¹ TORRES ESCAMEZ, S. (2011). Ejecuta como sea (o el carácter ejecutivo del documento privado de mediación). *Revista el Notario del siglo XXI*, 2. En igual sentido, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2011). La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: Incoherencia del sistema. *El Notario del siglo XXI. Revista bimestral del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, 5. A la ejecutividad del acuerdo se dedica el siguiente epígrafe. La SAP Barcelona de 21 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 204550) afirma que el mediador no es un asesor legal por lo que no puede garantizar que la redacción de los pactos sea la idónea.

⁵² LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 11.

⁵³ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 11, la denominan *excepción de mediación*. El Tribunal Supremo reconoce la posibilidad de oponer esta excepción cuando alguna de las partes pretende obtener un pronunciamiento judicial respecto de la controversia resuelta mediante transacción. Ver, entre otra muchas, la STS de 5 de abril de 2010 (núm. 99/2010).

⁵⁴ TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dir.), *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, p. 222. El juez ante el que se alegue la existencia de un acuerdo transaccional deberá emitir un fallo en el cual no podrá decidir una pretensión de modo distinto a como ya lo resolvieron las partes, pues está vinculado a lo acordado por ellas. Lo que sí podrá hacer es valorar la validez de dicho contrato, de modo que la preclusión está condicionada a que se declare la corrección de la transacción en los términos de los artículos 1817 y 1819 del Código Civil. Por su parte, en la página 224, cita a BLANCO CARRASCO, M., para explicar que «ese algo más» se identifica, no tanto con el efecto de cosa juzgada sino con lo que se ha venido denominando «la eficacia refleja del contrato de mediación», que no va a suponer que no pueda ser objeto de un proceso posterior sino que el juez debe tomar como supuesto de hecho el acuerdo alcanzado por las partes ante un tercero imparcial.

⁵⁵ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 11, consideran que esta solución no es respetuosa con la letra y el espíritu de la Ley 5/2012, al menos en lo que respecta a la eficacia procesal del acuerdo de mediación elevado a escritura pública. Entienden que esta diferencia de tratamiento carece de justificación.

⁵⁶ UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 3. Lo explica concretamente para los negocios jurídicos de familia; a mi juicio, aplicable en cualquier caso. Se debe señalar también que los acuerdos alcanzados en mediación y documentados en el acta final o en el acuerdo de mediación deben ser equiparados en el ámbito de los procesos de familia a los convenios reguladores no ratificados o no aprobados judicialmente, siéndoles de aplicación la abundante jurisprudencia que existe sobre esta materia. Ver al respecto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Málaga de 27 de septiembre de 2012 (AC 2012, 1920).

⁵⁷ Para TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dir.), *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, p. 227, se despoja nuevamente con este dato al acuerdo de mediación de su carácter procesal y se incide en su carácter negocial o contractual. En la página 228 señala que el régimen de impugnación puede plantear dudas en los casos de mediación intrajudicial pues el acuerdo inicial resulta modalizado por la intervención de la autoridad judicial que dicta una resolución cuya naturaleza jurídica comporta su inmutabilidad desde que adquiere firmeza; de ahí que unos mantengan que entran en juego los medios de impugnación previstos para la transacción con carácter general y para otros, la homologación judicial deba producir los efectos propios de cualquier resolución judicial, y por tanto, ser inalterable transcurrido el plazo legalmente determinado para su impugnación.

⁵⁸ Artículo 517. 2.º LEC.

⁵⁹ El Proyecto anterior en su artículo 26 otorgaba al acuerdo de mediación, documentado en forma no fehaciente eficacia ejecutiva. Esta posibilidad fue duramente criticada por la doctrina, así, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2011). La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: Incoherencia del sistema. *El Notario del siglo XXI. Revista bimestral del Ilustre colegio Notarial de Madrid*, 5, explica que carece de sentido atribuir carácter ejecutorio a documentos firmados por personas que no ejercen función pública alguna, cuya garantía de autenticidad es inexistente o muy débil y que no tienen por qué tener preparación jurídica.

⁶⁰ Dice HERRERO PEREZAGUA, J. F. (2012). Escritura y acuerdo de mediación: El título ejecutivo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 9-10, que el título ejecutivo que nos ocupa es un título *complejo* que se integra con varios documentos. Para que se despache ejecución se ha de acompañar a la copia de la escritura (la escritura matriz queda en la notaría; las partes dispondrán de las copias que se les entreguen y son las que funcionarán en el tráfico y en el proceso), copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento. Si falta alguno de ellos, no se habrán observado los requisitos legalmente exigidos; si bien considera que la ausencia de las actas debe considerarse como un defecto subsanable.

⁶¹ El artículo 6 de la Directiva 2008/52/CE dice que «Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido del acuerdo escrito resultante de una mediación».

⁶² Cuando el acuerdo haya de ejecutarse en otro Estado, será necesario además el cumplimiento de los requisitos que puedan exigir los Convenios Internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea. (art. 25.3 Ley 5/2012). Si se trata de la ejecución en España de un acuerdo de mediación transfronterizo se elevará a escritura pública por notario español, salvo que haya sido declarado ejecutable por alguna autoridad extranjera que desarrolle funciones equivalentes a las de las autoridades españolas. (art. 27.1 y 2 Ley 5/2012).

⁶³ Artículos 551 y 559.1 LEC. Por otra parte, para el cálculo de los honorarios notariales de la escritura pública de formalización de los acuerdos de mediación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los *documentos sin cuantía*. (Disposición Adicional Tercera de la Ley 5/2012).

⁶⁴ Para DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. (2013). La mediación familiar y la vertebración territorial en España. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 17, el notario se convierte en garante de la legalidad de los acuerdos de mediación. Con base en el artículo 211 del Reglamento Notarial destaca la diferencia con la simple protocolización exigida al laudo arbitral en la que la intervención notarial se limita a incorporar el acta a su protocolo. La protocolización persigue únicamente asegurar la identidad y existencia del documento en la fecha en cuestión y ello puede llevarse a cabo bien transcribiendo el acta que al efecto levante, bien anexando el documento al acta en cuestión. Por su parte, HERRERO PEREZAGUA, J. F. (2012). Escritura y acuerdo de mediación: El título ejecutivo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 8, se pregunta en qué consiste la negativa del notario si el acuerdo no superara el control de legalidad, dado que la Ley 5/2012, no sanciona expresamente con la no autorización del documento y concluye que a su juicio, debiera ser algo más que la materialización de la correspondiente reserva o advertencia.

⁶⁵ Como dice PARDO IRANZO, V. (2013). Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación, ¿qué normas aplicamos? *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 856, 1, la LEC parte de la asimilación entre la sentencia, el laudo y el acuerdo de mediación; es decir, configura este último como título equiparado a los jurisdiccionales y ello a pesar de que al menos en el supuesto de acuerdo elevado a escritura pública, su naturaleza extrajurisdiccional no puede ser más clara.

⁶⁶ Artículos 26 de la Ley 5/2012 y 545.2 LEC. En ambos preceptos se hace referencia al lugar en el que se haya firmado el acuerdo de mediación; no al lugar en el que se eleva a escritura pública. Rige, en cualquier caso, el principio de competencia territorial.

⁶⁷ En este sentido, MARTÍN PASTOR, J. (2012). Efectos de la Ley 5/2012 sobre la ejecución forzosa. *Revista La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 3, considera que el legislador debiera haber especificado que el *dies a quo* es el siguiente al del otorgamiento de la escritura pública, pues es a partir de entonces cuando el acuerdo de mediación tendrá eficacia ejecutiva, o en caso de no coincidir, el momento en que se produzca el vencimiento del plazo establecido en el acuerdo de mediación para el cumplimiento de la prestación.

⁶⁸ UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 4. Sobre la inclusión de la mediación familiar en la Ley 5/2012, consultar LAFUENTE TORRALBA, J. A. (2013). La mediación familiar en la Ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863, 1-2. Para él, es cuestionable que la mediación familiar se halle comprendida en el ámbito de esta ley. Como mucho cabría defender, dice, la inclusión de una mediación familiar descafeinada, reducida a las pocas cuestiones que resultan estrictamente disponibles en el contexto de una crisis conyugal, básicamente cuestiones de puro carácter patrimonial como la cuantificación de la pensión compensatoria o la liquidación del régimen económico matrimonial.

⁶⁹ El acuerdo de mediación homologado judicialmente lleva aparejada ejecución según dispone el artículo 517.2. 3.º LEC.

⁷⁰ TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dir.), *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, p. 245.

⁷¹ Dice UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos Civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 5 que dicha posibilidad debe extenderse a cualquier otro proceso en el que exista comparecencia ante el juez (incidental, de ejecución) dado el carácter supletorio de las normas del juicio declarativo respecto a los demás procesos previstos en la LEC y muy especialmente a los juicios verbales de familia a los que se refiere el artículo 753 LEC y a todas aquellas vistas que se celebren en las piezas de medidas previas, coetáneas o cautelares.

⁷² Entre otros, PÉREZ MORIONES, A. (2014). En torno a la paradoja de la mediación. *Diario La Ley*, núm. 8316, 3 y sigs. En la experiencia italiana, la introducción de elementos de mediación obligatoria ha supuesto un incremento significativo en el uso de la mediación.

En su artículo hace referencia al resultado del estudio comparativo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, plasmado en el documento llamado «Reeboting» *the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation to increase the number of mediations in the USA* presentado por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo en febrero de 2014 en Bruselas.

⁷³ Dice TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dir.), *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, p. 247, que instrumentos como este han tenido gran trascendencia en Estados Unidos y en Reino Unido para conseguir extender la mediación, otorgando un mayor poder a los jueces para condenar en costas a las partes con una actitud poco razonable hacia la mediación.

⁷⁴ El artículo 770.7 LEC prevé la posibilidad de mediación intrajudicial tratándose de procesos matrimoniales.

⁷⁵ SÁNCHEZ MARTÍN, P. (2012). Incidencia de la mediación en el proceso civil. *La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 9, por lo que afecta al procedimiento judicial, señala que el artículo 401 LEC con relación al procedimiento ordinario impide la ampliación de la demanda una vez contestada la misma y el artículo 438, con relación al procedimiento verbal, no regula la ampliación de la demanda.

⁷⁶ Dice UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 5, que se debe tener presente que la modificación operada en el artículo 201.1.2.^a LEC relativa a la aprobación mediante auto de los acuerdos de mediación es inoperante a los efectos de los procesos de familia, pues estos finalizarán siempre por sentencia si se trata de la fijación o modificación de las medidas definitivas, salvo en el caso de los acuerdos en fase de ejecución donde sí podrán aprobarse mediante auto.

⁷⁷ UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 4-5.

⁷⁸ SÁNCHEZ MARTÍN, P. (2012). Incidencia de la mediación en el proceso civil. *La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 11, plantea la siguiente duda: Lo normal suele ser que el acuerdo se alcance estando el procedimiento en primera instancia, pero nada obsta a que pueda alcanzarse en segunda instancia o en ejecución de sentencia. En estos casos, la competencia para la ejecución, ¿a quién se atribuye, al juzgado de Primera Instancia de conformidad con la LEC o al tribunal de apelación, de acuerdo con la Ley 5/2012? Concluye que todo parece indicar que se trata de un error del legislador, pues la competencia funcional para la ejecución viene atribuida a los órganos de primera instancia.

⁷⁹ SÁNCHEZ MARTÍN, P. (2012). Incidencia de la mediación en el proceso civil. *La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 10.

⁸⁰ UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 2.

⁸¹ TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dir.), *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, p. 254.

⁸² *RJ* 2005, 1670.

(Trabajo recibido el 22-10-2015 y aceptado para su publicación el 13-11-2015)

La absoluta desprotección del menor desde que se produce la ruptura parental hasta su judicialización

The lack of child protection from the moment of parental break-up to when it is brought before the courts

por

INMACULADA VIVAS TESÓN
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla, Facultad de Derecho

RESUMEN: La legislación española actual y la aplicación práctica de la misma proporcionan, cuando se produce una ruptura parental (matrimonial o no) conflictiva, una deficiente atención a los miembros del grupo familiar más frágiles: los hijos menores de edad o mayores con capacidad judicialmente modificada. Ello es debido a que no está prevista protección alguna hasta que no recaiga un pronunciamiento judicial al respecto, el cual debe ser solicitado a instancia de parte, lo que provoca que durante cierto tiempo, en concreto, desde que se produce la ruptura de los progenitores hasta que esta resulta judicializada (que pueden ser varios meses, durante los cuales existe un auténtico «limbo jurídico») los derechos de los hijos sean absolutamente ignorados y las relaciones paterno-filiales con el progenitor no custodio *de facto* injustamente mutiladas por el otro. En definitiva, es urgente ofrecer una respuesta normativa adecuada a la defensa de los derechos del hijo menor de edad y mayor con capacidad judicialmente modificada y de su bienestar psíquico y emocional,

así como lograr una profunda sensibilización de jueces, fiscales y abogados en esta materia.

ABSTRACT: In the case of parental break-up (marital or not), current Spanish legislation and its application in practice provide inadequate support to the most vulnerable members of the family, i.e. minor children and adult children with disability. This is due to the fact that there are no provisions for protection until a court ruling is issued on the issue ex parte. This means that during a certain period, from the moment of the break-up of the parents to when the issue appears before the courts (this possibly being several months, during which there is a real «legal limbo»), the rights of the children are completely ignored and parent-child relations with the parent who does not have custody de facto unfairly damaged by the other parent. It is thus of imperative importance that there be a legal response in order to protect the rights of minor children and adult children with disability and their psychological and emotional welfare, and that a profound awareness amongst judges, prosecutors and lawyers in this area be brought about.

PALABRAS CLAVE: Ruptura parental. Menor de edad. Mayor de edad con capacidad judicialmente modificada. Desprotección. Limbo jurídico.

KEY WORDS: Parental break-up. Minor children. Adult children with disability. Lack of protection. Legal limbo.

SUMARIO: I. LA ABSOLUTA DESPROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN CASO DE RUPTURA FAMILIAR.—II. LA CUSTODIA *DE FACTO* DEL MENOR DESDE LA RUPTURA PARENTAL HASTA LA EXISTENCIA DE UN PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL: 1. LA CUSTODIA *DE FACTO* Y EL LIMBO JURÍDICO EN EL QUE SE ENCUENTRA EL MENOR. CRÍTICAS Y PROPUESTAS. 2. LA EXPLORACIÓN DEL MENOR. 3. LAS MEDIDAS CAUTELARES DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL. 4. LA EVENTUAL VALIDEZ DEL CONVENIO REGULADOR NO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE EN RELACIÓN A LAS MEDIDAS RELATIVAS A LOS HIJOS. 5. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO PENAL REQUIERE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA RUPTURA PARENTAL.—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA ABSOLUTA DESPROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN CASO DE RUPTURA FAMILIAR

Cuando era estudiante de 4.º curso de la Licenciatura de Derecho (hace ya muchos años, mejor no precisar cuántos) el profesor que impartía la asignatura

Derecho Civil IV, Familia y Sucesiones, en la lección del temario que trataba «*Los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*», explicaba que, en los supuestos de ruptura matrimonial, la adopción de medidas provisionales podía solicitarse¹ al momento de interponer la demanda del correspondiente proceso matrimonial o, incluso, antes, conociéndose, en tal caso, como medidas provisionales previas o «*provisionalísimas*»².

La petición de adopción de las medidas provisionales previstas en el artículo 104 del Código Civil, redactado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio y que tiene su correlativo procesal en el artículo 771 LEC, no exige, hoy día, el requisito de urgencia (sí, en cambio, bajo la legislación rituarial anterior, por aquel entonces, en vigor) para que sea admitida a trámite³.

De este modo, se nos ilustraba magistralmente a los alumnos que ocupábamos las viejas bancas de madera de una de aquellas aulas masificadas de la hispalense Real Fábrica de Tabacos, que podía solicitarse al juez que decidiera sobre distintos aspectos que debían atenderse mientras se daba inicio y sustanciaba el procedimiento de nulidad, separación o divorcio, con el objeto de proporcionar la mayor normalidad y estabilidad posible a la nueva situación familiar⁴.

Tales cuestiones familiares, con excepción de las que no requerían pronunciamiento judicial por producirse *ope legis ex* artículo 102 del Código Civil (entre otras, el cese de la presunción legal de convivencia conyugal, la revocación de todos los consentimientos y poderes, así como la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, a las cuales podemos añadir el cese de la presunción de paternidad)⁵, eran (y son) las contempladas en el artículo 103 del Código Civil, entre ellas, quién debía permanecer en la vivienda habitual, a qué progenitor se le atribuía la guarda y custodia y a cuál las visitas de los hijos comunes, así como la fijación de una pensión alimenticia a favor de los descendientes y, en su caso, del cónyuge.

Así las cosas, los efectos del artículo 102 del Código Civil se producen automáticamente⁶ o por ministerio de la Ley, en tanto que para las medidas del artículo 103 del Código Civil rigen los principios de rogación y de disposición, al depender de la voluntad de la parte (o, en su caso, el Ministerio Fiscal) que las inste, necesitando, como presupuesto de su eficacia, un pronunciamiento judicial. Por tanto, las medidas previas requieren solicitud de parte y necesitan estar recogidas en una resolución judicial, bien aprobando el convenio de los cónyuges al respecto (con los mismos criterios del artículo 90 del Código Civil, esto es, que no sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges)⁷, bien adoptándolas el Juzgador *a quo* en caso de desacuerdo o no aprobación de aquel, en tanto que los efectos del artículo 102 del Código Civil se producen *ex lege*. Son, por tanto, medidas judiciales, de ello que se haya afirmado que el artículo 103 del Código Civil es una norma dirigida,

fundamentalmente, al juez, a quien se indican las materias sobre las que pueda tomar las medidas oportunas y los criterios para adoptarlas⁸.

Tras ello, nuestro profesor nos advertía, a través de la detenida lectura del párrafo 2.º del artículo 104 del Código Civil, que la subsistencia de la eficacia de las medidas provisionales previas adoptadas quedaba condicionaba al inicio del proceso principal, de modo que, para ello, disponíamos de un plazo de treinta días (de carácter procesal, esto es, días inhábiles excluidos)⁹ desde que fueran adoptadas (entiéndase, desde la notificación de la resolución judicial a las partes)¹⁰ para presentar la demanda (no, necesariamente, por el cónyuge solicitante de las medidas) ante el juez o Tribunal competente, pues, de lo contrario, las medidas dejarían de surtir efecto¹¹. Además, tales medidas terminarían cuando fueran sustituidas por las de la sentencia estimatoria o se pusiera fin al procedimiento de otro modo (*v.gr.* desistimiento o caducidad)¹², según contemplaba (y contempla) el artículo 106.1.º del Código Civil¹³. En consecuencia, las medidas provisionalísimas tienen eficacia transitoria y condicionada al procedimiento matrimonial principal¹⁴.

Bajo la vigencia de la LEC-1881, la doctrina era unánime al entender que el artículo 106 del Código Civil se refería a la sentencia estimatoria «firme» en la que se decretase la separación «o divorcio» de los cónyuges y se sustituyeran las medidas previas o provisionales por las definitivas, de tal manera que resultaban excluidas las sentencias definitivas dictadas en primera instancia que no fueran firmes. Pero, aun sin haberse modificado la redacción del artículo 106 del Código Civil, sí ha variado su significado, ya que debe ser interpretado a la luz de los específicos preceptos que, en esta materia, introdujo la LEC-2000. De este modo, de los artículos 771 a 774 LEC-2000, se desprende la introducción de un nuevo sistema basado en las medidas únicas que a lo largo del proceso se van adaptando a las nuevas circunstancias que, en cada sucesiva fase procesal, puedan aparecer, de tal manera que cada posterior medida sustituya a la anterior. Y así, las medidas previas ordinarias se convierten o son sustituidas por las medidas provisionales, a su vez las medidas provisionales se convierten o son sustituidas por las medidas definitivas adoptadas en la sentencia que se dicta en la primera instancia y, de interponerse recurso de apelación, las medidas definitivas se convierten o son sustituidas por las medidas firmes acordadas en la sentencia de la Audiencia Provincial resolutoria de aquel.

La impresión que nos causaba la lectura (y consiguiente explicación) de los artículos 102 a 106 del Código Civil y los correlativos de la legislación procesal (por aquel entonces, la LEC-1881, en concreto, sus arts. 1881 a 1885, hoy arts. 769 a 775 LEC-2000), de carácter indudablemente tuitivo, es que existía cierta celeridad en la adopción judicial de unas primeras medidas, transitorias e instrumentales, lo que revestía especial importancia en el supuesto de existencia de hijos menores de edad¹⁵ o mayores judicialmente incapacitados (hoy, con capacidad judicialmente modificada) y ello, sin duda alguna, nos reportaba

una absoluta tranquilidad. El legislador estaba a la altura de las circunstancias al ofrecer soluciones inmediatas ante una ruptura familiar (con el paso de los años hemos descubierto todo lo contrario).

Desde entonces, normativamente, nada de lo antes descrito ha sufrido un cambio sustancial.

No obstante, nos parece importante reseñar, en relación directa con la problemática en estudio y sin ánimo de exhaustividad, la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, la creación de los Juzgados de Violencia de Género sobre la Mujer por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio¹⁶, la cual abre la posibilidad de solicitar directamente el divorcio sin necesidad de pasar previamente por la separación matrimonial ni alegar causa alguna, las distintas regulaciones autonómicas de las parejas de hecho (por ello, que aludamos en estas páginas a la ruptura parental y no solo a la matrimonial)¹⁷, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, que, en su DF. 1.^a, apdo. 2.º, modificó la redacción del artículo 154 del Código Civil para añadir que la patria potestad se ejercerá «*con respeto a su integridad física y psicológica de los hijos*»¹⁸ y, eso sí, trascendentes cambios procesales de la mano de la LEC-2000, de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial y, recientemente, de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Igualmente, destacamos la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Es preciso hacer hincapié en que el actual Derecho de Familia, a diferencia del existente varias décadas atrás, tiene como objetivo proteger, en las relaciones (horizontales y verticales) familiares, ya no el interés superior de la familia, sino el interés de la persona en la familia. Dicho de otro modo, el anterior modelo familia-institución (presidido por el «*principio de unidad jurídica de la familia*»¹⁹) ha sido sustituido por el de familia-comunidad, en el cual los intereses merecedores de protección se identifican con los intereses individuales y solidarios de sus componentes²⁰.

Así las cosas, vivir en familia conlleva, necesariamente, respeto por los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes (ya sean grandes, medianos o pequeños): dignidad, libre desarrollo de la personalidad, honor, intimidad, integridad física y psíquica, libertad de expresión y religiosa, etc. Por ello, el legislador no puede quedarse al margen de la familia, como antaño, bajo el entendimiento (hoy erróneo) de que no debía entrar en la esfera de los

sentimientos, en la intimidad familiar o del hogar (de puertas para adentro), lo que provocaba que el Derecho Civil prestase escasa o ninguna atención a la protección de los derechos de los hijos.

Nuestro decimonónico Código Civil partía, claramente, de una concepción patrimonialista de la familia: la mujer y los hijos eran propiedad del marido-padre.

En relación a los hijos, recordemos que la patria potestad sobre ellos la ostentaba el padre y, en su defecto, la madre. Además, los malos tratos se justificaban en que la patria potestad era un poder que comprendía, dentro del deber de educación y formación, las facultades paternas de «*corregir y castigar moderadamente a los hijos*» (art. 155.2.º del Código Civil anterior a la reforma de 1981), de modo que era una práctica constante el uso, sobre todo, de castigos corporales, con el fin de «*corregir*» a los hijos.

La Constitución Española, en su artículo 10²¹, no nos reconoce derechos fundamentales inviolables «*salvo en familia*», ni tampoco con distinta intensidad a unos más que a otros (p. ej. a los mayores de edad más que a los menores²²), pues se habla de «*persona*», cualquiera que sea su edad, orientación sexual, etc.

Partiendo de tal premisa, nuestro actual sistema normativo ha acogido los principios internacionales de protección del menor y, de este modo, la Carta Magna, en su artículo 39.4, señala que «*los niños gozarán de la protección prevista en los Acuerdos internacionales que velan por sus derechos*». Sin embargo, durante mucho tiempo, incluso en época constitucional, ha existido la convicción social de que se debía exclusivamente «*respeto*» de los hijos hacia los padres, pero no al revés, como si la situación de dependencia de los menores de edad fuera incompatible con el respeto de sus derechos y su individualidad, inexistentes en el interior de la familia.

Hoy día se reconoce normativamente, de manera explícita, que la situación de dependencia de los menores de edad no es incompatible con el respeto de su yo. No puede decirse lo mismo de las personas con discapacidad, a las que el artículo 49 CE sigue denominando «*disminuidos*» y nuestro Ordenamiento jurídico no da, lamentablemente, adecuada protección, en comparación con la que sí ofrece, aunque deficientemente, al menor de edad²³. No obstante, es preciso subrayar que la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, directamente aplicable en España²⁴, está ya dando frutos normativos muy importantes, en los cuales no nos resulta posible detenernos ahora.

Tras el transcurso de los años, la experiencia profesional y el estudio en profundidad de la materia, junto a la asistencia a foros jurídicos especializados (necesariamente multidisciplinarios) en la misma, he podido comprobar que la realidad cotidiana es muy distinta a las anotaciones que, en su día, tomara en clase, no porque no fueran rigurosas, que lo eran, sino porque la aplicación práctica de las normas relativas a las consecuencias inmediatas de una ruptura

parental, a día de hoy, cumplen deficientemente su objetivo, dejando jurídicamente desprotegido al menor de edad, abandonado no a su suerte, sino a los intereses, preferencias o comodidades puramente egoístas de sus padres, lo que resulta de todo punto inadmisibile.

Es el menor, dada su especial fragilidad (doble, si tiene algún tipo de discapacidad), considerablemente incrementada por la inestabilidad provocada por la crisis parental, quien debería centrar todas las miradas para evitar ser instrumentalizado en la ruptura por sus propios progenitores. El menor no es, ni mucho menos, patrimonio de sus padres y casi siempre es la víctima del enfrentamiento entre ambos, en el seno del cual sufre la más absoluta indefensión. Y en dicha situación de absoluta desprotección, ¿quién vela por él y por el respeto de sus derechos y de su personalidad mientras, si se nos permite la expresión, sus padres se tiran los trastos a la cabeza?

Ello está aconteciendo, paradójicamente, cuando recientemente hemos celebrado a bombo y platillo el 25.º aniversario de la Convención ONU sobre los Derechos del niño de 1989, Tratado internacional que en su artículo 3.1 establece que el interés superior del niño constituye la «*consideración primordial*» al adoptar cualquier medida que afecte a los niños y que «*tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos*»²⁵.

Al respecto, repárese en que la Observación general Núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1)²⁶, subraya el concepto tridimensional del interés superior del menor: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento. En este sentido, contempla expresamente que «*el artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada*».

No podemos dejar de hacer mención a la reciente publicación del Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996²⁷, por el que España se compromete a cumplirlo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.4 del citado Convenio, en las siguientes categorías de procesos:

- Procesos que versen sobre nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos.
- Procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.
- Procesos de filiación, paternidad y maternidad.
- Procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

- Procesos que tengan por objeto la adopción de medidas de protección sobre los menores en los supuestos contemplados en los artículos 158 y 216 del Código Civil.
- Procesos que tengan por objeto la adopción de medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional.
- Procesos que tengan por objeto resolver sobre aspectos relativos al ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores (art. 156 del Código Civil).
- Procesos relativos al acogimiento de menores y la adopción (arts. 1825 a 1832 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881).
- Nombramiento de tutor o curador (arts. 1833 a 1840 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881).
- Y, en general, cualquier proceso de familia en el que los derechos del menor puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

Es indudable que gracias, fundamentalmente, a los esfuerzos internacionales, se ha producido un importante avance en el reconocimiento y protección de los derechos de la infancia y de la adolescencia²⁸, pero aún queda mucho por hacer en cuanto a la efectiva tutela de los menores de edad, al reconocimiento explícito de la autonomía decisional del niño y del adolescente, a su participación activa en proporción a la capacidad de discernimiento y madurez progresivamente adquirida y a la no discriminación por razón de edad en la familia. En definitiva, ha de alcanzarse el pleno y eficaz goce de los derechos humanos inviolables e inherentes a la persona, con independencia de cuál sea su edad²⁹.

Cuando una pareja (casada o no) se rompe, es evidente que las cosas no funcionan como debieran, siendo las únicas víctimas de ello los hijos menores de edad. Nuestra preocupación por la absoluta desprotección jurídica del menor, especialmente vulnerable, justifica estas apretadas páginas, en las cuales se reclaman, con urgencia, cambios normativos, que garanticen la integridad física y moral del niño y del adolescente en el seno de una ruptura familiar. No se trata más que de dar cumplimiento a los mandatos internacionales y constitucionales. Pese a los numerosos cambios normativos recientemente operados, la desprotección del menor ante la quiebra de la familia sigue siendo la misma. Su tutela judicial es, claramente, insuficiente.

Es preciso subrayar que no todas las rupturas familiares son iguales, ni todas las familias, ni todos los hijos. De entrada, la edad del hijo puede cambiar el sentido de algunas de las afirmaciones que, a continuación, realizaremos, las cuales, en consecuencia, requerirían ser debidamente matizadas. Es lógico: no existen familias iguales ni hijos iguales y, por tanto, no caben soluciones estandarizadas. Todo lo contrario. Tan es así, que cada pronunciamiento judicial debería ser «*un traje a medida*», y, por tanto, único (de algunos Autos de medidas previas no podríamos afirmar que lo fueran). Tampoco todos los operadores jurídicos

están sensibilizados de igual manera. Es por ello por lo que intentaremos apuntar algunas cuestiones que resultan controvertidas en la mayoría de los casos (no en todos) y que reclaman una inmediata respuesta por parte del legislador.

Tal vez convenga situarnos ante la problemática utilizando datos estadísticos recientes, si bien, cuando se trata de menores de edad, poco o nada importan los números en sí mismos.

Según la Nota de prensa del INE de Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios de 15 de septiembre de 2015³⁰, en 2014 se dictaron un total de 105.893 sentencias de nulidades, separaciones y divorcios, lo que supuso una tasa de 2,3 por cada 1.000 habitantes, experimentándose un incremento del 5,4% respecto al año anterior.

Por tipo de proceso, se produjeron 100.746 divorcios, 5.034 separaciones y 113 nulidades, de modo que los divorcios representaron el 95,1% del total de las rupturas, las separaciones el 4,8% y las nulidades el 0,1% restante. Según estos datos, en relación al año anterior, el número de divorcios aumentó en un 5,6%, el de separaciones en un 2,7% y el de nulidades también en un 2,7%.

El 76,5% de los divorcios y separaciones en el año 2014 fueron de mutuo acuerdo, mientras que el 23,5% restante fueron contenciosos. Del total de divorcios, el 76,1% fueron de mutuo acuerdo y el 23,9% contenciosos. Por su parte, el 85,5% de las separaciones fueron de mutuo acuerdo y el 14,5% contenciosos.

Atendiendo a la tipología de los procedimientos de divorcios y separaciones, la duración media de los procedimientos de mutuo acuerdo fue de 2,8 meses, mientras que la de los procedimientos contenciosos alcanzó los 9,6 meses. El 72,1% de los procedimientos de mutuo acuerdo se resolvió en menos de tres meses y el 18,3% en un tiempo de tres a seis meses. Por su parte, el 43,4% de los procedimientos contenciosos se resolvió en un tiempo de entre seis y 12 meses, y un 23,5% en 12 o más meses.

El 42,6% de los matrimonios correspondientes a las sentencias de separación o divorcio no tenían hijos (menores o mayores dependientes), el 48,1% tenían solo hijos menores de edad, el 4,3% solo hijos mayores de edad dependientes económicamente y el 5,1% hijos menores de edad y mayores dependientes. El 27,2% tenía un solo hijo (menor o mayor dependiente).

A tales datos habría que sumarse los de las rupturas de las parejas de hecho con hijos comunes, los cuales nos son desconocidos.

II. LA CUSTODIA *DE FACTO* DEL MENOR DESDE LA RUPTURA PARENTAL HASTA LA EXISTENCIA DE UN PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

Desde que se produce la ruptura parental hasta la primera intervención judicial puede llegar a pasar mucho tiempo. A ello ha de sumarse que, como acabamos de ver, el 43,4% de los procedimientos contenciosos se resolvió en un tiempo de entre seis y doce meses, y un 23,5% en doce o más meses.

¿Quién defiende y vela por el respeto de los derechos del menor de edad durante todo el tiempo en el que se encuentra en una especie de «*limbo jurídico*» (lamentablemente, no es el único existente en nuestro Ordenamiento) en tanto la ruptura no resulte formalmente judicializada?

Es indudable que los derechos de los hijos menores de edad deben ser tutelados de forma inmediata tras la ruptura y al margen del conflicto y la pugna de intereses que guían a sus progenitores.

Sin embargo, la realidad nos hace ver que cuando la unidad familiar se fragmenta, no solo los padres desprecian los derechos de los hijos menores de edad (niños y adolescentes), sino que, incluso, se atreven a utilizarlos, al considerarlos de su propiedad, como auténticas armas arrojadizas contra el otro para resultar vencedor (desde el punto de vista emocional y, más frecuentemente, patrimonial).

Es como si, además de la pareja, hubiera también quebrado la relación paterno-filial y, por tanto, hubieran cesado automáticamente los deberes de los padres hacia los hijos, entre ellos, el de velar por ellos, ostentando la patria potestad (art. 154 del Código Civil) o no (art. 110 del Código Civil). El fin de la relación conyugal o convivencial no implica, obviamente, la extinción del vínculo paterno-filial, que debe permanecer inalterado (sí, en cambio, adaptado a la nueva situación familiar), siendo precisamente sus representantes legales, los padres, quienes han de seguir actuando en beneficio de los hijos.

Los derechos del menor no pueden quedar en un escalón inferior a los de los padres. El interés superior del menor no puede subordinarse al de sus progenitores, sino justo al revés³¹. No obstante, ello es posible que acontezca porque el legislador deja en manos de los padres la decisión de cómo serán sus vidas y las de sus hijos menores de edad a partir de su ruptura. De un lado, deja a su autonomía de la voluntad la configuración concreta del ejercicio de la patria potestad y, en caso de desacuerdo (probablemente, no en dicho aspecto, sino en otros, con frecuencia, los económicos, los cuales suelen hacerse depender directamente de aquel), deberán recurrir a la autoridad judicial³².

Y en este punto, volvemos a preguntarnos, mientras se negocia el contenido del convenio regulador y ninguno de los progenitores se decide aún por iniciar el procedimiento judicial, bien estratégicamente (tal vez, asesorados profesionalmente en dicho sentido, por ejemplo, para ganar tiempo para la elaboración de la demanda)³³, bien por encontrarse en una situación de confusión emocional o bien por confiar *sine die* en alcanzar un acuerdo o, incluso, una reconciliación, ¿quién vela por los derechos del menor?

1. LA CUSTODIA *DE FACTO* Y EL LIMBO JURÍDICO EN EL QUE SE ENCUENTRA EL MENOR. CRÍTICAS Y PROPUESTAS

Para comenzar, tras producirse la ruptura parental de hecho, uno de sus integrantes ha de tomar la decisión de solicitar las medidas previas. A veces,

ello lleva cierto tiempo, el mínimo indispensable para interiorizar y asimilar la ruptura (que no es poco y varía según las personas) y dar por imposible una reconciliación, en la cual se confía, en no pocas ocasiones, por el bien de los hijos. En el terreno de los sentimientos no existen plazos, pero lo cierto es que, en relación a la adopción judicial (en defecto de una convencional) de una medida sobre la guarda de los hijos, partimos de la obligada instancia de parte. Hasta que no se solicite, no habrá un régimen jurídico establecido respecto a los hijos, razón por la cual si el progenitor que, *de facto*, se hace custodio de los niños desde el momento que se produce la crisis parental puede, con absoluta (pero cruel) tranquilidad (pues nada está incumpliendo), impedir al otro progenitor verlos y estar en su compañía durante varios meses o, en cambio, hacerlo, pero a su puro antojo. Evidentemente, no tendrá prisa alguna en judicializar la situación si cuenta con un colchón económico (quizás, se lo ha ido procurando concienzudamente durante los meses anteriores a la decisión de romper la convivencia) que le permita adueñarse de sus hijos durante cierto tiempo con el fin de ejercer presión en el otro progenitor y, de este modo, alcanzar una suculenta propuesta de convenio regulador.

En la práctica, no es infrecuente esperar a que sea el otro quien dé el primer paso judicial, para provocar que, de algún modo, sea a él a quien los hijos puedan imputar (dicho coloquialmente, «culpar»), de por vida, la ruptura familiar. Al respecto, por dicho motivo o por cualesquiera otros, las estadísticas indican que el hombre es algo más reacio que la mujer a interponer la demanda. Según la citada Nota de prensa del INE sobre Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios de 2014, en lo que concierne a la presentación de la demanda, en el 56,8% de los casos esta fue presentada por ambos cónyuges, en el 27,5% por la esposa y en el 15,7% por el esposo.

También es cierto que, una vez asumida la ruptura y descartada absolutamente la reconciliación (lo que, como decimos, puede llevar meses), los intentos de negociación para lograr un convenio regulador satisfactorio para ambas partes requieren tiempo. ¿Qué ocurre con los hijos mientras se cruzan ofertas y contraofertas sus progenitores, quienes, a veces, involucran a aquellos en sus propias mezquindades, a las que, hasta entonces, eran completamente ajenos?

Es preciso solicitar, de inmediato, las medidas provisionálsimas, muy especialmente cuando la ruptura es altamente conflictiva y, además, concurren determinadas circunstancias que podrían agravar la situación familiar y, sobre todo, la del menor.

Imaginemos la ruptura de una pareja mixta con hijos en la que uno de sus integrantes es nacional de un país que no es parte del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores. Si el progenitor extranjero, tras la ruptura parental, decide volver a su país de origen llevándose al niño consigo sin consentimiento del otro, al divorcio contencioso se ha sumado la sustracción internacional de un menor. En tales supuestos, esperar

al señalamiento de la comparecencia de las medidas previas o, incluso, de las contempladas en el artículo 158.1.3.º del Código Civil³⁴ (prohibición de salida del menor del territorio nacional; prohibición de la expedición de su pasaporte o, en su caso, retirada del mismo; y requerir previa autorización judicial para cualquier cambio de su domicilio), ante la lentitud de la justicia, ya puede ser demasiado tarde.

Dejando al margen tales casos, los cuales requerirían un extenso estudio monográfico, en el supuesto de que uno de los cónyuges tomara la decisión de solicitar los efectos y medidas (bien la mujer ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer si se ha producido una situación de violencia de género, o bien, en otro caso, cualquiera de los dos ante el Juzgado de Familia-Primera Instancia del domicilio del solicitante)³⁵, según dispone el artículo 771.2.º LEC, *«a la vista de la solicitud³⁶, el Secretario judicial³⁷ citará a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia en la que se intentará un acuerdo de las partes³⁸, que señalará el Secretario judicial y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su procurador»³⁹.*

Al respecto, subrayamos que el plazo marcado por la ley para la celebración de la comparecencia es corto: diez días. Se trata de un plazo acorde con la naturaleza de las medidas y la necesidad de su resolución inmediata, pero, ¿se cumple?, ¿cuánto tarda, en realidad, el Juzgado en fijar la comparecencia? ¿Y si la solicitud se presenta en el mes de julio? Dado que, como es sabido, agosto es mes inhábil⁴⁰, hasta septiembre no habrá comparecencia ni, por tanto, medida alguna sobre los hijos, de modo que el que hemos llamado *«limbo jurídico»* se prolongaría durante el periodo de las vacaciones estivales, sin que el progenitor no custodio *de facto* pudiera estar o siquiera ver (en periodo no lectivo, ni siquiera podrá acercarse al centro educativo en los horarios de entrada y salida al mismo) a sus hijos, ignorando, incluso, su paradero. ¿Y si se ha solicitado el nombramiento de abogado y procurador de turno de oficio? Habrá que esperar a las correspondientes designaciones antes del señalamiento de la comparecencia. Y mientras tanto, ¿qué ocurre con los hijos? ¿quién se preocupa (pero de verdad) por su bienestar emocional y psicológico?

El citado precepto de la Ley Rituaria continúa: *«de esta resolución dará cuenta en el mismo día al Tribunal para que pueda acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el artículo 102 del Código Civil y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares. Contra esta resolución no se dará recurso alguno».*

De este modo, el legislador ha previsto un cauce especial para los supuestos de urgencia que no deben identificarse con violencia familiar (los cuales han de encauzarse por la jurisdicción penal), contemplando la posibilidad de que el juez

acuerde, en el mismo Auto de admisión a trámite de las medidas provisionálsimas, «*si la urgencia del caso lo aconsejare*», los efectos del artículo 102 del Código Civil y aquello que considere procedente en relación con la custodia de los hijos, el uso de la vivienda y el ajuar familiar. Para ello ha de acreditarse debidamente la urgencia de tal petición⁴¹, y es, precisamente, en dicho término, «*urgencia*», y en su adecuada interpretación y probanza en donde encontramos un importante escollo forense, puesto que, en raras ocasiones, se adoptará una medida relativa a la guarda y custodia de los hijos, prefiriéndose esperar a la comparecencia de las partes.

Ello, de alguna manera, es comprensible, puesto que el órgano judicial poco o nada conoce acerca de la familia rota, contando tan solo, como elementos de juicio, con los datos contenidos en la solicitud formulada por uno de los progenitores (no dispone siquiera de la demanda), pero consideramos que, al igual que una propuesta de convenio regulador que incluya un plan de parentalidad perjudicial para los hijos no puede ser homologada por la autoridad judicial, el perjuicio a aquellos puede provenir también de la absoluta inexistencia de medidas establecidas sobre ellos por causa de la conflictiva situación en la que se encuentran sus padres, de ahí que, a nuestro juicio, sea importante que, siendo aquel conocido y detectado, el órgano jurisdiccional, oído el Ministerio Fiscal, deba adoptar unas medidas de custodia y visitas mínimas e imprescindibles para proteger la integridad psíquica y emocional del menor, pero también la del progenitor (y de su familia extensa) a quien el otro, sin motivo alguno, impide ejercer la patria potestad y sus funciones de responsabilidad parental, siéndole vetado todo vínculo afectivo con sus hijos, alejándolo de ellos y, en definitiva, destruyendo la relación paterno-filial. En un momento vital en el cual el reforzamiento de la comunicación y la estabilidad emocional del hijo son más importantes que nunca, pierde, a causa del enfrentamiento entre sus padres, todo contacto con uno de sus progenitores (y, a veces, con alguno de sus hermanos⁴²).

Así las cosas, dado el limitado conocimiento acerca de la familia y la eficacia claudicante de las medidas, el órgano judicial debe ser restrictivo a la hora de adoptarlas (de este modo, por ejemplo, no creemos que, en este momento procesal, pueda decretarse un régimen de guarda y custodia compartida, dada la insuficiente información de la que dispone el juez, razón por la cual es lógico que lo posponga al procedimiento principal, al igual que otros aspectos contemplados en el art. 103 del Código Civil), pero algunas mínimas en relación a los niños (en cuanto al contacto del progenitor con sus hijos adolescentes, este resulta más fácil que con los que no tienen autonomía por razón de la edad) ha de establecer, sin dejar que la situación en la que, desgraciadamente, se encuentran se demore.

Recuérdese que lo importante y decisivo es solo y exclusivamente el interés más necesitado de protección: el de los hijos comunes menores de edad⁴³. Y

si nos paramos a pensar, el artículo 102 del Código Civil establece un *status* jurídico entre los cónyuges en cuanto se rompe la pareja mediante la previsión de efectos que se van a producir automáticamente entre ellos, en tanto ¿cuál es el *status* jurídico de los hijos hasta que se produzca un pronunciamiento judicial? Ninguno.

A tenor de lo dispuesto por el artículo 771.3.º LEC, si en el acto de la comparecencia no hubiere acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar o si dicho acuerdo, oído, en su caso, el Ministerio Fiscal, no fuera aprobado en todo o en parte por el Tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que estos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el Tribunal acuerde de oficio⁴⁴. Si alguna prueba no pudiera practicarse en la comparecencia, el Secretario judicial señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes.

Llegado el día de la celebración del acto de comparecencia, el progenitor demandado puede que no asista a la misma. Al respecto, en su párrafo 2.º, el 771.3.º LEC, prevé que «*a falta de asistencia, sin causa justificada, de alguno de los cónyuges a la comparecencia podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial*».

Repárese en que, según lo así dispuesto, la incomparecencia injustificada de alguno de los cónyuges no suspenderá el proceso, pudiendo (el precepto lo contempla como una facultad judicial) el Tribunal determinar como hechos ciertos los alegados por el cónyuge presente, en todo lo concerniente a sus peticiones sobre medidas «*de carácter patrimonial*» (esto es, las cuestiones regidas por el principio dispositivo), no, por consiguiente, las de índole personal, de modo que el cónyuge custodio *de facto* continuaría con dicha guarda, sin que el otro tuviera amparo judicial alguno para poder reclamar siquiera ver a sus hijos, de los cuales aquel ha decidido adueñarse y apartarlos, sin más, del otro progenitor.

Sin embargo, el citado precepto contempla el supuesto de falta de asistencia «*con causa justificada*». ¿Cómo ha de ser interpretada esta expresión legal? ¿Cuándo nos encontramos con una incomparecencia debidamente justificada? ¿Un certificado médico de una enfermedad? ¿de qué tipo? ¿un simple resfriado sería suficiente para su suspensión? ¿Y una operación de cirugía estética en un centro privado, programada voluntariamente para el mismo día señalado para la celebración del acto de comparecencia? ¿Y un viaje de placer intencionalmente planeado para no comparecer? En estos dos últimos casos, no parece que existiera una justificación suficiente para posponer la comparecencia, menos aun cuando hay hijos menores de edad y no se ha adoptado, desde la ruptura parental, medida alguna en relación a ellos.

Sin embargo, la realidad supera la ficción y cuando el abogado que asiste al cónyuge interesado en dilatar, a su conveniencia y con motivos espúreos, la situación familiar presenta un escrito de falta de asistencia de su cliente solici-

tando, en consecuencia, la suspensión de la comparecencia, nadie, absolutamente nadie (ni el secretario judicial, ni el juez, ni siquiera el fiscal de menores) repara en leerlo detenidamente y ver cuál es la causa de la no asistencia y si es o no justificada. Los juzgados, recuérdese, están colapsados (no tanto por las demandas de divorcio sino por las solicitudes de modificación de medidas, como consecuencia de la crisis económica en la que estamos inmersos desde hace unos años) y una comparecencia menos es gratamente bienvenida, pues permite que la mañana laboral no se eternice en exceso. No importa que los derechos de unos menores estén en juego. Suspendida una comparecencia, a continuación toca fijar otra fecha para la siguiente. Consultada la agenda del juez, podría celebrarse varios meses después de la inicialmente prevista y suspendida sin suficiente justificación.

No obstante, preciso es decir que no todo lo que sucede en el foro encuentra siempre necesaria justificación en el colapso judicial.

Mientras tanto, el cónyuge no compareciente está tomando el sol en una preciosa playa o bien, tras la ruptura, ha decidido comenzar una nueva vida sometándose a una operación estética de rinoplastia o liposucción (no es infrecuente pensar en un cambio de look en este tipo de situaciones). ¿Y los menores de edad? Puede que también en la playa o puede que, ante el postoperatorio del cónyuge custodio *de facto*, bajo la compañía de un familiar (tal vez, no idóneo para el cuidado de los menores), pero no del otro progenitor, a quien le sigue resultando imposible, jurídicamente, ver a sus propios hijos (salvo en la puerta del centro escolar) y, puede que cualquier intento al respecto venga, incluso, acompañado de amenazas. La situación, además de trágica, es absurda, pero absolutamente real.

Mientras tanto, hasta que llegue la segunda fecha del acto de comparecencia, ¿qué derechos tiene el cónyuge solicitante de las medidas? Ninguno. El progenitor custodio *de facto* nada está incumpliendo, dado que ningún régimen relativo a los hijos ha sido judicialmente establecido al respecto. ¿Y los derechos de los hijos? ¿Quién piensa en su bienestar psicológico y afectivo, el cual pasa, indudablemente y más aún en una difícil situación para ellos, por estar bajo la compañía de sus dos progenitores? ¿En qué situación jurídica se encuentran? En un auténtico y tremendo «limbo jurídico», durante el cual el progenitor a quien resulta imposible relacionarse con sus hijos no puede explicarles lo sucedido, en tanto que el que se ha apropiado de ellos tiene ocasión de hablar largo y tendido sobre lo ocurrido, darles su particular visión de las cosas e, incluso, alinearles (en ocasiones, con la inestimable ayuda de sus familiares) contra el otro progenitor, cuyas relaciones paterno-filiales han sido injusta y repentinamente mutiladas (así como las de otros parientes y allegados), por la simple decisión unilateral del otro. No hay guarda y custodia, ni visitas y, probablemente, ni siquiera, comunicaciones. A estas alturas, indudablemente el daño emocional irrogado al menor es ya irreversible.

Consideramos que el interés superior del menor (el cual debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, según establece el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo tenor literal ha sido recientemente modificado) debería obligar al órgano judicial a valorar adecuadamente la causa alegada para la incomparecencia del progenitor demandado (probablemente, el custodio *de facto* de los hijos, quien, de este modo, «mercadea» con aquellos y cree tener la sartén por el mango para presionar al otro con el fin de obtener el acuerdo más favorable a sus intereses) y, en caso de inconsistencia de aquella y, consiguiente, imputabilidad al cónyuge de su inasistencia, celebrar la comparecencia y, en su caso, adoptar *inaudita parte* unas medidas mínimas relativas a los hijos menores y mayores con capacidad judicialmente modificada, quienes tienen necesidades perentorias inaplazables que no pueden ser entorpecidas con argucias o artimañas dilatorias, debiéndose, además, apreciar la mala fe de la parte no compareciente con vistas al proceso principal.

En el supuesto de que la comparecencia se celebrara, el artículo 771.4.º LEC, dispone que finalizada esta o, en su caso, terminado el acto que se hubiere señalado para la práctica de la prueba que no hubiera podido producirse en aquella, el tribunal resolverá, en el plazo de tres días, mediante Auto, contra el que no se dará recurso alguno.

Por tanto, otro plazo breve: el Auto de medidas debe ser dictado en el plazo de tres días, el cual no es recurrible, de modo que las medidas son ejecutables inmediatamente⁴⁵.

Como dispone el apartado 5.º del artículo 771 LEC, en concordancia con lo dispuesto por el párrafo 2.º del artículo 104 del Código Civil, los efectos y medidas acordados de conformidad con lo dispuesto en este artículo solo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción (como ya vimos, a partir de la notificación del Auto) se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio.

A la vista de todo lo hasta aquí expuesto, hemos de señalar que es, sin duda, loable que el legislador tenga la intención de dar máxima celeridad a la resolución de la solicitud de medidas provisionalísimas (plazos cortos, imposibilidad de interponer recursos, etc.), pero los conceptos jurídicos indeterminados⁴⁶ y las lagunas legales detectadas son un portillo abierto a tretas y artimañas varias para dilatar, lo máximo posible, la fijación de medidas, a las que se suman las dificultades del día a día existentes en la práctica forense.

La vida de un menor no puede hacerse depender de las normas de reparto judicial, ni de la existencia de días y horas inhábiles, ni de la puesta en marcha de la lenta maquinaria judicial, ni de la mayor o menor sensibilidad de nuestros jueces y fiscales hacia la materia, ni de las triquiñuelas dilatorias del procedimiento matrimonial.

Por ello, por una parte, creemos susceptible de aplicación a aquellos supuestos en los existan hijos menores de edad o mayores con capacidad judicialmente modificada cuyos derechos estén siendo gravemente vulnerados por uno de sus progenitores como consecuencia de una ruptura parental y los asuntos estén pendientes de reparto judicial, el artículo 70 LEC, según el cual «*los Jueces Decanos y los Presidentes de Tribunales y Audiencias podrán, a instancia de parte, adoptar las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable*», si bien volvemos al requisito de la instancia de parte, al cual ya nos hemos referido. Hasta que no se judicializa la ruptura parental, los hijos parecen no existir.

Por otra parte, para la solicitud de medidas provisionales previas no pueden existir días ni horas inhábiles. Si, tras romperse la pareja (supongamos que en el mes de enero), pasa un tiempo hasta que uno de los dos progenitores se decide por formular la solicitud de medidas y lo hace, como hemos apuntado antes, en el mes de julio, hasta septiembre no podrá celebrarse el acto de comparecencia, lo que supondrá, tal vez, que el progenitor no custodio *de facto* (y sus parientes) pase unos siete u ocho meses (puede que, incluso, más, si se suspendiera el acto de comparecencia) sin poder ver ni estar en compañía de sus hijos. Creemos que la aplicación del artículo 131.2.º LEC, de conformidad con lo previsto en su apartado 1º, el cual dispone que «*se considerarán urgentes las actuaciones cuya demora pueda causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia, o provocar la ineficacia de una resolución judicial*» permitiría, de alguna manera, evitar situaciones como estas, auténticos dramas humanos.

Además, en su caso, de una posible reclamación de responsabilidad civil patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia si concurren los presupuestos para ello, creemos viable jurídicamente el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual *ex* artículo 1902 del Código Civil tanto por el menor de edad como por el progenitor no custodio *de facto* por los daños ocasionados en sus relaciones paterno-filiales con anterioridad a la judicialización de la ruptura familiar con el fin de resarcirlos o compensarlos (difícilmente, repararlos)⁴⁷.

Por último, se desconoce que, conforme al Tercer Protocolo facultativo de la Convención ONU sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones⁴⁸, ratificado por el Estado español, el menor puede denunciar individualmente ante el Comité de los Derechos del Niño que están siendo violados sus derechos humanos y los mecanismos nacionales son insuficientes, como, a nuestro entender, es el caso objeto de nuestro análisis. La misma posibilidad está prevista en el Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁹. Es lógico que tales posibilidades requieren que el menor o mayor con discapacidad denunciante tenga madurez suficiente para entender que sus derechos están siendo vulnerados y la trascendencia de

la presentación de su denuncia, razón por la cual no todos tendrán a su alcance la posibilidad de decidir dar dicho paso.

Por consiguiente, los derechos del menor y del mayor con capacidad judicialmente modificada, reconocidos explícitamente, deben ser tutelados y garantizados no solo nominalmente, sino de manera eficaz. En nuestro Ordenamiento jurídico existen mecanismos para ello, pero, tal vez, la dinámica deba ser otra distinta a la actual para lograr que la tutela judicial del menor sea verdaderamente efectiva.

2. LA EXPLORACIÓN DEL MENOR

El menor de edad tiene derecho a ser oído en un procedimiento judicial que le afecte *ex artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor*, precepto que ha recibido nueva redacción por la reciente *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*: *«1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.*

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. *Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».*

Así las cosas, el juez tiene el deber de oír siempre a los hijos menores o con capacidad judicialmente modificada, si tuvieren suficiente madurez, en todos los procesos en que deba adoptar pronunciamientos sobre medidas que les afecten y conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social.

Al respecto, dada su enorme importancia práctica, es preciso dedicar unas líneas, aun de manera sucinta, a dicha audiencia, que se denomina exploración del menor⁵⁰, la cual se realiza ante el órgano judicial y el Ministerio Fiscal, reservadamente conforme a los artículos 138 y 140 LEC⁵¹, sin asistencia de las partes ni de sus representantes o defensores y sin grabarse⁵², documentándose en ocasiones (no siempre) en un acta del cual no suele darse traslado a las partes, ocultando, incluso, a veces, la sentencia lo que el menor declaró.

Cierto es que la exploración del menor no es un medio de prueba, puesto que, con ella, no se trata de fijar ningún hecho controvertido a los efectos del proceso, sino de que el tribunal obtenga elementos de juicio con los que decidir, de la forma más adecuada, las cuestiones que afectan al interés de los hijos menores (aparte de que esa actuación pueda ser también el medio por el que estos últimos ejerciten el derecho a ser oídos), pero estimamos que contradice lo previsto en los artículos 140, 146 y 148 LEC, que regulan el deber de documentación de las actuaciones judiciales y el acceso a la información que contienen.

Si bien el artículo 770.4.º, párrafo 2.º LEC dispone que *«en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario»*, ello no siempre se cumple en la práctica forense. En ocasiones, dicha exploración judicial del menor se realiza en condiciones incómodas, indignas y traumáticas, desde el punto de vista emocional, para el niño (en la misma Sala de vistas tras finalizar la comparecencia, con los progenitores dándole instrucciones en la puerta sobre lo que debe o no debe declarar, con el juez togado, etc.). Con el nuevo artículo 9 de

la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor se ha perdido una magnífica ocasión en cuanto a la necesaria regulación de cuándo, cómo y dónde ha de llevarse a cabo la exploración del menor.

Además del impacto psicológico sobre el menor (que no ha de pasarse por alto), la documentación resultante de la exploración del menor no se ajusta a la legalidad, impidiendo que las partes puedan acceder a su contenido y, en consecuencia, imposibilitándolas para valorar convenientemente la correspondiente motivación del procedimiento judicial, lo que dificulta también la labor del Tribunal de apelación al ahora de realizar un adecuado control jurisdiccional de la resolución dictada, absoluto hermetismo que conlleva una inadmisibile indefensión jurídica⁵³.

Y cuando se trata de un menor con discapacidad, ¿se intenta, en la práctica, conocer su voluntad, sus deseos? ¿se dedica el tiempo suficiente a que comprenda la situación vital por la que atraviesa a raíz de la ruptura de sus padres y a conocer su opinión acerca de aquella? El derecho del menor a ser oído y escuchado no puede ser cercenado por el hecho de tener una discapacidad.

Estimamos muy urgente regular convenientemente las condiciones idóneas de cómo ha de llevarse a cabo la exploración judicial del menor (tipo de dependencia, prohibir conversaciones de las partes con el menor antes de practicarse la diligencia, el modo en que han de ser formuladas las preguntas, grabación en soporte digital sin que el menor sea consciente de la misma, asistencia de un técnico del gabinete psicosocial cuando fuere necesario, documentación, etc.), de manera que aquellas no dependan de la mayor o menor sensibilidad del órgano judicial (y, por tanto, las normas de reparto resultan, sorprendentemente, determinantes para la vida de un menor) y se logre su uniformidad en la práctica forense, al tiempo que resulten debidamente garantizados el principio de contradicción y el derecho de defensa.

3. LAS MEDIDAS CAUTELARES DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL

La legitimación para solicitar las medidas provisionalísimas corresponde, exclusivamente, a los progenitores del menor. Sin embargo, importante es tener en cuenta que el propio hijo, el juez (de oficio), cualquier pariente (p. ej. los abuelos) o el Ministerio Fiscal tienen la vía del artículo 158 del Código Civil⁵⁴, el cual, hoy día, en la práctica, se ha convertido en la principal norma protectora del menor y en la cual se sustenta jurídicamente el derecho de relación hijo-progenitor no custodio ante la obstaculización de su ejercicio por parte del otro progenitor.

Las medidas cautelares del artículo 158 del Código Civil⁵⁵ se caracterizan por su carácter apremiante y necesario ante circunstancias excepcionales de peligro para el menor, pudiendo ser adoptadas dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Así, como recientemente ha señalado el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Pamplona en el FJ 1.º de su Auto de 10 de febrero de 2015, cuando algún progenitor, pariente o tercero detecta una situación que puede comprometer o compromete el bienestar de un menor, puede dirigirse al juzgado con el objeto de que este, con carácter urgente, dictamine sobre la misma. Pero la utilización de esta vía debe hacerse con moderación, dado que la misma lo que no puede amparar es una modificación provisional de las medidas vigentes (para lo que se encuentra el cauce del art. 775.3 LEC⁵⁶) o aplicarse para solucionar conflictos entre los progenitores respecto de una decisión que afecte a la descendencia menor de edad (para lo que se encuentra el cauce del art. 156 del Código Civil).

La actuación al amparo del artículo 158 del Código Civil debe regirse, por tanto, bajo los criterios del interés del menor, la urgencia y la inminencia de un peligro o perjuicio para aquel, debiendo limitarse su uso a los supuestos fácticos que exijan dicha respuesta tuitiva y urgente. Si no se dan estas tres premisas, no debe acudirse a la vía de dicho precepto, reservado para casos de necesidad y urgencia y no para aquellos que puedan ser resueltos por otra vía.

Pues bien, claro lo anterior, en caso de inasistencia del acto de comparecencia de medidas del progenitor custodio *de facto*, suspensión del mismo y fijación de una nueva fecha meses después, el no custodio podrá acudir a este cauce para reclamar auxilio judicial a fin de evitar perjuicios a sus hijos menores derivados del irregular ejercicio de la patria potestad. Diríamos que, a día de hoy, es la única posibilidad procesal que le queda al progenitor solicitante de medidas relativas a la custodia y visitas de sus hijos de obtener una decisión judicial, aun de carácter cautelar, que, por fin, oficialice, de alguna manera, la ruptura familiar, judicialización que el otro progenitor pretende, estratégicamente, dilatar lo máximo posible.

Papel crucial juega en estos casos, a nuestro entender, el Ministerio Fiscal, a quien corresponde «*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*» (art. 3.7.º de Ley 50/1981, 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal)⁵⁷.

4. LA EVENTUAL VALIDEZ DEL CONVENIO REGULADOR NO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE EN RELACIÓN A LAS MEDIDAS RELATIVAS A LOS HIJOS

Es evidente que, en estas páginas, estamos centrando la atención en los supuestos de rupturas parentales contenciosas, si bien, en las consensuadas o amistosas, también podemos plantearnos qué sucede con las medidas acordadas para los hijos menores o mayores con capacidad judicialmente modificada en un convenio regulador que no llega a ser judicialmente⁵⁸ homologado.

El interrogante que nos planteamos podría formularse del modo siguiente: ¿tienen validez las medidas de guarda y visitas de los hijos acordadas voluntariamente por los progenitores en un convenio regulador notarial que, con posterioridad, no resulta ratificado en el juzgado por uno de ellos?

La jurisprudencia ha venido caracterizando al convenio regulador como un negocio jurídico de Derecho de familia (arts. 1255 y 90 del Código Civil), de carácter contractual⁵⁹, cuya eficacia se halla supeditada a la aprobación judicial, siendo la sentencia la que dota al convenio de las ventajas procesales al otorgarle carácter ejecutivo (art. 90, pfo. 2.º *in fine* del Código Civil: «*desde la aprobación judicial podrán hacerse efectivos por la vía de apremio*»)⁶⁰. De este modo, la homologación judicial constituye la «*conditio iuris*» de la eficacia del convenio regulador y determina que las obligaciones derivadas del mismo se incorporen a la sentencia que se dicte, de forma que su contenido sea directamente ejecutivo, sin que sea preciso instar un procedimiento judicial en que recaiga sentencia que reconozca la eficacia del negocio jurídico suscrito y condene a los pactos asumidos.

Siendo ello así, hemos de tener en cuenta que, en ocasiones, una separación o un divorcio pueden comenzar siendo amistosos pero transformarse, ulteriormente, en contenciosos. ¿Tiene algún valor el convenio regulador no ratificado ante el juez en relación con los hijos o ha de esperarse hasta que se dicte el correspondiente pronunciamiento judicial, lo que puede llegar a tardar, en muchas ocasiones, más de un año?

Sabemos que dicho convenio regulador no tiene carácter ejecutivo alguno y, por tanto, no es vinculante, aunque sí, «*como negocio jurídico*»⁶¹ con eficacia *inter partes* en cuanto a su contenido patrimonial, en virtud del principio de autonomía privada de la voluntad y del de buena fe contractual (y, en conexión con ella, la doctrina de los actos propios), pero no, en cambio, para las cuestiones de orden público, como las atinentes al régimen de guarda de los hijos, las cuales no son susceptibles de la libre disposición de las partes.

Quid iuris si suscrito el convenio regulador pero no homologado judicialmente, si en tanto dicha homologación se produce las partes comienzan a dar cumplimiento a las medidas relativas a los hijos pero uno de los progenitores cambia, repentinamente, de actitud (por ejemplo, tras descubrir que el otro tiene una nueva pareja) y el acuerdo amistoso deja de serlo impidiendo, desde dicho momento, al otro todo contacto con sus hijos?

Si bien nos gustaría responder, por el bien de los hijos y el principio del respeto a la palabra dada, que dicho documento debería tener eficacia jurídica (y, por tanto, fuerza vinculante y ejecutiva) en cuanto a las medidas acordadas relativas a las relaciones paterno-filiales que ya, incluso, han comenzado a llevarse a cabo voluntariamente por parte de los progenitores, la exigencia legal del control judicial homologador, junto a que tales cuestiones son materia indisponible (no así, en cambio, las de índole económica o patrimonial) nos lo impide, si bien tales pactos, actuaciones y actitudes estimamos que deberían

gozar de cierta consideración y peso al momento de adoptarse judicialmente las correspondientes medidas.

En relación a esta última idea, destacamos la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Málaga de 27 de septiembre de 2012, en cuyo FJ. 2.º se contiene la cuestión a dilucidar por dicho órgano judicial: la naturaleza jurídica del acuerdo mediado que alcanzan las partes y su eficacia jurídica en un procedimiento de divorcio, habida cuenta que dicho acuerdo no fue trasladado al convenio regulador a que se refiere el artículo 90 del Código Civil ni el proceso tramitado por la vía consensual del artículo 777 LEC. A este respecto, el Juzgado señala que los acuerdos alcanzados en mediación y documentados en lo que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos Civiles y mercantiles llama «acta final» (art. 22-3) o «acuerdo de mediación» (art. 23) deben ser equiparados, en el ámbito de los procesos de familia, a los convenios reguladores no ratificados o no aprobados judicialmente, siéndoles de aplicación la abundante jurisprudencia sobre la materia (por todas, STS de 15 de febrero de 2002). No obstante, ha de tenerse presente que los acuerdos alcanzados en un proceso de mediación tienen un «plus» de obligatoriedad, pues el artículo 23.3 de la precitada Ley 5/2012 en su último párrafo habla del carácter vinculante del acuerdo alcanzado en mediación. Pero, sobre todo, esa obligatoriedad «reforzada» vendría dada porque estaríamos ante negocios jurídicos de familia cuya elaboración se desarrolla en un entorno especialmente apto para que la expresión de la voluntad allí recogida lo haya sido sin vicio alguno, pues se desarrolla, por la intervención técnica del mediador, la voluntariedad de la participación, la igualdad en el desarrollo de los debates que llevan al consenso e, incluso, la posibilidad de contar con información y asesoramiento suficiente. Esa «pureza» comercial puesta en relación con las numerosas referencias del Código Civil al «acuerdo de las partes» a la hora de fijar las medidas de los artículos 91 y siguientes en los procesos de familia (arts. 91, 92.5, 96 y 97.1^a), supone que los pactos alcanzados en un proceso de mediación técnicamente correcto pero no trasladados a un convenio regulador ratificado judicialmente, deben tener un alto peso en la adopción por el juez de las medidas a que se refieren. O dicho de otra forma, que tenga que ser quien se aparta de lo convenido en mediación quien acredite, de forma rotunda, aquellas circunstancias coetáneas o posteriores al proceso mediacional que justifiquen el que lo pactado por las partes, entonces, no debe ser ahora ratificado judicialmente.

5. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO PENAL REQUIERE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA RUPTURA PARENTAL

En el ámbito civil, como acabamos de comprobar, se abandona al menor de edad a su suerte (o mejor, a la del progenitor custodio *de facto*) en tanto la ruptura parental no resulta formalmente judicializada.

Si acudimos al ámbito penal, el artículo 618.1 CP disponía, hasta su derogación por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: *«serán castigados con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de 12 a 24 días los que, encontrando abandonado a un menor de edad o a un incapaz, no lo presenten a la autoridad o a su familia o no le presten, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran».*

Y continuaba en su apartado 2.º: *«el que incumpliera obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días».*

Por su parte, el artículo 622 CP, asimismo recientemente derogado, establecía: *«los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses».*

Ante la posible confusión que generaba la redacción de ambos preceptos, la SAP de Cantabria (Sección 1.ª) de 15 de abril de 2010 aclaraba: *«conforme al Acuerdo no jurisdiccional de unificación de criterios de esta Audiencia Provincial de seis de julio de dos mil seis, el artículo 618.2 del Código Penal castiga los incumplimientos de las obligaciones familiares distintas de los que conllevan el régimen de custodia de los hijos menores establecido por autoridad judicial o administrativa que son sancionables, incluidos los relativos al derecho de visitas, por el artículo 622 del Código Penal. Por tanto la conducta de impedir al padre la comunicación con su hijo, el incumplimiento del régimen de visitas sería sancionable por el artículo 622 del Código Penal y no por el 618.2 del Código Penal. Además, aunque está en el mismo Título del Código Penal que la castigada en el artículo 618.2, difícilmente puede ser considerada homogénea con esta, a los efectos de la doctrina de la pena justificada, pues si el artículo 618.2 castiga la vulneración de obligaciones relacionadas con las necesidades de los hijos, en el artículo 622 se castigan incumplimientos relacionados con el régimen de custodia, siendo distintos los bienes jurídicos protegidos y el artículo 622 contiene una pena más grave que la del artículo 618.2».*

Así las cosas, la entrega de un menor por parte del progenitor no custodio al día siguiente de cuando debió hacerlo conforme al convenio regulador aprobado judicialmente era un hecho constitutivo de la falta prevista en el hoy derogado artículo 622 CP, en tanto que la conducta del progenitor custodio que impedía el régimen de visitas al no custodio era sancionada por el artículo 618.2 del mismo Cuerpo legal⁶².

Como puede comprobarse, también en el ámbito penal se partía de una ruptura parental judicializada, bien mediante convenio regulador judicialmente aprobado o bien mediante resolución judicial.

A lo anterior, ha de sumarse la reciente supresión de las faltas de nuestro CP⁶³, de manera que ni aún judicializada la ruptura parental, existe, hoy día, reproche penal por tales incumplimientos (salvo lo previsto en el nuevo art. 172.3.º CP, en relación al delito de coacciones⁶⁴), lo que hace que la situación de indefensión jurídica de un menor como consecuencia de la ruptura de sus progenitores, sea, si cabe, más preocupante todavía.

Al respecto, lo único que nos queda, en este ámbito, es acudir a lo dispuesto por el artículo 4.2.º CP: «2. *En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal*».

En definitiva, es absolutamente necesario que nuestros jueces y Tribunales actúen reclamando una adecuada protección de los derechos del menor. A ello ha de sumarse el papel crucial que ha de desempeñar en esta materia el Ministerio Fiscal, así como los abogados y los psicólogos.

III. CONCLUSIONES

I. La legislación española actual y la aplicación práctica de la misma proporcionan, cuando se produce una ruptura parental (matrimonial o no) conflictiva, una deficiente protección a los miembros del grupo familiar más frágiles: los hijos menores de edad o mayores con capacidad judicialmente modificada. Ello es debido a que no está prevista tutela alguna hasta que no recaiga un pronunciamiento judicial al respecto, el cual debe ser solicitado a instancia de parte, lo que provoca que durante cierto tiempo, en concreto, desde que se produce la ruptura de los progenitores hasta que esta resulta judicializada (que pueden ser varios meses, durante los cuales existe un auténtico «limbo jurídico») los derechos de los hijos sean absolutamente menospreciados y las relaciones paterno-filiales con el progenitor no custodio *de facto* injustamente mutiladas por el otro. La aplicación práctica de las normas relativas a las consecuencias inmediatas de una ruptura parental, a día de hoy, cumplen deficientemente su objetivo, dejando desprotegido jurídicamente al menor de edad, abandonado no a su suerte, sino a los intereses, preferencias y comodidades puramente egoístas de sus progenitores, lo que resulta de todo punto inadmisibles. En definitiva, es urgente ofrecer una respuesta normativa adecuada a la defensa de los derechos del hijo menor de edad y mayor con capacidad judicialmente modificada y de su bienestar psíquico y emocional, así como lograr una profunda sensibilización

de los distintos operadores jurídicos y, en especial, de los jueces y fiscales y un consiguiente cambio de la dinámica judicial seguida hasta ahora (pues no todo lo que sucede en el foro encuentra siempre necesaria justificación en el colapso judicial). Los derechos del menor y del mayor con capacidad judicialmente modificada, reconocidos explícitamente, deben ser tutelados y garantizados no solo nominalmente, sino de manera eficaz.

II. El menor no es, ni mucho menos, patrimonio de sus padres y siempre es la víctima del enfrentamiento entre ambos, en el seno del cual sufre la más absoluta indefensión. Y en dicha situación de desprotección, hasta que se dicta el Auto de medidas provisionales ¿quién vela por él y por el respeto de sus derechos y de su personalidad mientras, si se nos permite la expresión, sus padres se tiran los trastos a la cabeza? Nadie, causándosele perjuicios de difícil o imposible reparación. La desprotección del menor de edad en la crisis parental no judicializada (puede no estarlo por diversos motivos) es preocupante y requiere que se articulen una serie de instrumentos y mecanismos eficaces para mantener, desde el mismo momento en que se rompe la pareja, las relaciones verticales (las paterno-filiales) y evitar posibles interferencias y manipulaciones en ellas.

III. El artículo 102 del Código Civil establece un *status* jurídico entre los cónyuges en cuanto se rompe la pareja mediante la previsión de efectos que se van a producir automáticamente entre ellos, en tanto ¿cuál es el *status* jurídico de los hijos hasta que se produzca un pronunciamiento judicial sobre la misma? Ninguno. Ha de cubrirse, urgentemente, el vacío de protección del menor actualmente existente en nuestro Ordenamiento jurídico. El interés y los derechos del hijo menor de edad o mayor con capacidad judicialmente modificada constituyen un bien jurídico protegido.

IV. Tras solicitar la adopción de medidas provisionales, si se tratara de un caso de urgencia, en el mismo Auto de admisión a trámite de las medidas provisionales deben determinarse, incluso *inaudita parte*, los aspectos mínimos e imprescindibles relativos a la guarda y custodia de los hijos, a la fijación de un régimen de visitas y a su subsistencia, posponiendo para el procedimiento judicial las cuestiones previstas en el artículo 103 del Código Civil.

V. Fijada la fecha del acto de comparecencia de las partes para la adopción de medidas previas, ha de valorarse adecuadamente la «*causa justificada*» alegada por uno de los progenitores para no asistir a la misma con el fin de suspenderla y, de este modo, debe indagarse si lo que verdaderamente se pretende con ello es dilatar estratégicamente el procedimiento, lo que no perjudica más que a los hijos, cuyos derechos han de primar sobre los concretos intereses perseguidos por el progenitor no compareciente.

VI. La vida de un menor no puede hacerse depender de las normas de reparto judicial, ni de la existencia de días y horas inhábiles, ni de la puesta en marcha de la lenta maquinaria judicial, ni de la mayor o menor sensibilidad de nuestros jueces y fiscales, ni de las triquiñuelas dilatorias del procedimien-

to matrimonial. Por ello, por una parte, creemos susceptible de aplicación a aquellos supuestos en los existan menores de edad o mayores con capacidad judicialmente modificada cuyos derechos estén siendo gravemente vulnerados por uno de sus progenitores como consecuencia de una ruptura parental y los asuntos estén pendientes de reparto judicial, el artículo 70 LEC; por otra, el artículo 131.2.º LEC, que permitía evitar auténticos dramas humanos.

VII. Además, en su caso, de una posible reclamación de responsabilidad Civil patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia si concurren los presupuestos para ello, creemos viable jurídicamente el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual *ex* artículo 1902 del Código Civil tanto por el menor de edad como por el progenitor no custodio *de facto* por los daños ocasionados en sus relaciones paterno-filiales con anterioridad a la judicialización de la ruptura familiar con el fin de resarcirlos o compensarlos (difícilmente, repararlos).

VIII. Conforme al Tercer Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, el menor puede denunciar ante el Comité de los Derechos del Niño que están siendo violados sus derechos humanos y los mecanismos nacionales son insuficientes. La misma posibilidad está prevista en el Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

IX. Estimamos muy urgente regular convenientemente las condiciones idóneas de cómo ha de llevarse a cabo la exploración judicial del menor (tipo de dependencia, prohibir conversaciones de las partes con el menor antes de practicarse la diligencia, el modo en que han de ser formuladas las preguntas, grabación en soporte digital sin que el menor sea consciente de la misma, asistencia de un técnico del gabinete psico-social cuando fuere necesario, documentación, etc.), de manera que aquellas no dependan de la mayor o menor sensibilidad del órgano judicial (y, por tanto, las normas de reparto resultan, sorprendentemente, determinantes para la vida de un menor) y se logre su uniformidad en la práctica forense, al tiempo que resulten debidamente garantizados el principio de contradicción y el derecho de defensa.

X. Los acuerdos relativos a los hijos contenidas en un convenio regulador no homologado judicialmente solo tienen eficacia *inter partes*, si bien tanto los pactos como las actuaciones y actitudes estimamos que deberían gozar de cierta consideración y peso al momento de adoptarse judicialmente las correspondientes medidas.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia 311/2000, de 18 de diciembre

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 31 de diciembre de 1982
- STS de 2 de mayo de 1983
- STS de 22 de abril de 1997
- STS de 27 de marzo de 2001
- STS de 15 de febrero de 2002
- STS de 9 de julio de 2003
- STS de 4 de noviembre de 2013
- STS de 29 de abril de 2013
- STS de 20 de octubre de 2014
- ATS de 18 de marzo de 2015
- STS de 10 de julio de 2015

TRIBUNALES SUPERIOR DE JUSTICIA

- Auto del TSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a) de 7 de febrero de 2013

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Castellón (Sección 1.^a) de 14 de septiembre de 2001
- SAP de Tarragona (Sección 3.^a), de 11 de abril de 2002
- SAP de Cantabria (Sección 3.^a) de 12 de febrero de 2004
- AAP de Madrid (Sección 21.^a) de 20 de abril de 2004
- SAP de Almería (Sección 2.^a) de 12 de noviembre de 2004
- AAP de Tarragona (Sección 1.^a) de 7 de febrero de 2005
- SAP de Barcelona (Sección 12.^a) de 14 de junio de 2005
- SAP de Madrid (Sección 24.^a) de 26 de octubre de 2005
- AAP de Zaragoza (Sección 5.^a) de 15 de diciembre de 2005
- SAP de Badajoz de 8 de febrero de 2006
- SAP de A Coruña (Sección 6.^a) de 15 de marzo de 2006
- SAP de Madrid (Sección 7.^a) de 30 de septiembre de 2009
- SAP de Cantabria (Sección 1.^a) de 15 de abril de 2010
- SAP de Barcelona (Sección 18.^a) de 11 de febrero de 2013
- SAP de Toledo (Sección 1.^a) de 23 de mayo de 2013
- SAP de Madrid (Sección 22.^a) de 13 de junio de 2014
- SAP de Málaga (Sección 6.^a) de 5 de febrero de 2015
- SAP de Madrid (Sección 20.^a) de 23 de marzo de 2015

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI núm. 5 de Málaga de 27 de septiembre de 2012
- AJPI núm. 6.º de Valdemoro (Provincia de Madrid) de 3 de julio de 2014
- AJPI núm. 8 de Pamplona (Provincia de Navarra) de 10 de febrero de 2015

V. BIBLIOGRAFÍA

- BOSISIO, R. (2005). La percezione dei diritti nell'infanzia e nell'adolescenza. Una ricerca empirica, en *Sociologia del Diritto*, pp. 137-165.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a (1993). Comentario al artículo 102 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (1995). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV. Madrid: Tecnos.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005). *Principios de Derecho Civil IV*. Madrid: Marcial Pons.
- LUNA SERRANO, A. (1990). *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia* (LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ, y RAMS ALBESA). Barcelona: Bosch.
- NAVAS NAVARRO, S. (2012). Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al Derecho catalán), en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 54 (BIB 2013, 14834).
- PÉREZ MARTÍN, A. J. (2010). Comentario al artículo 104 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.). Madrid: Lex Nova.
- PICONTÓ NOVALES, T. (2009). Derechos de la infancia: Nuevo contexto, nuevos retos, en *Derechos y Libertades*, núm. 21, 57-93.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (1993). Comentario a los artículos 102, 103 y 104 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia.
- VIVAS TESÓN, I. (2011). La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares, en *RDPat.*, núm. 26, 335-347.
- (2014). La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales, en *RCDI*, núm. 745, 2510-2552.

NOTAS

¹ Si bien una interpretación literal del artículo 104 del Código Civil permite deducir que únicamente «el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio» puede pedir las medidas previas, lo cierto es que, a tenor del contenido de los artículos 748 y 770.6 LEC-2000, los efectos y medidas de los artículos 102 y 103 del Código Civil pueden ser solicitados por cualquiera de los progenitores (no necesariamente cónyuges) en aquellos supuestos en los que se solicite exclusivamente la guarda y custodia o alimentos en relación con menores, matrimoniales o no matrimoniales, por ello que en el presente trabajo preferimos referirnos a «ruptura parental».

Asimismo, de lo dispuesto por el artículo 770.6 LEC se desprende que se tramitarán conforme al procedimiento matrimonial contencioso que en él se regula las pretensiones que

versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de los hijos menores habidos de uniones *more uxorio* o sobre alimentos reclamados por los progenitores en nombre de tales hijos, cuando no exista acuerdo entre las partes. En cuanto a las pretensiones de naturaleza patrimonial basadas en las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de una pareja de hecho, estas han de sustanciarse por el procedimiento declarativo correspondiente.

Al respecto, la SAP de Almería (Sección 2.^a) de 12 de noviembre de 2004 afirma que «en el ámbito de los procesos especiales del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tan solo se contemplan, respecto de las relaciones extramatrimoniales, aquellas cuestiones que versen ‘exclusivamente’ sobre guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos reclamados», de modo que, en el supuesto de ruptura de una pareja de hecho o *more uxorio*, no es admisible la demanda de medidas provisionales previas a una demanda relativa al uso de la vivienda, debiéndose, en tal caso, acudir al proceso ordinario.

En caso de modificación judicial de la capacidad (nueva terminología que sustituye a la «incapacitación») de uno de los cónyuges, está legitimado procesalmente su representante legal, tal y como reconoció el Tribunal Constitucional, en su sentencia 311/2000, de 18 de diciembre, al otorgar amparo a la madre y tutora de su hija incapacitada (casada y separada de hecho) en el ejercicio de la acción de separación matrimonial. Tras graves enfrentamientos entre la madre y su yerno por el uso que hacía este de los bienes de la incapaz, la primera, en calidad de tutora, presentó escrito en solicitud de autorización judicial para formular demanda y medidas de separación contra el esposo de la tutelada, la cual le fue concedida. Interpuesta demanda de separación en nombre de su hija solicitando la adopción de medidas provisionales, el Juzgado declaró no haber lugar a la adopción de las medidas provisionales al entender que la tutora no estaba legitimada para cursar tal pretensión, al constituir un acto personalísimo derivado de un derecho del mismo carácter, a lo que la madre formuló oposición, que fue desestimada. Paralelamente, fue dictada sentencia de separación, por la que se estimó la excepción procesal de falta de personalidad de la actora, alegada por el yerno, toda vez que «*nos encontramos ante el ejercicio de un derecho de carácter personalísimo en que únicamente ostentan legitimación procesal para ser parte los cónyuges*». Desestimado el recurso de apelación, se interpone demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional con base en la vulneración de los artículos 14 y 24 CE (el artículo 49 no goza de amparo constitucional), reconociéndose que es cierto que la acción de separación matrimonial, como la de divorcio, es calificada por regla general como personalísima y así se viene entendiendo también por la doctrina del Tribunal Supremo, pero dicha calificación no puede ser absoluta si se pretende vincular con el respeto a otros derechos y bienes más acuciantes e imperativos como son el beneficio del tutelado, el principio de igualdad, buena fe, equidad, tutela efectiva y protección de los más débiles en un Estado de Derecho. El Ministerio Fiscal, por su parte, interesa la estimación del recurso de amparo. El Tribunal Constitucional otorga el amparo a la recurrente.

La citada sentencia es acompañada por un voto particular formulado por el magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, cuya lectura resulta muy interesante, pues aborda, con mayor detenimiento que el propio fallo, la legitimación procesal indirecta del tutor en este supuesto, señalando que el artículo 104 del Código Civil, al referirse a la legitimación de los cónyuges no incluye la palabra «exclusividad» y abordando el concepto de «acción personalísima».

² Según la SAP de Madrid (Sección 24.^a) de 26 de octubre de 2005, FJ. 1.º, «no se pueden pedir medidas provisionales previas a la demanda principal sobre materia ya regulada y resuelta con resolución firme; el régimen de visitas está tratado y convenido por las partes y aprobado dicho convenio regulador por sentencia firme de separación matrimonial; otra cosa, pero que no es el caso, es pedir medida provisional previa sobre materia no regulada anteriormente», aclarando, asimismo, que cuestión distinta es la modificación de una medida definitiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 775 LEC.

³ La no exigibilidad actual de la nota de urgencia es destacada, entre otras, por la SAP de Castellón (Sección 1.^a) de 14 de septiembre de 2001 y por la SAP de Barcelona (Sección 12.^a) de 14 de junio de 2005, así como por el Seminario «Encuentro de Jueces y Abogados de Familia: incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de familia», celebrado

los días 17 a 19 de noviembre de 2003 en Madrid, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y la Asociación Española de Abogados de Familia, en cuya conclusión 29.^a se establece: «no puede exigirse el requisito de la urgencia para admitir a trámite la petición». Como señala PÉREZ MARTÍN, A. J. (2010). «Comentario al artículo 104 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.). Madrid: Lex Nova, p. 213, «se cuestiona en la práctica si actualmente los cónyuges tienen plena libertad para solicitar las medidas previas o sigue exigiéndose una causa justificada de urgencia para la adopción de las medidas. El criterio mayoritario en la práctica judicial es que si dentro del artículo 771 LEC ya se regula la situación de urgencia, la conclusión no puede ser otra que la obligatoriedad de que el tribunal admita todas las peticiones de medidas previas que se presenten sin que tenga que valorar si existe o no urgencia para su adopción».

⁴ Para LUNA SERRANO, A. (1990). *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia* (LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ, RAMS ALBESA). Barcelona: Bosch, p. 259, tales medidas están destinadas a garantizar la conservación y gobierno de los intereses comunes de los esposos en discordia, las legítimas atenciones personales de cada uno y el cuidado de las personas y bienes de los hijos. Para el citado autor, se trata de medidas provisionales muy próximas a las cautelares, considerando que, sin dejar de tener un evidente aspecto cautelar, tienen un significado más profundo y de mayor alcance material y tuitivo, lo mismo en cuanto a la situación de los hijos que al domicilio y los bienes conyugales, estableciéndose respecto de estos últimos un sistema de goce y tenencia provisional para su duración, pero plenamente eficaz mientras rige.

Por su parte, señala VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (1993). Comentario al artículo 104 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 421, siguiendo a RIVERO, «este artículo solo requiere que se tenga la intención de demandar al otro cónyuge de nulidad, separación o divorcio, con una razón que le lleve a ello... La finalidad de esta norma parece ser la de asegurar los intereses del cónyuge y de los hijos cuando se propone demandar a otro; las medidas a las que se hace referencia deben ser solicitadas por el cónyuge interesado y se adoptarán, en principio, en beneficio del que las haya solicitado, salvo el interés de los hijos que debe ser siempre respetado».

⁵ Como explica PÉREZ MARTÍN, A. J. (2010). Comentario al artículo 104 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo (dir.). Madrid: Lex Nova, p. 209, en el artículo 102 del Código Civil el legislador entiende que «a partir de que se admita a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio las relaciones entre los cónyuges deben sufrir una modificación de forma automática y sin necesidad de que exista previa petición de parte. Los aspectos más importantes de estos efectos automáticos son la revocación de consentimientos y poderes y posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica».

⁶ Para VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (1993). Comentario al artículo 102 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 413, «los efectos que regula este artículo no se aplican en todo caso, no son de *ius cogens*, pues pueden ser sustituidos o modificados a iniciativa de los esposos por otras consecuencias o medidas que mejor atemperen a sus necesidades, como la misma norma prevé para alguno de ellos (deber de convivencia y vinculación de bienes privativos por el ejercicio de la potestad doméstica), sin que se pueda inducir una regla contraria sobre el que guarda silencio».

⁷ El artículo 90 del Código Civil ha recibido nueva redacción por parte de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁸ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (1993). Comentario al artículo 103 Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 417, quien precisa al respecto: «en este punto se observa el reconocimiento de un amplio arbitrio judicial, que no se debe confundir con arbitrariedad (ya que no está exento de límites), pues el juez, además de seguir las prescripciones que contiene este artículo, ha de sujetarse a los principios que inspiran cada una de las relaciones sobre las que puede incidir y a las normas imperativas que las regulan».

Interesante resulta, en cuanto al régimen de visitas, la SAP de Madrid (Sección 22.^a) de 13 de junio de 2014: «Téngase en consideración que los regímenes de visitas se fijan en el ámbito judicial siempre desde lo general, en aras a asegurar el mantenimiento del vínculo afectivo y apego al no custodio, siendo en todo caso de mínimos, o lo que es lo mismo, se regula lo indispensable al fin dicho, sin judicializar la totalidad de la problemática, ni hacerla extensiva a todos, a cada uno y a los más nimios detalles, y, por supuesto, en coyuntura de desacuerdo, sin que sea dable inflexibilidad que derive de quedarse en la literalidad de las palabras si concurrieran factores que justifiquen otros criterios de desarrollo, a los que ahora no se puede responder, pues dependerán en exclusiva de la casuística, debiendo en todo lo que no venga previsto, en lo que sea marginal o exceda de la sentencia, invitarse a los adultos, en situación de absoluta normalidad, pues en ninguno se aduce siquiera patología, al diálogo y consenso, alcanzando extrajudicialmente cuantos pactos consideren oportunos al respecto, en interés y beneficio de Justo y Segismundo, sus propios hijos» (FJ. 4.^o).

⁹ En el ya citado «Encuentro de Jueces y Abogados de Familia: incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de familia», los Jueces y Abogados de Familia consideraron que si el Auto de medidas se notificase en el mes de agosto, dicho plazo comenzará a contarse desde el primer día hábil de septiembre (conclusión 32.^a).

¹⁰ Sobre el cómputo del plazo se pronuncia el AAP de Navarra (Sección 2.^a) de 16 de noviembre de 1998, en su FJ. 3.^o: «considerando que, condicionada la validez y eficacia de las medidas provisionalísimas a que se interponga la demanda de separación en el plazo de 30 días, conforme a lo establecido en el artículo 104 párrafo 2.^o del Código Civil, en el presente caso no se formuló dicha demanda en el indicado plazo, por lo que *ope legis*, dejaron de existir aquellas medidas que se acordaron en el Auto de 8 de octubre de 1997.

Debe señalarse a este respecto que no puede entenderse como día inicial del cómputo del plazo de 30 días el de firmeza del Auto de adopción de las medidas, sino el de dicho Auto o el de su notificación, pues es claro que aun cuando sea recurrido dicho Auto y no firme el mismo de modo inmediato, la demanda de separación deberá interponerse en el plazo de 30 días y no desde que fuere confirmado o revocado el Auto, sino desde la adopción de las iniciales medidas, que, en otro caso, quedarían sin efecto con independencia de la fecha de la firmeza del Auto, a la que, por tanto, no debe atenderse al objeto de inicio del cómputo del plazo que nos ocupa».

Sobre la base de lo dispuesto por el artículo 133.1 LEC-2000 («Los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo, y se contará en ellos el día del vencimiento, que expirará a las veinticuatro horas»), tanto la doctrina (por todo, PÉREZ MARTÍN, A. J. (2010). Comentario al artículo 104 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo (dir.). Madrid: Lex Nova, p. 213) como los Jueces y Abogados de Familia en el Encuentro ya citado (conclusión 32.^a) se inclinan por el inicio del cómputo del plazo desde la fecha de la notificación del Auto, puesto que una notificación tardía del Auto de medidas limitaría el plazo de que disponen las partes para interponer la demanda.

Acerca del carácter improrrogable o no del plazo de treinta días, *vid.*, SAP de Tarragona (Sección 3.^a), de 11 de abril de 2002.

¹¹ En el supuesto de ser interpuesta demanda de separación, nulidad o divorcio antes de ser resueltas las medidas previas, se debería archivar este procedimiento y admitir la demanda principal.

¹² En tales casos, señala LUNA SERRANO, A. (1990). *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia* (LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA). Barcelona: Bosch, p. 259, el precepto restaura automáticamente la situación anterior, produciéndose en su caso, si no vuelven a reunirse los cónyuges que vivían aparte, una situación de separación de hecho.

¹³ AAP de Madrid (Sección 21.^a) de 20 de abril de 2004.

¹⁴ La eficacia provisional de las medidas previas se confirma en lo dispuesto por el artículo 774.3.^o y 4.^o LEC: «3. El tribunal resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas

de común acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubieran sido adoptadas, en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad.

4. En defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna».

Como señalan DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (1995). *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV. Madrid: Tecnos, p. 127, «la fase preliminar es brevísima. Fundada exclusivamente en el propósito de demandar, no debe prolongarse».

¹⁵ A nuestro entender, tal vez debiera revisarse y redefinirse el concepto «menor de edad», debiéndose distinguir legalmente entre «niño/a» y «adolescente», pues existen diferencias especialmente significativas entre uno y otro que impiden reunirlos, sin más, bajo un mismo grupo. Permítasenos apuntar como propuesta que «niños» podrían ser considerados los menores de edad hasta los 9 años, en tanto que «adolescentes» podrían serlo los chicos y chicas de 10 a 17 años. A tal idea responden, sin duda, la rúbrica de la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

¹⁶ Consideramos importante destacar que dicha Ley modificó los derechos sucesorios del cónyuge separado de hecho sobre la herencia de su cónyuge. El artículo 834 del Código Civil dispone tras la reforma de 2005: «El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de este judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora» y, por su parte, el artículo 945 del mismo Cuerpo legal, pasa a tener la siguiente redacción: «No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho».

¹⁷ Según recoge NAVAS NAVARRO, S. (2012). Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al Derecho catalán), en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 54 (BIB 2013, 14834), «actualmente, son más las uniones de pareja que se extinguen que matrimonios que se separan o divorcian y, por tanto, hay un número mayor de menores que sufren la separación de sus padres no casados entre sí» citando, para respaldar dicha afirmación, a LAING, Karen, «Doing the right thing: cohabiting parents, separation and child contact», 20 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2006, pp. 169-180, así como a Manning, Wendy D., Smock, Pamela J., Majumdar, Debarun, «The relative stability of cohabiting and marital unions for children», 23 *Population Research and Policy Review*, 2004, pp. 135-159).

¹⁸ Igualmente se prevé para la tutela, de modo que el artículo 268 del Código Civil pasa a disponer: «los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica».

¹⁹ En relación a la familia fundada sobre el matrimonio, el llamado «principio de unidad jurídica de la familia», al cual se adscribía rigurosamente nuestro Código Civil, exigía un estatuto personal único, razón por la cual resultaba más que evidente que fuera la mujer casada la que debiese sacrificar su independencia y libertad por el hecho de casarse o estar casada y seguir la condición de su marido, por ello que le viniera impuesta la nacionalidad y vecindad Civil de este, debiendo adquirir, perder, recuperar o conservar las suyas propias a expensas de las que ostentara su marido, a cuyo favor se establecía asimismo la primacía designativa del domicilio conyugal (originarios artículos 14.4, 22 y 58 del Código Civil, respectivamente).

²⁰ Sentenza della Corte di Cassazione 10 de mayo de 2005, núm. 9801.

²¹ Artículo 10.1 CE: «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

²² De un único derecho a ser protegido por los adultos (progenitores, educadores, instituciones, etc.) se ha pasado al reconocimiento explícito de derechos y libertades, como destaca

BOSISIO, R. (2005). «La percezione dei diritti nell'infanzia e nell'adolescenza. Una ricerca empirica», en *Sociologia del Diritto*, p. 137, «grazie ai nuovi orientamenti sull'infanzia, infatti, nei quali si attribuisce ai bambini un ruolo attivo nel processo di sviluppo, oggi i bambini e gli adolescenti non sono più considerati i meri destinatari del dovere degli adulti di proteggerli e di soddisfare i loro bisogni fondamentali, bensì titolari di diritti specifici».

²³ Como afirmábamos en nuestro trabajo publicado en esta misma Revista, VIVAS TESÓN, I. (2014). La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales, en *RCDI*, núm. 745, pp. 2511-2512, «basta realizar una mera lectura de algunos preceptos del Código Civil (CC) para darse cuenta del reconocimiento explícito de derechos al menor de edad en atención a su más que segura adquisición progresiva de madurez frente al llamativo silencio en relación a la persona con capacidad de obrar judicialmente modificada (a la que, suele privarse, incluso, con excesiva frecuencia y alegría en la práctica forense, de su derecho al sufragio activo, si bien, por suerte, existen cada vez son más las excepciones), como si el legislador tuviera la absoluta certeza de que no va a recuperar su plena capacidad (pese a estar expresamente prevista la revisión de la sentencia en el artículo 761.1 LEC), posibilidad esta que parece *ab initio* descartada.

Ello, a mi modesto entender, no tiene, hoy día, sentido alguno. ¿Qué justificación existe para reconocer al menor, en exclusividad, el derecho a ser oído siempre antes de adoptar decisiones que le afecten establecido por el artículo 154 Código Civil? ¿Por qué no existe una norma en nuestro Código Civil formulada en idénticos términos para la persona adulta frágil? ¿Y que los actos relativos a derechos de la personalidad del hijo menor no emancipado resulten explícitamente exceptuados de la representación legal de la patria potestad *ex* artículo 162.1 Código Civil? ¿Y qué decir del principio del interés superior del menor? ¿No debería, a estas alturas, tener reflejo en la legislación Civil el igual de importante principio del superior interés de la persona con discapacidad?».

²⁴ *Vid.*, Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

²⁵ La Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en artículo 7.2 dispone: «2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño».

Destacamos, asimismo, la nueva redacción del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, para, como afirma en su Exposición de Motivos, reforzar el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario. Sin embargo, permítasenos poner de relieve que el interés superior del menor pasa a quedar regulado en un precepto, nada más y nada menos, que de dos páginas de extensión (por otra parte, injustificadas), lo que, a nuestro entender, dificulta la interpretación y aplicación de la norma por parte del operador jurídico.

²⁶ http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf.

²⁷ *BOE* núm. 45, de 21 de febrero de 2015.

²⁸ En este sentido, PICONTO NOVALES, T. (2009). Derechos de la infancia: nuevo contexto, nuevos retos, en *Derechos y Libertades*, núm. 21, p. 59, para quien «el avance en el reconocimiento y desarrollo de mecanismos de protección de los derechos de los niños y adolescentes tiene todavía muchas tareas pendientes si se quiere pasar del reconocimiento a la efectividad de sus derechos».

²⁹ Para PICONTO NOVALES T. (2009). Derechos de la infancia: nuevo contexto, nuevos retos, en *Derechos y Libertades*, núm. 21, p. 89, «en definitiva, tenemos que el avance en el reconocimiento y desarrollo de mecanismos de protección de los derechos de la infancia y de la adolescencia aún deja muchos cabos sueltos. Carencias dramáticas que aún nos obligan a luchar por la supervivencia de muchas niñas y niños; a remover obstáculos y contextos que favorecen la violencia y la explotación contra los niños y las niñas; a eliminar la pobreza que cercena o limita su bienestar y contribuye a aumentar su vulnerabilidad; la utilización de los menores en conflictos bélicos o el desprecio absoluto de sus derechos ante los mismos;

a remover los nuevos obstáculos que impide la realización de la igualdad de niños y niñas en términos de género y entre los grupos, etc. Son todavía muchas las tareas pendientes si se quiere dar el salto real desde el reconocimiento a la efectividad de los derechos de la infancia y de la adolescencia».

³⁰ Puede consultarse en <http://www.ine.es/prensa/np927.pdf>.

³¹ FJ. 3.º del Auto del JPI núm 6.º de Valdemoro (Provincia de Madrid) de 3 de julio de 2014.

³² Como subrayan DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (1995). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV. Madrid: Tecnos, p. 135, las medidas adoptadas judicialmente tienen carácter subsidiario respecto de los acuerdos de los cónyuges. Para LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005). *Principios de Derecho Civil IV*. Madrid: Marcial Pons, p. 132, la reforma de 1981 ha acentuado el rol de la autonomía privada en esta materia y los acuerdos de los cónyuges sobre las consecuencias de la ruptura serán determinantes con carácter general.

³³ En ocasiones, como destaca LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005). *Principios de Derecho Civil IV*. Madrid: Marcial Pons, p. 132, hay Abogados que parecen más interesados en acentuar las desavenencias matrimoniales que en alcanzar un punto de relativo equilibrio y pacificación entre los cónyuges, con las lógicas consecuencias negativas para ellos.

³⁴ Téngase en cuenta que el artículo 158 del Código Civil ha recibido nueva redacción, aunque no el apartado 3.º citado, por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en concreto, dicha norma ha modificado el apartado 4.º y ha añadido los números 5.º y 6.º. Asimismo, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, norma que ha introducido el nuevo Capítulo IV bis del Título I del Libro IV de la LEC-2000, integrado por los artículos 778 *quáter* a 778 *sexies*, bajo la rúbrica «Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional».

³⁵ Según dispone el artículo 771.1 LEC, «para formular esta solicitud no será precisa la intervención de procurador y abogado, pero sí será necesaria dicha intervención para todo escrito y actuación posterior».

Resulta de interés el Auto del TSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) de 7 de febrero de 2013, acerca de una cuestión de competencia acerca del proceso de medidas provisionales previas solicitadas por el padre ante el Juzgado correspondiente al domicilio familiar, siendo el suyo otro distinto al haberse marchado de aquel: «La cuestión de competencia se suscita entre los Juzgados de 1.ª Instancia núm. 2 de Sta. Coloma de Farners y núm. 19 de Barcelona, en el proceso de medidas provisionales previas deducido por D. Teodulfo contra D.ª Emma, debiéndose significar que:

A) Las medidas provisionales previas en un proceso de familiar fueron solicitadas por D. Teodulfo, con domicilio actual, en *Vid.*, reses, partido de Sta. Coloma de Farners, contra D.ª Emma, domiciliada en Barcelona que era el último domicilio conyugal.

B) El artículo 771.1 LEC dispone que será el «tribunal de su domicilio» el Juzgado competente para conocer de las medidas provisionales previas en un proceso de familia. Se trata de un fuero no imperativo, a diferencia de lo previsto para el proceso principal, de conformidad con el artículo 769 LEC. Por tanto, ni pueden plantearse cuestiones de competencia, ni tampoco la parte deducir la correspondiente declinatoria. Ello es lógica consecuencia de la naturaleza urgente de estas medidas y su necesidad de resolución inmediata.

Refuerza esta tesis la propia redacción del artículo 771.1 LEC que establece una norma dispositiva «puede solicitar. ante el Tribunal de su domicilio» así como sus antecedentes históricos contenidos en el artículo 1881 de la LEC de 1881 derogada, y

C) No obstante, planteada una cuestión de competencia de oficio, en el presente supuesto, la necesidad de dar una respuesta inmediata a la cuestión suscitada comporta y determina igualmente que sea el Juez del domicilio familiar quien conozca del asunto.

Téngase presente que cuando el artículo 771.1 LEC aboga por la competencia de «su» domicilio se encuentra reglando los supuestos más frecuentes que se dan en la práctica judicial como son la coincidencia de ambos domicilios (el del solicitante y el conyugal) al

hallarse vinculadas estas medidas, en la generalidad de los casos, con el cese inminente de la convivencia conyugal, pero cuando el solicitante se ha marchado del domicilio familiar, se ha ausentado o lo hubiera abandonado —sea por las razones que fuere— lo natural y lógico si es el propio solicitante quien presenta las medidas previas provisionales ante el que fue el domicilio conyugal con objeto de facilitar una rápida y pronta resolución de las medidas que afectan, en el presente supuesto, a ambos cónyuges y los hijos, la respuesta, a criterio de la Sala, no es sino declarar que el Juzgado competente debe ser ante quien se presentó la solicitud que coincide con el domicilio familiar».

Acerca de un conflicto de competencia territorial, *vid.* ATS de 18 de marzo de 2015.

³⁶ Destacamos la SAP de Barcelona (Sección 12.^a) de 14 de junio de 2005, la cual estima el recurso de apelación contra al Auto del JPI que inadmitió a trámite la solicitud de la adopción de medidas provisionales previas a la separación matrimonial *ex* artículo 104 del Código Civil ante la falta de urgencia y necesidad, lo que constituye, a entender del Tribunal, una medida ciertamente desacertada, dado que la procedencia o no de la adopción de medidas tales como la guarda y custodia del menor, la fijación de un régimen de visitas y el establecimiento de una pensión de carácter alimenticio en favor del descendiente y a cargo del otro progenitor, merecían de la admisión a trámite de tal pretensión de iniciación del procedimiento del artículo 771 LEC, debiendo haber citado a las partes a la comparecencia prevista en dicho precepto. Por consiguiente, revoca la resolución apelada, si bien reconoce la escasa trascendencia, en la práctica, del resultado del recurso, dado el inicio del proceso principal de separación matrimonial en donde cabe la adopción de las medidas coetáneas del artículo 103 del Código Civil.

³⁷ Es preciso tener en cuenta que, conforme a lo establecido en la Disposición adicional primera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a partir su entrada en vigor el 1 de octubre de 2015, todas las referencias que se contengan en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como en otras normas jurídicas, a Secretarios judiciales deberán entenderse hechas a Letrados de la Administración de Justicia.

³⁸ Destacamos la alusión al intento de alcanzar un acuerdo, inciso este añadido por la Ley 15/2005, de 8 de julio y en el que se da un papel activo al órgano jurisdiccional en la mediación entre las partes, limitándose a sugerir dicha posibilidad o, incluso, proponer alguna solución concreta.

³⁹ Recuérdese que para la presentación del escrito o solicitud inicial no será preceptiva la firma de abogado ni la firma de procurador.

⁴⁰ Conforme dispone el artículo 130 LEC, en sus apartados 1.º y 2.º «1. Las actuaciones judiciales habrán de practicarse en días y horas hábiles.

2. Son días inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, y los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad. También serán inhábiles los días del mes de agosto».

⁴¹ En consonancia con lo dispuesto por el artículo 733.2.º LEC.

⁴² Nos parece todo un acierto la nueva redacción del artículo 160.2 del Código Civil por parte de Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuyo tenor literal pasa a ser el siguiente, al contemplar, expresamente, la relación entre los hermanos: «No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados...».

⁴³ De las numerosas sentencias que llaman la atención sobre el carácter todopoderoso del principio inspirador del «*favor filii*», podemos señalar las siguientes: SSTS de 31 de diciembre de 1982, 2 de mayo de 1983, 27 de marzo de 2001, 9 de julio de 2003 y 29 de abril de 2013.

⁴⁴ Como señala la SAP de Badajoz de 8 de febrero de 2006, «asimismo conviene recordar que nos encontramos en un proceso cuyo objeto fundamental es establecer medidas relativas a los hijos menores de edad de los litigantes, una vez que se ha producido la ruptura de la relación de convivencia que mantenían los progenitores. En estos casos, el básico principio dispositivo que rige en el proceso Civil, no se aplica de manera estricta, pues en definitiva, lo que está en cuestión es el bienestar de los menores y lo primordial es atender a su mejor

interés; así, en materia de prueba, el Juez puede acordar diligencias incluso no pedidas por las partes, y también, en los procedimientos de separación o divorcio que se tramitan de mutuo acuerdo entre las partes, el Juzgador tiene la posibilidad de no aprobar alguna o algunas de las medidas que, en relación con los hijos menores o incapaces, propongan los padres» (FJ. 2.º).

En este sentido, la SAP de Málaga (Sección 6.ª) de 5 de febrero de 2015: «esta Sala tiene reiterado que el carácter tuitivo y protector de los menores que posee nuestra legislación Civil, hace que dentro de su concreto ámbito no rijan los principios dispositivos, de aportación de parte y de justicia rogada, rectores de las relaciones jurídico-privadas pero inaplicables a estos supuestos, por eso, la actuación de los Jueces, en desarrollo de las funciones constitucionalmente atribuidas para la defensa y protección de los menores (arts. 29 y 124 de la Constitución), se desarrolla *ex officio* a fin de promover cuantas medidas sean necesarias en cada momento destinadas a la salvaguarda y tutela de los derechos de los menores de edad, habida cuenta precisamente de la indisponibilidad y carácter público del bien tutelado, y este carácter de la legislación española se acomoda a la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, en cuyo articulado parte del principio de que en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen, se atenderá como consideración primordial al interés superior del niño —expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto—, y en lo que se refiere en concreto a las relaciones paterno-filiales, en el artículo 18 se reconoce el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes y responsabilidad primordial en lo que se refiere a la crianza y el desarrollo del niño desde la perspectiva de que “su preocupación fundamental será el interés superior del niño”, declarando por su parte el artículo 9 que el niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño. Tales criterios se consolidan y desarrollan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, la cual previene expresamente que en su aplicación primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir» (FJ. 2.º).

⁴⁵ Como señala el AAP de Tarragona (Sección 1.ª) de 7 de febrero de 2005, en su FJ. 2.º, «el Auto en el que se fijan medidas provisionales es en sí mismo un Auto firme, pues por disposición legal expresa contenida en el artículo 771.2.2.º se excluye contra él todo recurso, lo que obliga a aplicar el artículo 207 LEC según la cual son firmes las resoluciones que no admiten recurso alguno por preverlo la ley».

Por su parte, el AAP de Zaragoza (Sección 5.ª) de 15 de diciembre de 2005, en la que se dilucidaba si la ejecución de las medidas debe cumplir lo estipulado en el artículo 548 LEC al imponer la obligación de no despachar ejecución de las resoluciones judiciales hasta transcurridos veinte días desde su notificación al ejecutado, afirma, en su FJ. 1.º: «es de entender que en los supuestos de ejecución de medidas previas (art. 771,4 de la Ley de Enjuiciamiento) o de medidas provisionales (art. 773,3) no ha de guardarse el anterior término llamado de cortesía o de espera en atención a los derechos que quedan afectados y a las singularidades del procedimiento, considerando en primer lugar lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor, al señalar que el interés de estos ha de primar sobre cualquier otro, en segundo lugar lo establecido en el artículo 738 de la Ley de Enjuiciamiento sobre cumplimiento inmediato de las medidas cautelares de cuya naturaleza participa sin duda la que se ejecuta en los presente autos por razón de su misma provisionalidad, y en tercer lugar por lo señalado en los artículos 103 y 148 del Código Civil sobre la urgencia del derecho a recibir alimentos en los procesos matrimoniales, y por lo tanto el cumplimiento de lo acordado no puede tener dilación alguna».

⁴⁶ Los conceptos jurídicos indeterminados permiten, sin duda, su adaptación a cualquier situación litigiosa, si bien exigen que nuestros jueces y tribunales sean sumamente cautelosos a la hora de interpretarlos y de llenar de contenido concreto tales términos legales para evitar que, a través de una inadecuada exégesis de los mismos, resulte desprotegido el menor de edad frente a los intereses de los adultos.

⁴⁷ Para un mayor estudio acerca de los daños en las relaciones familiares, VIVAS TESÓN, I. (2011). La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares, en *RDPat.*, núm. 26, pp. 335-347.

⁴⁸ http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.36_Extract_sp.pdf.

⁴⁹ https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/IV_15a_spanish.pdf

⁵⁰ Acerca de ella, *vid.*, SSTs de 4 de noviembre de 2013, 20 de octubre de 2014 y 10 de julio de 2015.

⁵¹ Ambos artículos han sido modificados por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ.

⁵² El artículo 433.3.º *in fine* LECrim sí contempla la posibilidad de que el juez pueda acordar la grabación de la declaración del menor.

⁵³ En este sentido, se pronuncian, entre otras, la SAP de Cantabria (Sección 3.ª) de 12 de febrero de 2004 y la SAP de A Coruña (Sección 6.ª) de 15 de marzo de 2006.

En contra, la SAP Barcelona (Sección 18.ª) de 11 de febrero de 2013 considera, en su FJ. 1.º, que la exploración del menor no es un medio de prueba y que, por consiguiente, su no traslado a las partes no produce indefensión alguna: «Al respecto cabe señalar que la exploración de menores no constituye un medio de prueba que deba ser sometida al principio de contradicción, sino una diligencia o actuación judicial que tiene como finalidad satisfacer el derecho del menor a ser oído, derecho que viene reconocido en el artículo 12 de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1989, Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de julio de 1992 (punto 8.14), Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Menores, adoptada en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, art. 6 b), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, artículo 24, entre otros instrumentos internacionales y recogido también en nuestra legislación interna, concretamente en el artículo 211-6.2 del CCC y artículo 7 de la Llei d'Oportunitats i Drets de la Infància i l'Adolescència. Se alega por el apelante la vulneración de los artículos 358 y 359 de la LEC, pero en la exploración de menores, el menor no es el objeto reconocido sino el sujeto que ejerce un derecho. Los preceptos que se alegan como infringidos no son por tanto aplicables. La regulación procesal no contempla ninguna norma que determine cómo se lleva al proceso el contenido de la exploración de un menor, lo que ha dado lugar a distintas prácticas por parte de los Tribunales. En el proceso examinado el Juez no ha documentado el contenido de la exploración pero sí ha hecho referencia a dicho contenido en la sentencia. En cualquier caso, cabe señalar que no tratándose de un medio de prueba como se ha dicho, no es necesaria su valoración por las partes litigantes, lo que conduce a considerar que no se ha producido indefensión alguna por tal actuación».

⁵⁴ Según CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª (1993). Comentario al artículo 102 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 554, «el origen de esta norma, nueva en el del Código Civil, está en los trabajos prelegislativos de 1978 en la CGC. Fundada en razones de necesidad —ya que, si no es deseable en principio la intervención judicial en la familia, puede ser necesaria a veces para salvaguardar los intereses del menor—, responde a orientaciones modernas perceptibles en el Derecho comparado».

⁵⁵ El apartado 4.º del artículo 158 del Código Civil ha recibido, recientemente, nueva redacción por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁵⁶ Precepto cuyo tenor literal, como ya se ha indicado, ha sido modificado por la reciente Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁵⁷ La intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal, según dispone el artículo 749.2 LEC. Al respecto, ha de recordarse que en tales procedimientos el Ministerio Fiscal no es parte en sentido estricto, sino un funcionario o servidor público que

está obligado a intervenir con el fin de tutelar o amparar, de manera objetiva e imparcial, los derechos de quienes carecen de capacidad de obrar y, a tal fin, ha de hacer las peticiones y apreciaciones que estime oportunas.

⁵⁸ Téngase en cuenta que, tras la Ley de Jurisdicción Voluntaria, tanto la separación como el divorcio de mutuo acuerdo pueden tramitarse extrajudicialmente ante Notario siempre que no haya hijos menores de edad ni con la capacidad judicialmente modificada que dependen de sus progenitores (arts. 82 y 86 del Código Civil).

⁵⁹ Según SAP de Madrid (Sección 20.ª) de 23 de marzo de 2015, en su FJ 3.º, el convenio regulador es un negocio jurídico innominado y atípico, que participa de la naturaleza de la transacción extrajudicial, y que se rige por las cláusulas, pactos y condiciones incorporadas al mismo, cuya validez quedará subordinada, no obstante, a que no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público (art. 1255 del Código Civil). En definitiva, nos encontramos ante un convenio que regula las relaciones económicas entre los cónyuges, y que resulta plenamente válido al regular materias perfectamente disponibles por las partes en virtud de los principios de libertad de pacto de los artículos 1255 y 1323 del Código Civil, que no requiere forma especial para su validez. Como todo convenio obliga a los contratantes, ya que el respeto a la palabra dada, «*pacta sunt servanda*», constituye el eje de nuestro derecho obligacional. Quienes celebran un contrato en ejercicio de autonomía de la voluntad, se someten a una ley privada cuyo contenido determinan (art. 1091 del Código Civil), de tal modo que, en situación de conflicto y por razones de seguridad jurídica, debe protegerse al contratante que actúa confiado en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

⁶⁰ Por todas, STS. de 22 de abril de 1997.

⁶¹ Entre otras, SSTS de 22 de abril de 1997 y 15 de febrero de 2002.

⁶² SAP de Madrid (Sección 7.ª) de 30 de septiembre de 2009 y SAP de Toledo (Sección 1.ª) de 23 de mayo de 2013.

⁶³ Según el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas —delitos leves en la nueva regulación que se introduce— viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y Civiles».

⁶⁴ Artículo 172.3.º, introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: «Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior».

*(Trabajo recibido el 9-6-2015 y aceptado
para su publicación el 17-6-2015)*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Los arrendamientos por temporada en la ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos

The seasonal Leases in the urban leases Law 29/1994 of november

por

JOSÉ MARÍA BOTELLO HERMOSA
Licenciado en Derecho. Asesor Jurídico

RESUMEN: En el presente trabajo analizaré los contratos de arrendamiento celebrados por temporada, una figura jurídica amplia cuyo perímetro conceptual no está claramente delimitado en nuestro orden jurídico al estar delimitado, de forma negativa o excluyente, respecto a otro tipo de arrendamientos urbanos: los celebrados para uso de vivienda. Para compendiarlos, delimitaré su ámbito de aplicación y los subtipos más relevantes que la componen y, asimismo, analizaré otras figuras contractuales que, aun reuniendo los parámetros de los arrendamientos por temporada, se excluyen de su regulación sometiéndose a una normativa propia cuya regulación tiende a confundirse y mezclarse con la de los arrendamientos por temporada.

ABSTRACT: *In this paper I will discuss the seasonal leases, a broad legal concept whose conceptual scope is not clearly defined in our legal order, being concreted in a negative or excluding way regarding other urban leases, held for housing use. In order to summarize them, I will first limit its scope and the most relevant subtypes that compose it. I will also discuss other contractual figures which, while meeting the parameters of leases by season, are excluded*

from its regulation applying its own stipulations whose regulation tends to be confused and mixed with seasonal leases.

PALABRAS CLAVES: Arrendamiento por temporada. Contratos. Ley de arrendamientos urbanos. Arrendamientos para uso distinto del de vivienda. Temporalidad. Edificación habitable.

KEY WORDS: *Seasonal lease. Contracts. Urban Leases Law. Leases for use other than housing. Temporality. Residential building.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LOS ARRENDAMIENTOS PARA USO DISTINTO DEL DE VIVIENDA. NOCIONES GENERALES: 1. EDIFICACIÓN. 2. DESTINO DISTINTO DEL DE VIVIENDA. 3. RÉGIMEN JURÍDICO.—II. LOS ARRENDAMIENTOS CELEBRADOS POR TEMPORADA: 1. ESPECIAL CONSIDERACIÓN EN LA NORMA. 2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. 3. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO: a) *Causa o destino primordial del contrato. La temporalidad.* b) *Objeto del contrato: ¿Edificación, o edificación habitable?* 4. LOS CONTRATOS POR TEMPORADA MÁS COMUNES: a) *De segunda residencia.* b) *Temporada académica.* c) *Vacacional.* 5. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE.—III. SUPUESTOS ESPECIALES DE ARRENDAMIENTOS DE TEMPORADA NO SOMETIDOS AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LAU: 1. CONTRATOS DE ARRENDAMIENTOS COMPLEJOS. EL CONTRATO DE HOSPEDAJE. 2. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA PARA USO TURÍSTICO VACACIONAL. 3. EL ARRENDAMIENTO VACACIONAL POR TURNO.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: LOS ARRENDAMIENTOS PARA USO DISTINTO DEL DE VIVIENDA

Para comenzar a analizar los contratos de arrendamiento por temporada debemos conocer, en primer lugar, qué son los contratos de arrendamiento celebrados para uso distinto del de vivienda, ya que aquellos constituyen un tipo «*sui generis*» de estos (art. 3.2 de la LAU).

Los arrendamientos para uso distinto del de vivienda vienen regulados en el artículo 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (en adelante LAU), que dispone: «*1. Se considera arrendamiento para uso distinto del vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior* (se refiere, obviamente, al artículo 2, que regula los arrendamientos de vivienda y cuyo destino o uso primordial es satisfacer la necesidad permanente de vivienda

del arrendatario y cuyo objeto deberá ser una edificación habitable) 2. *En especial, tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea esta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren*». Este artículo engloba, de forme negativa o por exclusión, a todos los arrendamientos urbanos que, recayendo sobre una edificación, se destinen a un uso distinto del de vivienda, es decir, que se destinen a satisfacer una necesidad permanente de vivienda del arrendatario, denominándolos como «*arrendamientos para uso distinto del de vivienda*». Realmente no es «un tipo» de arrendamiento urbano sino que, más bien, este precepto es una exposición de las peculiaridades de todos aquellos arrendamientos que no se destinan a un uso permanente de vivienda y que, además, se celebran sobre una edificación (no edificación habitable como dispone el art. 2). Asimismo, el segundo apartado del artículo 3, a modo de especial consideración, hace una mención a los arrendamientos celebrados por temporada (sea de verano o cualquier otra) y a los celebrados para ejercerse en la finca urbana arrendada una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente (en adelante los denominaré para uso comercial o industrial) herederos de los antiguos contratos sobre local de negocio y asimilados de la LAU del 64.

El artículo 3 de la LAU engloba a un conjunto de arrendamientos que utilizan para su delimitación en conjunto dos criterios diferentes: el primero, referente al objeto del contrato, indica que se celebrarán sobre una *edificación*. El segundo se refiere a que el *destino primordial* (la causa del contrato) habrá de ser uno distinto del establecido en el artículo anterior, haciendo mención especial a los que son por temporada o con una finalidad de negocio. A continuación analizaremos brevemente estos parámetros que también forman parte de los arrendamientos por temporada pero con algunas peculiaridades como veremos en el apartado II.

1. EDIFICACIÓN

Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 3 de la LAU, los arrendamientos regulados en la LAU deberán recaer sobre una *edificación urbana*. Así, el artículo 1 de la LAU, relativo a su ámbito de aplicación, regula el régimen jurídico de aquellos arrendamientos que tengan por *objeto* una «*finca urbana*» destinada (*la causa* del contrato) a vivienda (art. 2) o a un uso distinto (art. 3). Para comprender qué se entiende por finca urbana, analizaré este concepto en el contexto de la LAU, donde ni el contenido del 64 ni la de 1994 ofrecen uno¹, y del que, doctrinalmente, tampoco existe una definición jurídica precisa.

Como señalan CASTÁN y CALVILLO, el concepto de finca urbana, a efectos de encuadrar determinado arrendamiento en el área de la Ley especial, es autónomo, en el sentido de que tal concepto ha de extraerse de la propia Ley de Arrendamientos Urbanos, con entera independencia de que, a otros fines (fiscales, hipotecarios, administrativos, arrendaticios rústicos), pueda merecer el objeto arrendado otra clasificación². Por tanto, para comprender el concepto de finca urbana en el sentido que pretende la LAU, comenzaré por concretar el término «finca» y, posteriormente, su calificativo «urbana».

La RAE define «finca» como: «una propiedad inmueble, rústica o urbana»³, es decir, todo aquel «inmueble» de carácter rústico o urbano. Para conocer qué se entiende jurídicamente por «inmueble» me remitiré a lo estipulado en el artículo 334 del Código Civil apartado 1, que prescribe como bien inmueble «Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo». Esta calificación de «bien inmueble» se completa conjuntamente con lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la LAU, que rezan que los arrendamientos deberán recaer sobre una «edificación» excluyendo así del ámbito de aplicación de la Ley el arrendamiento de solares en concordancia con la doctrina común bajo la legislación anterior⁴. El legislador usa indistintamente los términos «finca» y «edificación» para referirse a la misma realidad, el objeto de los contratos de arrendamientos de la LAU, con el resultado de que más que a fincas urbanas, el ámbito de aplicación de la LAU se ciñe a las *edificaciones urbanas*, quedando por concretar aún qué se entiende por *urbana*⁵.

El calificativo de «urbana», a efectos prácticos de nuestro estudio, podemos hallarlo en el artículo 12.3 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, requiriendo su apartado a) «haber sido urbanizado en ejecución del correspondiente instrumento de ordenación», a través de las diferentes Comunidades Autónomas competentes en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda y, en particular, sobre patrimonios públicos de suelo, como competencia exclusiva atribuida a las mismas. Por tanto, para que sean urbanas deberá dictarse a través de los correspondientes planes de ordenación del territorio, es decir, que sean calificados directamente por los organismos correspondientes.

Para finalizar este apartado, haremos dos matizaciones respecto a las *edificaciones*. La primera es que una edificación no es cualquier tipo de construcción, así, por ejemplo, aunque una pared de frontón, un cobertizo, una valla, etc. son construcciones, no son sin embargo edificaciones. En sentido estricto, por *edificación* debe entenderse una construcción cerrada⁶, con techumbre que preserve al arrendatario de los incidentes atmosféricos⁷ y que sea idónea para el fin al que se destina⁸. Y la segunda es que la *edificación* que contempla el artículo 3.1 no requiere la condición de «habitabile» como sí se exigía sin embargo su predecesor de la LAU del 64 (el del antiguo local de negocio) y como

sí exige el artículo 2.1 que establece esta condición para los arrendamientos de vivienda. Esta diferencia entre ambos artículos no se puede tener como criterio para distinguir los dos tipos de arrendamientos ya que, la edificación, al ser de cualquier índole, plantea problemas para delimitar su ámbito de aplicación (como veremos en el apartado de los arrendamientos por temporada) ya que es posible que, sobre una misma edificación, se puedan constituir dos tipos diferentes de arrendamiento⁹ siendo el mismo objeto en ambos tipos sin posibilidad de diferenciarlos.

2. DESTINO DISTINTO DEL DE NECESIDAD PERMANENTE DE VIVIENDA

Constituye el segundo criterio para delimitar los arrendamientos de uso distinto del de vivienda y, como hemos expuesto anteriormente, se formula en términos excluyentes o negativos sobre los arrendamientos para uso de vivienda, como así indica el artículo 3: «*que tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior* (estar destinado a un uso permanente de vivienda (art. 2.1))».

Bajo mi punto de vista, este es el verdadero criterio diferenciador entre los arrendamientos de vivienda (art. 2) y los arrendamientos destinados a un uso distinto del de vivienda (art. 3) al disponer que, aquellos contratos que no se destinen a un uso permanente de vivienda del arrendatario, se rigen por las disposiciones del artículo 3. Es decir, el criterio que diferenciará que un contrato se rija por el artículo 2 o el 3 no será la *edificación* sobre la que recaiga el arrendamiento¹⁰ sino que, más bien, como en esos mismos artículos se recoge, el criterio que los distinguirá será *el uso* al que se destine el contrato (la causa del contrato), teniendo todas estas relaciones locativas la nota común de que no satisfacen la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. A título de ejemplo, en su segundo apartado, el artículo 3 enuncia unos destinos o usos a los que se puede consignar la edificación: «*por temporada*» o «*para uso comercial o industriales*». Esta enumeración no es de carácter cerrado, habilita a que puedan existir arrendamientos con finalidades distintas a las establecidas en el artículo 3.2 que tendrán en común que no satisfacen una necesidad permanente de vivienda y que se celebrarán sobre una edificación (excluyendo solares, garajes, etc.).

3. RÉGIMEN JURÍDICO

Estos tipos de arrendamientos se regulan, según lo dispuesto en el artículo 4 de la LAU, imperativamente por lo dispuesto en los Títulos I y IV de la LAU, por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo establecido en

el Título III de la misma norma y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

II. LOS ARRENDAMIENTOS CELEBRADOS POR TEMPORADA

Como hemos analizado en el capítulo precedente, los arrendamientos celebrados por temporada se regulan en el artículo 3 de la LAU ya que son un tipo «*sui generis*» de los arrendamientos destinados a uso distinto del de vivienda, cuyo artículo hace una mención especial a los mismos en su 2.º apartado. Se caracterizan, como todos los demás arrendamientos destinados para un uso distinto del de vivienda, por destinarse a un uso que no sea el de satisfacer la necesidad permanente de vivienda, aunque en este caso concreto, los arrendamientos por temporada, bajo mi punto de vista, se destinan a *satisfacer una necesidad temporal de vivienda* que deberá estar en unas condiciones mínimas de habitabilidad.

1. ESPECIAL CONSIDERACIÓN EN LA NORMA

Los arrendamientos por temporada tienen una especial consideración en la regulación en el artículo 3.2 de la LAU, que dispone: «*En especial, tendrán esta consideración (arrendamientos para uso distinto del de vivienda) los arrendamientos de fincas urbanas (acorde con lo expuesto anteriormente, habrá de ser una edificación urbana) celebrados por temporada, sea esta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren*».

La inclusión de estos arrendamientos en la LAU tuvo una activa tramitación parlamentaria que se refleja en las numerosas modificaciones que sufrió el primigenio proyecto de Ley ya que, en la norma predecesora, la LAU del 64, en su artículo 2.1, se excluía expresamente de su ámbito de aplicación este tipo de arrendamientos. Sin embargo, en la LAU del 94, el legislador ha optado por englobarlos dentro de su articulado conjuntamente con los arrendamientos celebrados para ejercer una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, es decir, con los antiguos arrendamientos de local de negocio que, por el contrario, sí que se incluían en el ámbito de aplicación de la normativa, concretamente en el anterior artículo 1.

El legislador ha optado por dividir el antiguo artículo 1, que se componía por los arrendamientos destinados a vivienda y por los de local de negocio, en dos nuevos artículos diferenciados, como son el artículo 2, compuesto por los *arrendamientos de vivienda*, y el ambiguo artículo 3, que engloba a *todos aquellos*

contratos destinados a un uso distinto del anterior, haciendo especial referencia a los anteriores de local de negocio y de los arrendamientos por temporada. Con esta decisión, el legislador equipara, en cierto modo, a los arrendamientos por temporada con aquellos celebrados para desarrollar una actividad empresarial, industrial, comercial, etc., decisión que ha causado perplejidad y rechazo por parte de la doctrina, como es el caso de ROJO AJURIA, que se pregunta qué tienen en común los arrendamientos de temporada con aquellos celebrados para ejercerse una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, etc.¹¹, o también YUFERA SALES, que expone que no obedece a ningún criterio lógico el incluir en la legislación especial arrendaticia los contratos de temporada¹².

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Para perfilar el supuesto de hecho de los arrendamientos por temporada seguiré el mismo proceso que el usado para conceptuar los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, esto es, de forma excluyente o en sentido negativo, delimitando su concepto en comparación con los de vivienda y con los destinados a ejercer una actividad de negocio.

Desde antiguo ha persistido el problema de deslindar los arrendamientos de vivienda y los de temporada, situación esta que, con la publicación de la LAU del 94, más que ser solventada, se ha agravado. Muestra de ello es la evolución parlamentaria que han sufrido los arrendamientos por temporada desde la presentación del Proyecto de ley inicial, en donde el que el primigenio artículo 3.2 no los contemplaba pero si su preámbulo, hasta su resultado final, donde aparecen subsumidos dentro de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda. Actualmente, el criterio usado para diferenciarlos es *el uso* al que se destina el arrendamiento (la causa del contrato): satisfacer una necesidad permanente de vivienda (art. 2) o satisfacer una necesidad que no sea permanente (art. 3). Así dicho, en comparación con los arrendamientos destinados a vivienda, los celebrados por temporada se destinan a satisfacer una necesidad temporal de vivienda, no permanente, siendo la temporalidad el verdadero criterio diferenciador de ambos tipos de arrendamientos (esta idea se desarrolla en el apartado 3 a.). Así, aunque ambos arrendamientos se destinan a satisfacer una necesidad de vivienda —*necesidad de una edificación habitable*—, la diferencia sustancial entre ambos reside en que la causa que los motiva es distinta; en unos será satisfacer una necesidad permanente y, en la de los otros, una necesidad temporal. En este sentido, entiendo que, en ambos arrendamientos, se satisface una necesidad de vivienda —*edificación habitable*— con la particularidad de que en los celebrados por temporada será para un uso temporal y en los de uso de vivienda, para satisfacer una necesidad permanente. Bajo mi punto de vista, el criterio relevante no será el tiempo por el que se pacte el contrato, sino la

finalidad a la que se destine la edificación habitable —la vivienda—, para uso permanente de vivienda, o para uso temporal.

La diferencia de los arrendamientos por temporada es más clara respecto a los arrendamientos celebrados para uso comercial o industrial. Puede dar lugar a confusión el hecho de que ambos tipos se regulen en el mismo artículo 3, haciéndonos creer que tienen los mismos requisitos y características, pero no es así. Como hemos señalado anteriormente, este artículo no define a un tipo concreto de arrendamiento independiente de los demás, sino que engloba a todos aquellos que se destinen a un uso diferente al de la necesidad permanente de vivienda que se celebran sobre una finca/edificación urbana. La diferencia entre ambos tipos reside en que los de temporada se destinan a satisfacer una necesidad temporal de vivienda (que habrá de ser habitable), mientras que los arrendamientos destinados a usos comerciales o industriales, se destinan a ejercer una actividad profesional o industrial, por lo que no satisfacen ninguna necesidad de vivienda, ni temporal ni permanente, por tanto el objeto cierto del contrato puede ser una *edificación* que no reúna los requisitos de habitabilidad.

3. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

Como es sabido, según lo dispuesto por el artículo 1261 del Código Civil, todo contrato requiere para su existencia de consentimiento, objeto y causa. En el caso de los arrendamientos urbanos, como dispone el artículo 1 de la LAU, el *objeto cierto* del contrato está formado por la finca/edificación urbana que se arrienda, *la causa* será el uso al que se destina el arrendamiento (satisfacer una necesidad permanente de vivienda o a un uso distinto) y el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la finca urbana y sobre el uso al que se vaya a destinar.

Asimismo, debe precisarse que el artículo 2, aunque se titule «*arrendamiento de vivienda*», no se está refiriendo, con el término «*de vivienda*», al objeto del contrato, es decir, no significa que los arrendamientos de vivienda son aquellos donde se alquila una vivienda sino que, el concepto «*de vivienda*», hace referencia al uso al que se destinará el arrendamiento que, en este caso, es para un *uso permanente de vivienda*. Es conveniente tenerlo presente para no caer en el error de interpretar que el artículo 2 se destina a regular todos los contratos sobre viviendas y que el artículo 3, en cambio, va dirigido a todos los demás arrendamientos realizados sobre lo que no sean viviendas.

a) *Causa o destino primordial del contrato. La temporalidad*

El artículo 2.1 de la LAU regula los arrendamientos de vivienda, y dispone que «*se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae*

sobre una edificación habitable, cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario». El artículo 3, en su apartado 1, regula los arrendamientos para uso distinto del de vivienda que «se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, re-cayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior». De la lectura conjunta de estos artículos se percibe que la principal diferencia que se dilucida entre ambos tipos es la causa que los motiva, o lo que es lo mismo, el uso al que se destinan, *satisfacer la necesidad permanente de vivienda* en los primeros, y uno distinto del establecido en el apartado anterior, es decir, un *uso diferente al de la necesidad permanente de vivienda*, en los segundos.

El hecho de que un arrendamiento se destine a un uso distinto del de vivienda no significa que ese contrato no se pueda celebrar para un uso de vivienda en sentido literal, pues el título del artículo 3 —arrendamientos para un uso distinto del de vivienda— regula jurídicamente aquellos arrendamientos que se destinen a un uso que no sea el de satisfacer la necesidad permanente del arrendatario ya que esos vienen regulado en su artículo precedente, los arrendamientos del artículo 2 —el arrendamiento de vivienda—. A lo que realmente aluden estos arrendamientos es a que se destinen a un uso que no sea el de satisfacer la necesidad permanente de vivienda o una necesidad de una primera residencia del arrendatario. Así, los arrendamientos por temporada se caracterizan por destinarse a satisfacer una necesidad temporal de vivienda (por temporada académica, vacacional, de segunda residencia, etc.). Considero que su destino primordial es, al igual que en los arrendamientos de vivienda, la satisfacción de una *necesidad vivienda*¹³, de una edificación habitable, pero, al contrario de aquellos no se trata de una necesidad permanente sino temporal. En estos términos, entiendo que el uso al que se destine el contrato será el criterio que determine el artículo al que se someten.

La hipótesis que planteo genera una cuestión fundamental para su sustento, ¿Qué se entiende por temporalidad? ¿Cómo se cuantifica? Este interrogante ya lo ha resuelto nuestro Alto Tribunal indicando reiteradamente que el requisito de la temporalidad o de la permanencia de la ocupación guarda relación no con el plazo de duración simplemente cronológico por que se pacta la duración del contrato sino con *la finalidad a que va encaminado*¹⁴. Es decir, que el verdadero criterio relevante y determinante de los arrendamientos de temporada no será, como ya hemos visto, ni su objeto ni la duración cronológica temporal del mismo¹⁵, sino la finalidad o el uso al que se destine el contrato que habrá de ser diferente al de uso permanente de vivienda¹⁶. En sentido contrario a esta concepción de la temporalidad se pronuncian, entre otros, ORDÁS ALONSO, VALLADARES RASCÓN y DÁVILA GONZÁLEZ considerando que si el plazo es inferior a un año es lógico presumir que se trata de un arrendamiento de temporada¹⁷.

Mi opinión es que la principal diferencia entre los arrendamientos de vivienda y los celebrados por temporada es *la causa* que los motiva, el fin que persiguen con la celebración del contrato, o satisfacer una necesidad permanente de vivienda o satisfacer una necesidad temporal de vivienda pero con la particularidad de que, en ambos casos, considero que deben tener el mismo objeto contractual: una vivienda que esté en condiciones de habitabilidad¹⁸. A mayor abundamiento, entiendo que, por mera comparación terminológica, si se cotejan los arrendamientos de viviendas con los de temporada, específicamente con *los arrendamientos de segunda residencia*, se deduce que, si existe un tipo de arrendamiento «*de segunda residencia*», obligatoriamente habrá de existir otro tipo de arrendamiento «*de primera residencia*» que viene representado por los arrendamientos de *vivienda* del artículo 2¹⁹. Por consiguiente, ambas modalidades deberán tener el mismo objeto del contrato, una vivienda habitable capaz de satisfacer tanto la necesidad de primera como de segunda residencia. Me parece incongruente que para los arrendamientos que se destinen a vivienda se imponga por Ley la obligación de que la edificación sea habitable pero no así en los casos en que se destine a un uso temporal. A título de ejemplo, si una pareja quisiera arrendar una vivienda, en el caso de que la destinen para satisfacer la necesidad de *primera residencia* la Ley exige que esta sea habitable, sin embargo, si en lugar de a primera residencia quisieran arrendarla para destinarla a ser una *segunda residencia*, la exigencia de habitabilidad ya no es imperativa y, por ende, no se impone esa obligatoriedad. Por este motivo entiendo que ambos tipos de arrendamiento comparten el mismo objeto contractual, una vivienda en condiciones de habitabilidad, que será destinada a satisfacer una necesidad de vivienda que, dependiendo del caso, será de carácter temporal o permanente.

b) *Objeto del contrato: ¿Edificación, o edificación habitable?*

El artículo 2 de la LAU dispone que el objeto de los arrendamientos de vivienda deberá ser una edificación habitable: «*se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable, cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario*». Y, sin embargo, en el artículo 3.1 dispone que los arrendamientos para uso distinto del de vivienda recaerán sobre una edificación sin el requisito de habitable²⁰: «*se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior*».

Como ya se ha desarrollado, el elemento principal que distingue estos arrendamientos es, «*de facto*», el destino primordial —o el uso— al que se destina pero, «*de iure*», la redacción de estos artículos nos muestra que el objeto del contrato es distinto. Se dispone que, los arrendamientos de vivienda recaerán

sobre una «*edificación habitable*» mientras que en los arrendamientos celebrados por temporada (art. 3), deberán celebrarse sobre una «*edificación*» sin el calificativo de habitable. Pudiera parecer que, de este modo, la hipótesis que anteriormente expuse (arrendamientos de vivienda y los celebrados por temporada tienen en común el mismo objeto del contrato, una edificación habitable) no se sustente debido a la supresión del adjetivo *habitable*, pero entiendo que no es así. Considero que el hecho de que se suprima el adjetivo «*habitable*» en el artículo 3 se debe a un motivo puramente clasificatorio por parte del legislador. Tenemos que recordar que el artículo 3, en su apartado 2, además de regular los arrendamientos por temporada, también incluye los arrendamientos destinados a ejercer una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, etc. (los arrendamientos de local de negocio), siendo este el principal motivo por el que entiendo que el legislador, con la pretensión de acordar *un objeto* del contrato compatible con esos tipos de arrendamientos, optó por incluir únicamente el término «*edificación*» suprimiendo el calificativo de «*habitable*». Con esta decisión, el legislador puede incluir en una misma categoría dos tipos diferentes de arrendamiento.

A *sensu contrario*, si se exigiera que el contrato se celebrase sobre una «*edificación habitable*», como se hace en el artículo 2, sí existiría un límite a su ámbito de aplicación ya que aquellas edificaciones que no estén en condición de ser habitadas no se podrían englobar en esta categoría por no cumplir tal exigencia. El hecho de que no se exija la *habitabilidad* no supone ni una barrera ni ningún impedimento a que a los arrendamientos de temporada sí que se les debiera exigir (aunque fuese por jurisprudencial) el requisito de que la edificación sobre la que se celebrase debiera reunir las condiciones de habitabilidad en las mismas condiciones que a los arrendamientos del artículo 2. Este es el motivo por el que entiendo que solamente aparece el término «*edificación*» como el *objeto* de los arrendamientos por temporada sin la exigencia de la habitabilidad, creando así la duda acerca de si los arrendamientos del artículo 3.2, concretamente los celebrados por temporada (segunda residencia y los celebrados por temporada), podrían tener por objeto una edificación sin la condición de habitabilidad.

A mayor abundamiento, entiendo que por respeto a cualquier ser humano, la edificación que se arrienda para ser habitada, ya sea para uso permanente o temporal, ha de ser habitable. De lo contrario, se podría aludir que estos arrendamientos no son conformes al *uso* al que se destinan²¹ (ser habitadas), pues no satisfacen la necesidad de vivienda la que un individuo o una familia desarrollen con normalidad y dignidad la intimidad de la existencia. A título de ejemplo, tengamos en cuenta el supuesto de hecho en el que una familia alquila una vivienda para 2 meses de vacaciones y que, al día que entran, no se encuentra en las mínimas condiciones de habitabilidad imposibilitándoles disfrutar del inmueble con la normalidad que cabría esperarse. De seguir una

interpretación literal del artículo 3, se «estaría cumpliendo» con lo dispuesto en la norma y el objeto del contrato sería conforme a la LAU ya que sería una edificación, sin importar la condición de habitabilidad. Pero en este supuesto, la realidad fáctica es que no se cumpliría con *la causa o destino* que motivó la celebración del contrato, esto es, para disfrutar temporalmente de una edificación habitable en la que desarrollar la intimidad de la existencia con total normalidad, adecuación y dignidad. Entiendo que el contrato no respetaría la causa o destino al que se destina y, por tanto, no debería considerarse válido (aunque, como ya he indicado, ciñéndonos a lo establecido en la LAU, sería legal y conforme a derecho). Este supuesto de hecho no estaría conforme a lo dispuesto en el Título VI (Del contrato de arrendamiento), Capítulo Segundo Sección Segunda (De los derechos y obligaciones del arrendador y arrendatario), cuyos artículos 1554. 2.º y 3.º establecen que el arrendador «*está obligado a hacer en ella* (en la cosa objeto del contrato, es decir, en la edificación) *durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, y a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato*», seguido del 1555. 2.º, que añade que el arrendatario está obligado a «*A usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra*». De esta lectura se desprende que, si se acuerda un arrendamiento de una vivienda con el fin de pasar en ella unas vacaciones, el arrendador tiene la obligación de que la edificación esté en las condiciones adecuadas para servir a ese uso al que se destina garantizándole el uso pacífico del arrendamiento, obligación relacionada con la del arrendatario que debe de destinarla exclusivamente para el uso que se pactó, es decir, no dedicarla a otros usos diferentes como por ej. llevar a cabo una actividad empresarial. Por tanto, este contrato no sería conforme al Código Civil, y considero que, no exigiendo la habitabilidad del objeto de los arrendamientos por temporada, se estaría dejando en una posición de vulnerabilidad y falta de protección total a los arrendatarios. Se podría generar un clima de inseguridad jurídica y se conseguiría un resultado inverso al perseguido por esta norma: el fomento del mercado inmobiliario en nuestro país.

Desde el punto de vista del *objeto* del contrato relaciono los arrendamientos de vivienda con los arrendamientos celebrados por temporada (no con los arrendamientos para local de negocio), pues ambos deberían acordarse sobre una edificación habitable ya que, aunque el título que lo regula da lugar a confusión (*arrendamiento para uso distinto del de vivienda*), *la causa* que los fundamenta es una necesidad temporal de vivienda y necesita de una edificación habitable para satisfacerse pues es precisamente la causa del contrato la que, bajo mi criterio, fundamenta la diferencia principal entre estos dos tipos de arrendamientos: satisfacer la necesidad de una vivienda habitable de forma permanente o para un uso temporal.

A modo de recapitulación, opino que tanto los arrendamientos de vivienda (art. 2) como los celebrados por temporada (art. 3.2), cuya diferencia es la *causa* (el uso o el destino para el que se lleve a cabo el contrato), deberían celebrarse sobre una *edificación habitable*. Entiendo que tienen en común el *objeto* del contrato que, según el tipo de arrendamiento, se destinará a satisfacer una necesidad PERMANENTE de vivienda en el primer caso, o una TEMPORAL en el segundo. Sin embargo, en el caso de los arrendamientos destinados a unos usos diferentes a los de vivienda, como podrán ser los comerciales, industriales, etc., también recogidos en el apartado 3.2, sí que podrán tener como objeto una «*edificación*» sin la exigencia de la habitabilidad.

Según la LAU de 1994, es así como, de forma sintética e ilustrativa, quedan clasificados los Arrendamientos Urbanos:

Clasificación de los Arrendamientos Urbanos según la LAU 1994.		
(Arrendamientos)	CAUSA	OBJETO
De vivienda (art. 2)	Necesidad PERMANENTE de vivienda	Edificación HABITABLE
Para usos distintos del de vivienda (art. 3)	Necesidad TEMPORAL de vivienda (de temporada o de segunda residencia)	Edificación
	Ejercer una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente	

Sin embargo, según la teoría que planteo, la clasificación de los Arrendamientos Urbanos sufriría una pequeña modificación y se quedaría de la siguiente forma:

Clasificación de los Arrendamientos Urbanos según mi hipótesis.		
(Arrendamientos)	CAUSA	OBJETO
De vivienda (art. 2)	Necesidad PERMANENTE de vivienda	Edificación HABITABLE
Para usos distintos del de vivienda (art. 3)	Necesidad TEMPORAL de vivienda (de temporada o de segunda residencia)	
	Ejercer una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente	Edificación

4. LOS ARRENDAMIENTOS DE TEMPORADA MÁS COMUNES

Las diferentes acepciones y nombres que recibe el arrendamiento por temporada pueden generar confusión al pensar que, si existen diferentes tipos, pudieran tener un ámbito de aplicación y una regulación normativa distinta. Nada más lejos de la realidad. El hecho es que, una misma figura jurídica, el arrendamiento por temporada (diferenciada de otros arrendamientos que también se destinan a un uso distinto del de vivienda, como pudieran ser los celebrados para industria, o para llevar a cabo un negocio, etc.), recibe diferentes acepciones en función de la causa-origen que dé lugar a la celebración del contrato. Este hecho no significa que estas nociones constituyan «*per se*» diferentes tipos de arrendamientos con características diferentes entre ellos, sino que tan solo son formas diferentes de denominar al mismo tipo contractual, el contrato de arrendamiento temporal. Dependiendo de la causa «origen» del mismo, se le denominará de una forma u otra en función de la misma.

a) *De segunda residencia*

Entiendo que esta acepción del arrendamiento por temporada se origina por mera comparación terminológica con los arrendamientos de vivienda que se destinan a satisfacer la necesidad permanente de una vivienda (art. 2 LAU), es decir, a satisfacer la necesidad de su primera residencia. Si existe un tipo de arrendamiento que se destina a satisfacer la primera residencia del inquilino, por contraposición, deberá existir otro que se destine a satisfacer una necesidad de segunda residencia.

A partir de este punto, en el supuesto de que un arrendatario, con la necesidad permanente de vivienda satisfecha, celebre un arrendamiento de alguna vivienda, el uso al que se debería destinar debería ser uno diferente del de satisfacer la necesidad permanente/primer de vivienda. Debería tener como destino un uso temporal de vivienda, o lo que es lo mismo, un uso de segunda residencia, ya que la necesidad permanente de vivienda se encuentra ya satisfecha con el primer arrendamiento. A título de ejemplo, podríamos comentar el supuesto de una persona que, habiendo encontrado trabajo en una ciudad diferente a la suya, una vez trasladado y habiendo satisfecho su necesidad permanente de vivienda, le gustaría poder regresar a su entorno a ver a su familia y, para ello, arrienda otra vivienda en su ciudad natal. En este supuesto, el sujeto celebraría un arrendamiento de segunda residencia ya que la necesidad permanente de vivienda o de primera residencia la satisface en la nueva ciudad en la cual tiene su residencia habitual. Otro ejemplo podría ser el supuesto en el que un trabajador fuese trasladado a otra ciudad por motivos laborales para un tiempo predeterminado con el fin de desempeñar una tarea concreta, volviendo a su

puesto natural tras la finalización de la misma. En este caso, el contrato que celebrase en la ciudad de destino sería un arrendamiento temporal, un arrendamiento de segunda residencia celebrado únicamente por el tiempo de duración del trabajo. Se trataría de una necesidad temporal de vivienda, únicamente por el tiempo que durase ese trabajo, ya que la necesidad permanente estaría ya cubierta con su domicilio presente.

En conexión con estos ejemplos, situamos el artículo 7.1 de la LAU que indica que en los supuestos en los cuales el arrendatario deje de tener en la finca arrendada su vivienda permanente, esta no dejará de servir al uso de vivienda permanente al que se destinó en los casos en que permanezcan en la misma su cónyuge no separado legalmente o de hecho o sus hijos dependientes.

b) Por temporada académica

Este concepto de arrendamiento por temporada, al igual que todos los arrendamientos destinados a un uso distinto del de vivienda, tampoco satisface una necesidad permanente de vivienda.

Esta acepción proviene, obviamente, de la causa que lo motiva, la necesidad temporal de una edificación habitable prescrita por una temporada académica. Este concepto engloba aquellos arrendamientos cuya causa original sea por motivos académicos sin importar la duración pactada para el contrato, sino la duración del periodo académico que genera causa de celebración del mismo. Así, el ejemplo tipo se da cuando un estudiante se traslada a otra ciudad para llevar a cabo sus estudios y necesita una vivienda durante ese periodo, viéndose en la obligación de llevar a cabo un arrendamiento para poder vivir allí durante el tiempo que dure el curso. En esos casos se celebran contratos de arrendamiento por temporada académica, habitualmente de septiembre a principios de julio.

El dato determinante de que el contrato sea temporal no lo determinará el plazo que las partes acuerden en el contrato, sino la causa que genera que se celebre ese acuerdo: realizar los estudios académicos. La causa será la necesidad temporal de una vivienda por el tiempo que dure el curso y el objeto deberá ser una edificación habitable que sirva para el uso al que se destina, habitar en ella.

c) De temporada vacacional

Como su propio nombre indica, esta calificación la reciben aquellos arrendamientos por temporada que se celebren por periodos vacacionales, generalmente durante los meses de verano e invierno. La causa que origina estos contratos es la de disfrutar, durante un tiempo predeterminado, de unas vacaciones, para lo cual se genera una necesidad de vivienda —de una edificación

habitable— que permita que la finalidad del contrato (disfrutar de unas vacaciones) se lleve a cabo con normalidad. Piénsese, a título de ejemplo, en una familia que desea pasar una quincena en alguna localidad de la costa y alquila una vivienda. En estos casos, donde no se satisface la necesidad permanente de vivienda, el contrato de arrendamiento, denominado «por temporada vacacional», entiendo que deberá celebrarse sobre una edificación habitable por el hecho de que se destina a satisfacer una necesidad temporal de vivienda, para una época estival.

Como posteriormente veremos en el apartado III, esta acepción de los arrendamientos por temporada presenta grandes similitudes con otro tipo de arrendamientos, también celebrados por temporada, que se rigen por una normativa especial propia, planteándonos dudas y generando confusión en cuanto al deslinde de su ámbito de aplicación entre la LAU y su normativa específica.

5. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

Al igual que el resto de arrendamientos que se destinan a un uso diferente del de satisfacer una necesidad permanente de vivienda, los arrendamientos por temporada se regularán por lo dispuesto imperativamente en los Títulos I y IV de la LAU, por lo acordado *inter partes* y, en su defecto, por el Título III de los arrendamientos para unos distinto del de vivienda (excepto los arts. 32, 33 y 34, vinculados a los arrendamientos «de local de negocio») y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

En primer lugar, se someten imperativamente a lo dispuesto en los Títulos I y IV, cuya consecuencia más relevante es, en caso que así lo determinen la comunidad autónoma, la obligatoriedad del depósito de una fianza de 2 mensualidades de la renta en un registro de la Comunidad Autónoma (art. 36). Este requisito resulta algo excesivo para este tipo de arrendamientos ya que, por lo general, suelen ser por temporadas cortas y esta exigencia parece ilógica en comparación con la de los arrendamientos de vivienda a los que se les requieren únicamente una mensualidad.

Además, los arrendamientos por temporada, se caracterizan por la amplia libertad de pacto de la que gozan las partes del contrato para acordar aquello que estimen convenientes. En defecto de acuerdo, se aplicará lo dispuesto en el Título III como sucede en el caso del derecho de adquisición preferente del arrendatario (al art. 31, que se remite al 25), que se aplicará en el caso en que las partes no establezcan explícitamente lo contrario.

Finalmente, y de forma supletoria, se someterá a lo dispuesto por el del Código Civil, concretamente a lo dispuesto en los Títulos II y VI, normativa de contratos y, específicamente, del contrato de arrendamiento.

III. SUPUESTOS ESPECIALES DE ARRENDAMIENTOS DE TEMPORADA NO SOMETIDOS AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LAU

Existen determinados arrendamientos por temporada que, a pesar de reunir los elementos esenciales de estos contratos, no se regulan por la LAU sino a través de una normativa propia, generalmente aprobada por motivos de políticas económicas dando como resultado, en muchos casos, a una situación confusa e imprecisa en cuanto al *ius cogens* de los mismos. A continuación, analizaremos los tipos más relevantes.

1. ARRENDAMIENTOS COMPLEJOS. EL CONTRATO DE HOSPEDAJE

En primer lugar, y como aspecto común a los siguientes tipos de contratos, analizaremos los conocidos como «*arrendamientos complejos*» que tanta confusión generan en cuanto a su regulación jurídica y dentro de los cuales se engloban, además de muchos otros, los contratos de hospedaje.

Los contratos de arrendamientos complejos pueden dar lugar a confusión y hacernos pensar que son un tipo de arrendamientos regulados en la LAU, como pudieran ser los arrendamientos de vivienda o los celebrados por temporada, pero la realidad es distinta. Se trata de un contrato atípico, es decir, carente de una regulación legal propia que no se regula por una normativa concreta. Se trata de un concepto jurídico elaborado por la doctrina²² para referirse a unos tipos de contratos que, en base al artículo 1255 del Código Civil, se constituyen unificando una serie de contratos de diversa naturaleza jurídica que orbitan alrededor de un arrendamiento urbano, configurando entre todos ellos un único contrato «complejo» precisamente por esa pluralidad de contratos regulados por diversas normativas. Esto es, se forman a partir de un arrendamiento urbano en torno al cual orbitan otra serie de acuerdos bilaterales conectados al primero y que se rigen cada uno por una normativa específica, conformando entre todos ellos un nuevo contrato único por un precio cierto, planteando la duda acerca de cuál de todas esas normativas le será aplicable a este contrato único. Esta confusión hace que la doctrina se decante por excluirlos de la LAU.

Así visto, nuestra jurisprudencia define el contrato de arrendamiento complejo como aquel que está constituido por un conjunto de negocios jurídicos bilaterales combinados, pactos lícitamente contraídos según el artículo 1255 del Código Civil, y que por su naturaleza principal y características, no constituyen un arrendamiento simple o corriente, sino que aparecen investidos de una complejidad que determina que no puedan ser incluidos todos sus aspectos en el cauce del régimen jurídico simple y sencillo del contrato de arrendamiento de establecimiento industrial²³. Señala nuestro Alto Tribunal, a su vez, que supone el establecimiento a cargo del arrendatario de prestaciones que no son

propias y específicas de la relación arrendaticia, o complementarias de ella²⁴, sentenciando que es doctrina jurisprudencial superada el hecho de que cuando un arrendamiento disponga de una serie de prestaciones accesorias no se regirá por la LAU al ser considerado como un arrendamiento complejo²⁵.

En cuanto a lo dispuesto por nuestra Doctrina, CASTÁN TOBEÑAS²⁶ considera que los arrendamientos complejos, mixtos o irregulares caen fuera del ámbito de la legislación especial de arrendamientos urbanos, y se hallan sujetos a las normas sustantivas —y procesales— establecidas en la legislación civil, común o foral, que le sean, respectivamente, aplicables. Este criterio, no expresado directamente por la LAU, pero establecido sin titubeos por el TS, de aplicarse, como advierte la STC de 29 de mayo de 1950 y 6 de octubre de 1953, con la máxima cautela y la más absoluta y estricta objetividad para evitar el peligro de que, por viciosas y poco meditadas interpretaciones, llegue a desvirtuarse la elevada finalidad social que la ley especial persigue. Continúa este autor indicando que estos contratos se pueden celebrar en virtud del artículo 1256 del Código Civil y que, para su existencia, requieren de 3 requisitos: a) ha de ser un *contrato único*: ha de ser un contrato unitario y no de una unión o pluralidad de contratos típicos, b) ha de tener prestaciones típicas del arrendamiento de cosas: indica que la *finalidad arrendaticia* ha de ser el elemento prevalente o principal, han de ser dominados por la finalidad arrendaticia y c), tener *interferencia de prestaciones principales* de otra especie a tenor de la STC de 21 de abril de 1951, que con el uso y el precio se entremezclen figuras jurídicas distintas o cláusulas principales que desborden el área del simple arrendamiento. Indica CASTÁN que la coordinación de prestaciones propias del arrendamientos, y otras de diferente naturaleza puede multiplicarse en la práctica hasta el infinito, dada la amplitud del principio de autonomía contractual consagrado en el artículo 1255 del Código Civil dentro de esta variedad. Este autor entiende que, estos contratos mixtos los distingue la doctrina en 3: combinados (hospedaje), mixtos en sentido estricto y contratos de doble tipo. En cuanto a los contratos combinados (dentro de los cuales deben subsumirse los de hospedaje), entiende que están integrados por aquellos contratos en virtud de los cuales una de las partes se obliga a varias prestaciones principales, que corresponden a distintos tipos de contratos, mientras que la otra parte promete una contraprestación unitaria. En este sentido, el contrato de hospedaje, como parte de este grupo, es aquel por el que una persona se obliga a prestar a otra alojamiento y, cuando menos, los servicios complementarios de vivienda, mediante un precio. Finaliza CASTÁN argumentando que aunque es muy discutida la naturaleza jurídica de este contrato, cree que debe prevalecer la tesis de su carácter complejo en todo caso. En virtud de este carácter complejo, el hospedaje se hallaría excluido del ámbito material de aplicación de la LAU.

En definitiva, los contratos de arrendamientos complejos, y por lógica los contratos de hospedaje, al recaer sobre un contrato principal de arrendamiento sobre el cual se dan otras prestaciones adicionales de carácter principal, aunque

reúnan los requisitos para incluirse dentro de los arrendamientos del artículo 3 de la LAU, el carácter temporal del arrendamiento y que no se destina a satisfacer la necesidad permanente del individuo, se diferencian de los contratos de arrendamientos por temporada y se excluyen del ámbito de aplicación de la LAU por la existencia de otros contratos accesorios y principales que dotan a ese arrendamiento de una complejidad en cuanto a su regulación.

2. ALQUILER DE VIVIENDAS PARA UN USO TURÍSTICO

La primera referencia administrativa a este tipo de relaciones contractuales la encontramos en la Orden de 17 de enero de 1967, sobre Ordenación de apartamentos, bungalós y otros alojamientos similares de carácter jurídico que ya advertía en su preámbulo sobre la diferencia de estos contratos de alojamiento turístico respecto a los arrendamientos urbanos regulados en la LAU del 64; *«No puede, por tanto, confundirse la prestación de alojamiento turístico con el simple arrendamiento de una vivienda amueblada, conforme al artículo segundo de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, por cuanto en ese último caso se trata de la transferencia del uso temporal y oneroso de una vivienda, sin que el arrendador se obligue a prestar ningún servicio ni a realizar actividad alguna en beneficio del arrendatario mientras que en el primero lo característico es el conjunto de asistencias que recibe el cliente de la Empresa desde el momento mismo de la ocupación del alojamiento, no desvirtuando su naturaleza el que se presten todos o solamente algunos de los servicios que en la propia Ordenación se mencionen»*. Esta normativa ya diferenciaba entre el «*alojamiento turístico*» y el simple «*arrendamiento de una vivienda amueblada*», centrando la nota diferencial de ambos en la prestación de servicios adicionales a través de un empresario, conformándose un tipo de contrato de arrendamiento complejo pero regulado por esa normativa específica.

Posteriormente se publica una nueva normativa que tratará estos arrendamientos desde el punto de vista básicamente administrativo y que modificará a la anterior en lo relativo a los apartamentos turísticos²⁷ y viviendas turísticas vacacionales²⁸, el Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre de Ordenación de apartamentos turísticos y viviendas turísticas vacacionales²⁹, en el cual se hace distinción entre ambos tipos haciendo hincapié en que en el primero se ofrece empresarialmente (no por un particular) en alquiler de modo habitual y debidamente dotado de mobiliario, equipo, instalaciones y servicios para su inmediata ocupación por motivos turísticos o vacacionales, mientras que en la segunda, por el contrario, podrá tratarse de cualquier vivienda que con independencia de sus condiciones de mobiliario, equipo, instalaciones y servicios, se ofrezca en régimen de alquiler por motivos vacacionales o turísticos, es decir, un simple arrendamiento temporal de una vivienda realizado entre particulares.

Con estos antecedentes, tras la entrada en vigor de la nueva LAU de 1994, la doctrina se divide entre los que consideran que con la LAU se deroga parcialmente la anterior normativa en aquello en que hubiera contradicción³⁰, y los que consideraban que no, los que opinan que ambas normativas no eran incompatibles y que era posible el mantenimiento de ambos regímenes por ser independientes entre sí y por tener ámbitos de aplicación diferentes³¹. Coincido con la última postura, y para ello me fundamento en que la anterior normativa regula un tipo específico de arrendamiento que se engloba dentro de los denominados «*contratos complejos*» en los que, además de que se exige que el arrendador ha de ser un «empresario» definido en la propia norma, deben prestarse unos servicios adicionales y principales al de la vivienda, formando, en conjunto, un único «*contrato de arrendamiento complejo*», siendo estos excluidos del ámbito de aplicación de la LAU que no los prevé (como anteriormente hemos comentado), al igual que sucedía con los contratos de hospedaje. Es decir, que esta norma regula administrativamente un tipo concreto de actividad, el de la vivienda turística vacacional que se llevará a cabo mediante un contrato de arrendamiento temporal, destinado a un uso diferente del de satisfacer una necesidad permanente de vivienda, con unos servicios adicionales que conforman en conjunto un *contrato de arrendamiento complejo*.

Por este motivo entiendo que, además de que estos contratos no están afectos al ámbito material de la LAU, esta norma tampoco deroga el Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, puesto que ambas normas regulan dos supuestos de hecho diferentes con ámbitos de aplicación diferentes.

Tradicionalmente, el arrendamiento temporal de viviendas para uso turístico y por periodos concretos, sin la prestación de servicios complementarios al arrendamiento (limpieza, seguridad, recepción, cajas fuertes, etc.) que son típicos de los contratos de hospedaje (excluidos de la LAU), como puede ser a título de ejemplo, el tradicional alquiler de una vivienda en la playa llevado a cabo entre dos particulares, se ha sometido al artículo 3.2 de la LAU en calidad de arrendamiento por temporada vacacional pero, como hemos dicho, ha sido tradicionalmente.

En la actualidad, esta situación se ha visto modificada tras la reforma de la LAU con la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas que introduce un nuevo apartado (e) al artículo 5 (arrendamientos excluidos) indicando que «*la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediata, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial*». Quiere decir este nuevo apartado que, los arrendamientos por temporada vacacional, para ser excluidos de la LAU y someterse al resto de la normativa estatal y a las disposiciones de su Comunidad Autónoma (sobre la actividad de turismo), deben reunir las siguientes circunstancias:

— Que exista una *cesión temporal* de uso de la *totalidad de la vivienda*

Este apartado hace referencia a los arrendamientos del artículo 3, es decir, a los destinados a un uso diferente del de vivienda y, concretamente, a los arrendamientos celebrados por temporada. En este sentido cabría plantearse qué sucede entonces en los supuestos que el objeto del contrato sea una única habitación, es decir, un contrato de arrendamiento de habitación (CAH), ¿Qué sucedería entonces? ¿Se excluiría también de la LAU? Mi opinión al respecto es que los CAH se excluyen en todo caso de la LAU y ni este ni ningún otro precepto de la LAU afectarán a los contratos cuando se celebren únicamente sobre una habitación³². Y desde la perspectiva contraria, ¿Qué sucede en aquellos casos en los que se celebre un arrendamiento de una vivienda para un uso vacacional pero el arrendador se reserve un derecho a utilizar una única habitación dentro de la misma, es decir, que se alquile la vivienda completa excepto una sola habitación reservada para uso personal del propietario? En estos casos, también considero que estos arrendamientos se excluyen del ámbito de aplicación de la LAU ya que no se celebran sobre la totalidad de la vivienda como expresamente indica este precepto «*cesión temporal de uso de la totalidad de la vivienda*» y, a mayor abundamiento, porque igualmente considero que los arrendamientos de vivienda cuando son parciales, también se excluyen del ámbito de aplicación de la LAU y se deben someter igualmente a lo establecido *inter partes* y, supletoriamente, a lo dispuesto en el Código Civil³³.

— Que la vivienda esté *amueblada y en condiciones de uso inmediato*

En sentido negativo, el alquiler de una vivienda que no esté amueblada ni en condiciones para ser destinada a uso turístico no estará excluida de la LAU. Este apartado excluye los locales de negocio que, generalmente, se alquilan vacíos para desempeñar en los mismos actividades comerciales e industriales. Con este apartado, el Legislador diferencia sutilmente entre los tipos de arrendamiento regulados en el artículo 3 sobre los que hace especial referencia: los celebrados por temporada y los de local de negocio. Así, mediante la nota de la temporalidad del contrato, reduce el ámbito de aplicación únicamente a los arrendamientos regulados en el artículo 3 (los celebrados para un uso distinto del de vivienda), y con la exigencia de que esté en condiciones de uso inmediato y que esté amueblado, prácticamente está descartando a los destinados a usos comerciales o industriales.

— Que sea *comercializada o promocionada en canales de oferta turística*

Por canales de oferta turística podemos entender las agencias de viaje, las inmobiliarias especializadas en turismo, a través de internet... No en

cambio, cuando se concierte directamente por el arrendador y el usuario turístico (supuesto poco realista hoy en día). Este apartado se puede entender como una medida clara de carácter político para enfrentar, preventivamente, al auge de los arrendamientos de viviendas de uso turístico que se viene produciendo en el último lustro gracias a las plataformas online o webs 2.0 y que reflejan una nueva realidad y un nuevo reto jurídico. Con esta medida el legislador estatal cede al autonómico «el testigo» para que sea él, a través de las competencias que tiene cedida por la Constitución en materia de turismo, quien regule esta actividad y que sea quien, asimismo, asuma el conflicto que se deriva de estas prácticas entre los lobbies hoteleros y los particulares que arriendan.

— Que se realice con *finalidad lucrativa*.

Este requisito no presenta dudas al respecto ya que si fuera gratuito sería un contrato de comodato.

— Que esté regulado por un *régimen específico derivado de su normativa sectorial*.

Es decir, que desempeñe una actividad que esté regulada específicamente por la Comunidad Autónoma, en el mismo sentido que lo apuntado en el tercer guión. Bajo mi punto de vista, este es el parámetro más relevante de todos porque, además de que los otros requisitos suelen ser comunes generalmente a todos los contratos celebrados por temporada, será el que realmente determine si estos arrendamientos por temporada (que reúnan el resto de requisitos) se regulan por la LAU o se excluyen de la misma. Para que se puedan excluir es requisito «*sine qua nom*» que la Comunidad Autónoma haya legislado sobre el turismo y, de forma específica, regule administrativamente las actividades mencionadas, ya que no bastará con que únicamente regule el turismo de forma general pues, como este mismo apartado indica, ha de estar regulado por un régimen específico.

Haciendo una lectura detenida de este apartado e) comprobamos que no se está excluyendo de la LAU a aquellos arrendamientos por temporada vacacional ni prohibiendo que se sometan a su ámbito de aplicación, sino que está anunciando que, cuando en un arrendamiento celebrado por temporada se den todas y cada una de las circunstancias mencionadas, solo entonces, esta relación contractual quedará excluida de la LAU. Asimismo, tampoco implica que se haya creado un nuevo tipo de arrendamiento de uso turístico por la normativa sectorial de la Comunidad Autónoma ya que, según el artículo 148.1. 8.º y lo sentenciado por nuestro Tribunal Constitucional, la regulación de las condiciones generales de contratación o de las modalidades

contractuales corresponde al legislador estatal y que, todo aquello que afecte al contenido contractual, es competencia estatal³⁴. Consecuentemente, y en relación con el artículo 148.1. 18.º que atribuye la competencia a las CC.AA. en materia de «*promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial*», la normativa sectorial autonómica podrá regular, de forma específica, cuáles son las actividades que se consideran como «*de uso turístico*» y los aspectos y criterios que habrán de llevarse a cabo. Estas medidas podrán consistir en definir cuáles son las actividades destinadas al uso turístico, los requisitos a cumplir para poder ejercerlas, los criterios de calidad de las mismas, los servicios mínimos que deberán ofrecer, el ámbito subjetivo de estas actividades y sus obligaciones para con la administración, los mecanismos de control, falta de estándares de calidad, de medidas y controles específicos de seguridad y salubridad para sus usuarios, de tributación por parte de quien percibe esas rentas, la convivencia entre residentes habituales y turistas, etc., pero estos requisitos administrativos no podrán afectar a la esencia misma del contrato, no podrán crear un nuevo tipo contractual, una nueva relación jurídico privada entre el arrendador y arrendatario, sino tan solo regulará administrativamente la actividad que se lleve a cabo. En este sentido, los arrendamientos del artículo 5e) se excluyen de la LAU, pero no se someterán a la normativa sectorial sino al resto de la normativa estatal (Código Civil, normativa de consumos y usuarios, etc.) y, complementariamente, a lo establecido en la normativa autonómica, conforme al artículo 1258 del Código Civil «*Los contratos (...) se obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*». Como precisa MARTOS CALABRUS, M. Angustias, una cosa es la actividad de arrendamiento y otra el contrato de arrendamiento. El contrato se rige (o debería regirse) por normas civiles (estatales) y la actividad por normas administrativas o turísticas (autonómicas)³⁵. Así pues, en estos contratos de arrendamientos de viviendas para uso turístico que reúnan todos los requisitos del apartado e) del artículo 5 de la LAU, se darán dos tipos de relaciones jurídicas: la del arrendador-arrendatario, sometiendo el contrato a las normas estatales, y la del arrendador-administración, que se regirá por la norma autonómica que regule específicamente esa actividad.

A modo de conclusión, el apartado e) excluye de la LAU únicamente a aquellos arrendamientos que reúnan todas las características numeradas por lo que, en caso contrario, la relación contractual seguirá siendo un arrendamiento por temporada sometido al artículo 3.2. Además, en el caso de excluirse, no quiere decir que se constituya un nuevo tipo de arrendamientos turístico creado por las CC.AA. sino que, tan solo, su regulación se excluirá de la LAU, sometándose al Código Civil y a la normativa estatal y, administrativamente, a lo dispuesto por las CC.AA.

3. EL ARRENDAMIENTO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO: LA MAL LLAMADA «MULTIPROPIEDAD»³⁶

Los arrendamientos vacacionales por turno son, según los artículos 1, 2, y 27 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio de normas tributarias, aquellos contratos celebrados entre un empresario y un consumidor de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, el derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación, entendiéndose por *empresario* toda persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad económica, negocio, oficio o profesión y cualquier persona que actúe en nombre o por cuenta de un empresario, y, por *consumidor*, toda persona física o jurídica que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión.

Se trata de un derecho mediante el cual se atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un periodo específico de cada año, consecutivo o alterno, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, así como del derecho a la prestación de los servicios complementarios. Precisa que el periodo anual de aprovechamiento no podrá ser nunca inferior a siete días seguidos y que el derecho real de aprovechamiento por turno no podrá, en ningún caso, vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad, todo ello porque podrá dar lugar a una confusión en cuanto al negocio que se lleva a cabo. Dicho con otras palabras, se trata de un tipo especial de arrendamientos por temporada a través del cual se lleva a cabo un contrato de alquiler de un alojamiento/vivienda en una época determinada (mínimo de 7 días seguidos) en varios años diferentes, asegurándose con ello el alquiler de una estancia, en un determinado lugar, para disfrutar generalmente de las vacaciones, ahorrándose así las molestias de tener que volver a celebrar cada año un nuevo contrato entre las mismas partes y con el mismo contenido. De esta forma, se configura como una especie de arrendamiento de temporada que se prolongará durante un mínimo de 2 años y un máximo de 50 (no tienen por qué coincidir la misma temporada cada año pero no podrán ser inferior a 7 días seguidos). Esta actividad se ha regulado por parte del estado imponiendo otra serie de servicios adicionales para poder desempeñarla generando que se configure como un «arrendamiento complejo» y excluyéndose, consecuentemente, de la LAU.

No es tarea fácil delimitar el régimen jurídico de los arrendamientos vacacionales por turno al estar regulado por una normativa en constante modificación

que, actualmente, se concreta y unifica en la citada Ley 4/2012, de 6 de julio la cual hace referencia, de forma laxa, a los arrendamientos objeto de nuestro estudio, los arrendamientos por temporada, planteándonos el interrogante de qué normativa les será aplicable y en qué medida. Concretamente, en los puntos II y III del Preámbulo se indica que estos contratos son una variante del arrendamiento por temporada y, específicamente, se indica en el artículo 23.6 que estos contratos quedarán sujetos a lo dispuesto en este Título II (de la propia Ley) sin perjuicio de lo prevenido en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y en la legislación general de protección del consumidor. Ante esta situación, en la que a los arrendamientos de aprovechamiento por turno se les pueden aplicar dos normas especiales, tanto la LAU como la Ley 4/2012, de 6 de julio, nos planteamos la siguiente cuestión. Si a los arrendamientos por temporada se les aplican imperativamente, según el artículo 4 de la LAU, una serie de requisitos (fianza, libertad de forma, etc.) y, a su vez, la Ley 4/2012, de 6 de julio dispone otra serie de requisitos imperativos para los arrendamientos de uso turístico por turno (forma escrita del contrato, inserción de publicidad como parte del mismo, el derecho de desistimiento, irrenunciabilidad del consumidor de los derechos concedidos en la norma, nulidad de los arrendamientos que contengan los mismos requisitos descritas en esta norma y que no se sometan a la misma, etc.), ¿Cuál de las dos prevalecerá? ¿Qué preceptos tendrán prioridad?

Observamos que se contradicen ambas disposiciones imperativas (por ej. la LAU aboga por la libertad de pactos entre las partes y la libertad de forma del contrato frente a la otra norma que exige un contenido mínimo que habrá de constar, además, por escrito), obligándonos a preguntarnos cuál de las dos será la que deba, consecuentemente, aplicarse. En este sentido, considero que este «conflicto normativo» se debe a una remisión desafortunada de la Ley 4/2012 de 6 de julio a la LAU con la intención de evitar, sorprendentemente, posibles situaciones de contradicción entre ambas normas³⁷. Mi opinión es que estos arrendamientos sometidos al ámbito de aplicación de la nueva normativa se asemejan más a los *contratos complejos* que a los arrendamientos por temporada, ya que además de la exigencia de que el arrendador deba ser un «empresario» han de prestarse una serie de servicios adicionales al de la vivienda. Como anteriormente hemos analizado, este tipo de arrendamientos quedarían excluidos del ámbito de aplicación de la LAU y, por tanto, la normativa prevalente sería la Ley 4/2012, de 6 de julio por ser más específica que la LAU que tan solo se refiere a los arrendamientos de temporada de una forma genérica y sin ninguna especialidad en tanto que la nueva normativa se publicó especialmente para establecer la regulación normativa y las características y exigencias a estos tipos contractuales.

Finalmente, considero que la LAU no se podrá aplicar tampoco supletoriamente ya que este tipo de contratos, los complejos, quedan excluidos de su ámbito de aplicación.

IV. CONCLUSIONES

I. Los arrendamientos celebrados por temporada se regulan conjuntamente con todos aquellos que se celebren para un uso distinto al de satisfacer una necesidad permanente de vivienda. Este hecho no quiere decir que tengan las mismas características entre ellos, sino que la única circunstancia que los equipara es que no se destinan a satisfacer esa necesidad permanente de vivienda y que, además, deben celebrarse sobre una edificación.

II. Los contratos celebrados por temporada son un tipo de arrendamientos a los que, según el uso al que se destinen, se les añade una acepción al título para precisar la temporalidad del contrato, como por ejemplo los contratos de arrendamiento por temporada académica. La única diferencia entre las distintas «modalidades» es terminológica, es el adjetivo calificativo que se emplee y que, además, sirve como criterio clarificador del destino del contrato (de segunda residencia, académica, vacacional...).

III. La temporalidad de los arrendamientos se determina por el uso al que se destinen los contratos y no por la duración que pacten las partes. La temporalidad no es un criterio que se determine cuantitativamente. En este sentido, el arrendamiento por temporada tiene la nota característica de que se destina a satisfacer una necesidad temporal de vivienda, a diferencia de los arrendamientos de vivienda que se destinan a satisfacer una necesidad permanente de vivienda.

IV. Los arrendamientos celebrados por temporada tienen como objeto del contrato una vivienda que se destinará a satisfacer una necesidad temporal de vivienda, por lo que la edificación sobre la que se celebre deberá reunir los requisitos mínimos de habitabilidad, en contraposición con el resto de arrendamientos regulados también por el artículo 3 que sí que se podrán celebrar sobre una simple edificación sin la característica de habitabilidad. Es decir, que los arrendamientos celebrados por temporada deben tener por objeto cierto del contrato una edificación habitable.

V. Aquellos contratos que reúnan los criterios para ser calificados como de temporada, pero que se regulen por una normativa propia, se excluyen del ámbito de aplicación de la LAU, no pudiéndoseles aplicar supletoriamente. En líneas generales, se trata de contratos de arrendamientos complejos compuestos de un arrendamiento principal sobre el cual orbitan otra serie de acuerdos bilaterales, también de carácter principal, con normativas propias y conectados con el primero, conformando entre todos un único contrato «complejo» que, debido a esa dificultad normativa, se excluyen del ámbito de aplicación de la LAU.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁCAR (1994). Artículo 3. Arrendamientos para uso distinto del de vivienda. En: Valpuesta Fernández, M.º R. (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch
- BOTELLO HERMOSA, J. M. (2016). El contrato de arrendamiento de habitación. La problemática de su regulación (Ley de Arrendamientos Urbanos o Código Civil) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 754. También en: Los arrendamientos parciales de vivienda. Ámbito normativo. *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero. Editorial LA LEY.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J. *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*. T. I. Parte General. Madrid: Reus.
- COLINA GAREA, R. (1998). *El arrendamiento de vivienda por temporada académica*. Barcelona: Cedecs.
- DÁVILA GONZÁLEZ, D. (1994). Artículo 3.º. En: V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *LAU. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (1996). *El nuevo arrendamiento urbano: régimen civil y registral*. En: Pau Pedrón (director) Centro de estudios registrales.
- DIEGO, C. *Instituciones de Derecho Civil español*. Tomo II, 2. Madrid, 1930.
- FUENTES LOJO. (1994). Artículo 3. Arrendamientos para uso distinto del de vivienda. En: Valpuesta Fernández, M.º R (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1995). Artículos 1 a 8. En: Xavier O'Callaghan (dir.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Madrid: Edersa.
- MARTOS CALABRUS, M.ª A. (2014). El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la Ley 4/2013. *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 1 (enero-marzo). Ensayos.
- O'CALLAGHAN, X. (1995). Introducción. En: O'Callaghan, X. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Edersa.
- ORDÁS ALONSO, M. y VALLADARES RASCÓN, E. (2013). Artículo 1, Ámbito de aplicación. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Navarra: Aranzadi.
- PÉREZ SERRANO, N. *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*. Madrid, Imprenta del asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús.
- ROJO AJURIA, L. (1995). Artículo 3. En: Pantaleón Prieto, F. (dir.), *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Civitas, S.A.
- VATIER FUENZALIDA, C. (1996). Artículo 3.º Arrendamientos para usos distintos del de vivienda. En: Lasarte Álvarez, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Tecnos.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.º R. (1994). Artículo 3. Arrendamientos para uso distinto del de vivienda. En: Valpuesta Fernández, M.º R (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- YUFERA SALES, P. L. (2000). *Arrendamientos Urbanos. Análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos* Barcelona: Bosch.

NOTAS

¹ En el mismo sentido YUFERA SALES, P. L. (2000). *Arrendamientos Urbanos. Análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos*, pp. 35-37. Barcelona: Bosch.

² CASTÁN TOBEÑAS, J. y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J. (1956). *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*. T. I. Parte General, p. 158. Madrid: Reus.

³ <http://www.rae.es/>.

⁴ Respecto al concepto de «edificación»: CASTÁN TOBEÑAS, J. y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J. (1956). *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*. T. I. Parte General, pp. 159-169. Madrid: Reus. DÁVILA GONZÁLEZ, D. (1994). Artículo 3.º. En: V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *LAU. La nueva ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova, pp. 28 y 29; ROJO AJURIA, L. (1995). Artículo 3. En: Pantaleón Prieto, F. (dir.), *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Civitas, S. A., pp. 79-80; YUFERA SALES, P. L. (2000). *Arrendamientos Urbanos. Análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos*, pp. 49-51. Barcelona: Bosch; ORDÁS ALONSO, M. y VALLADARES RASCÓN, E. (2013). Artículo 1, Ámbito de aplicación. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Navarra: Aranzadi, pp. 60-62.

⁵ Respecto del concepto de «urbana», se pronuncian CASTÁN y CALVILLO, disponiendo que en el Derecho común, la doctrina y la jurisprudencia manejan diferentes criterios para distinguir las fincas urbanas de las rústicas, como son el de la situación, construcción, destino y accesoriadad, imperando el criterio de la situación de la finca. V. CASTÁN Y CALVILLO, *Tratado...*, T. I, p. 159. Sobre este concepto, se pronuncian también: ORDÁS ALONSO, M. y VALLADARES RASCÓN, E. (2013). Artículo 1, Ámbito de aplicación. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Navarra: Aranzadi, pp. 60 a 62; GUILARTE ZAPATERO, V. (1995). Artículos 1 a 8. En: Xavier O'Callaghan (dir.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Madrid: Edersa, p. 56; YUFERA SALES, P. L. (2000). *Arrendamientos Urbanos. Análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos*, pp. 49-51. Barcelona: Bosch.

⁶ Así lo recoge VATIER FUENZALIDA, C. (1996). Artículo 3.º. Arrendamientos para usos distintos del de vivienda. En: Lasarte Álvarez, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Tecnos, p. 72, en alusión a VALLADARES RASCÓN, E.

⁷ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.º R. (1994). Artículo 3. Arrendamientos para uso distinto del de vivienda. En: Valpuesta Fernández, M.º R. (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, p. 55. Valencia: Tirant lo Blanch.

⁸ Artículos 1554. 2.º y 1555 2.º del Código Civil.

⁹ En el mismo sentido, GUILARTE ZAPATERO, V. (1995). Artículos 1 a 8. En: Xavier O'Callaghan (dir.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Madrid: Edersa, pp. 63 y 67.

¹⁰ Ya que, según lo dispuesto en los artículos 1554 2.º y 1555 2.º del Código Civil sobre contratos de arrendamiento, esta siempre habrá de ser idónea para el fin al que se destina, sea el que sea. Por ello, dependiendo del fin al que se destine el arrendamiento, se regirá por un artículo o por otro.

¹¹ ROJO AJURIA, L. (1995). *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Pantaleón Prieto, F. (dir.). Madrid: Civitas, S.A., p. 77.

¹² YUFERA SALES, P. L. (2000). *Arrendamientos Urbanos. Análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos*, p. 64. Barcelona: Bosch.

¹³ En el mismo sentido, GUILARTE ZAPATERO, V. (1995). Artículos 1 a 8. En: Xavier O' Callaghan (dir.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Madrid: Edersa, p. 68. «Así, respecto de los arrendamientos celebrados por temporada (...) aun celebrados para vivienda, por su propia esencia resultan incompatibles

con aquel (los arrendamientos de vivienda), al no reunir los requisitos del destino primordial y de servir a la necesidad permanente de aquella (...). Además, dentro de los requisitos que cita el autor que no reúnen, no indica que la edificación no es habitable.

¹⁴ SSTs de 28 de enero de 1960 (RJ 1960, 445), 30 de junio de 1976 (1976/3199), STS de 15 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9352), FJ. 3.º.

¹⁵ Los contratos se podrán celebrar tanto por un verano como por dos, como por fines de semanas o semanas enteras, o días sueltos, etc. La duración del arrendamiento es irrelevante a la hora de determinar los contratos por temporada.

¹⁶ En el mismo sentido ROJO AJURIA, L. (1995). *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Pantaleón Prieto, F. (director). Madrid: Civitas, S.A., p. 76.

¹⁷ ORDÁS ALONSO, M. y VALLADARES RASCÓN, E. (2013). Artículo 3, Arrendamiento para uso distinto del de vivienda. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos*. Navarra: Aranzadi, p. 115, «en nuestra opinión, si el plazo es inferior a un año es lógico presumir que se trata de un arrendamiento de temporada». DÁVILA GONZÁLEZ, D. (1994). Artículo 3.º. En: V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *LAU. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova, p. 31, «(...) son aquellos que no se destinan a la ocupación por todo el año, sino que se emplean por periodos determinados (...)».

¹⁸ En el mismo sentido, VATIER FUENZALIDA, C. (1996). Artículo 3.º. Arrendamientos para usos distintos del de vivienda. En: Lasarte Álvarez, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Tecnos, p. 75. En sentido análogo, COLINA GAREA, expresa la misma idea pero sobre los arrendamientos de temporada académica, COLINA GAREA, R. (1998). *El arrendamiento de vivienda por temporada académica*. Barcelona: Cedecs., p. 157, VLEX [En línea] disponible en <http://0-app.vlex.com.fama.us.es/#/vid/199178> (2004).

Leyendo a GUILARTE ZAPATERO, podríamos deducir que se sitúa en esta misma línea pues cita que: «la edificación habitable (...) ha de reunir las indispensables condiciones objetivas para que en ella sea posible desenvolver las actividades domésticas de quienes moran en ella. Esta idea, en relación con la declaración en la que considera que «(...) el texto legal, al determinar el objeto de estos arrendamientos, habla simplemente de edificación y de edificación habitable (...) tal circunstancia no es decisiva ni suficiente para matizar la diferencia entre una y otra clase de arrendamientos, pues (...) es posible que sobre una edificación, idónea (...) para satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, se constituya un arrendamiento del otro tipo. Piénsese, por ejemplo, en el piso de un edificio arrendado (...) para servir de hogar de este, pero no de forma primordial y continuada, como serían los casos de la segunda residencia o del arrendamiento por temporada», hace que, de la lectura conjunta de ambas declaraciones, diluido que este autor considera que los arrendamientos por temporada deben tener como objeto del contrato una edificación habitable, ver GUILARTE ZAPATERO, V. (1995). Artículos 1 a 8. En: Xavier O'Callaghan (dir.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Madrid: Edersa, pp. 63 y 67.

¹⁹ En el mismo sentido, dice O'CALLAGHAN «(...) los arrendamientos de vivienda son aquellos dedicados a satisfacer la necesidad de vivienda primaria y permanente del arrendatario, su cónyuge o sus hijos dependientes (...)». O'CALLAGHAN, X. (1995). Introducción. En: O'Callaghan, X. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Edersa 1995, p. 20. En los mismos términos. ROJO AJURIA, L. (1995). *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Pantaleón Prieto, F. (dir.). Madrid: Civitas, S.A., p. 68.

²⁰ El requisito de habitabilidad, si se exigía en la LAU de 1964 pero fue eliminado con carácter general a través de las enmiendas 254 y 255 del grupo socialista durante la tramitación del Proyecto de Ley, exigiéndose únicamente para los arrendamientos de vivienda, modificando así el artículo 3 del proyecto de 1992, que disponía en su 1.º apartado: «Se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda el de fincas urbanas que recaiga sobre una edificaciones habitables cuyo destino primordial sea distinto del establecido en el artículo anterior».

²¹ Respecto al concepto de la *habitabilidad*, el TS se ha pronunciado reiteradamente estableciendo que consiste en la aptitud de las viviendas, edificaciones o construcciones en general para ser utilizados conforme a su concreto y particular destino (RJ 1992, 7545).

²² En este sentido, ALBÁCAR entiende «*son aquellos contratos unitarios, en los que además de prestaciones típicas del contrato de arrendamiento, acuerdan las partes otras principales que han de cohonestarse con aquellas, produciendo una mutación importante de su contenido o régimen*», FUENTES LOJO opina que «*los contratos de arrendamiento en los que las partes en uso de la autonomía de su voluntad disponían un contenido más complejo que el previsto en el Texto Refundido (LAU 64), sin que con lo mismo se desvirtuara la tipicidad del contrato; ello a pesar de una jurisprudencia nada clara en este sentido. Estos contratos deberían someterse al régimen de la legislación especial. (STC de 24 de octubre de 1963, 10 de octubre de 1988)*» VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.º R. (1994). Artículo 3. Arrendamientos para uso distinto del de vivienda. En: Valpuesta Fernández, M.º R (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, p. 46. Valencia: Tirant lo Blanch. VATIER FUENZALIDA, a su vez, concibe los contratos de arrendamiento complejos como «*aquellos contratos unitarios en los que se unen al arrendamiento prestaciones especiales de carácter principal, en términos tales que su resultado es un contrato nuevo y distinto*». En comparación a estos contratos, escribe este autor que los arrendamientos mixtos, entendidos como aquellos a los que se añaden o yuxtaponen prestaciones accesorias, carecen de la entidad suficiente como para apartar el contrato de arrendamiento típico (por ej. los arrendamientos con opción a compra). Concluye indicando que «*La doctrina anterior entendía a los complejos excluidos y a los mixtos incluidos en el TR 64*». VATIER FUENZALIDA, C. (1996). Artículo 3.º. Arrendamientos para usos distintos del de vivienda. En: Lasarte Álvarez, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Tecnos, p. 60. Asimismo, DE DIEGO, lo califica como «*contrato consensual por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra alojamiento y suministrarle alimentación mediante un precio*». DIEGO, C. DE: *Instituciones de Derecho Civil español*. Tomo II, 2. Madrid, 1930, pp. 245 y 246. A su vez, YUFERA concibe los contratos de arrendamientos complejos como «*aquellos en que las partes pactan como cuestiones esenciales del contrato una serie de prestaciones ajenas a la relación arrendaticia y que son consustanciales al contrato, es decir, que no son ni accesorias, ni complementarias, ni eventuales*» YUFERA SALES, P. L. (2000). *Arrendamientos Urbanos. Análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos*, pp. 67 y 68, Barcelona: Bosch. Para PÉREZ SERRANO, «*la nota esencial y perdurable del contrato fue y sigue siendo el *complexus jurídico formado por la cesión de habitaciones y de los servicios complementarios a la vivienda. Cuando él se da, tenemos contrato de hospedaje; cuando falta, no existe dicho contrato. El suministro de alimentos no influye de un modo decisivo en la existencia de aquel, aunque tenga notable importancia para la debida solución de algunos de sus aspectos**». PÉREZ SERRANO, N.: *El contrato de hospedaje en su doble aspecto Civil y mercantil*. Madrid, Imprenta del asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, 1930, p. 86.

²³ STS de 18 de abril de 1989 (RJ 1989, 3067).

²⁴ STS de 21 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1239), STS de 24 de enero de 2000 (RJ 2000, 115).

²⁵ Ver primer considerando de la STS de 16 de junio de 1982 (RJ 1982, 5828).

²⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J. (1956). *Tra-tado practico de arrendamientos urbanos*. T. I. Parte General, pp. 135-142. Madrid: Reus.

²⁷ Artículo 1: «*Se configuran como turísticos y en su consecuencia quedan sujetos a lo dispuesto en la presente ordenación, los bloques o conjuntos de apartamentos, y los conjuntos de villas, chalés, bungalows y similares que sean ofrecidos empresarialmente en alquiler, de modo habitual, debidamente dotados de mobiliario, instalaciones, servicios y equipo para su inmediata ocupación por motivos vacacionales o turísticos. Solo este tipo de alojamientos recibirán la denominación oficial de apartamentos turísticos y tendrán derecho a ser incluidos en las guías oficiales y a beneficiarse de las acciones de fomento promovidas por la Administración Turística del Estado*».

²⁸ Artículo 17: «No tendrán la consideración legal de apartamentos turísticos, sino de viviendas turísticas vacacionales las unidades aisladas de apartamentos, bungalows, villas y chalés y similares y, en general, cualquier vivienda que con independencia de sus condiciones de mobiliario, equipo, instalaciones y servicios, se ofrezcan en régimen de alquiler por motivos vacacionales o turísticos».

²⁹ Real Decreto 1982, 2877, de 15 de octubre, de Ordenación de Apartamentos Turísticos y Viviendas Turísticas Vacacionales, actualmente derogado por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, incorporada al ordenamiento interno mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, a la que ha seguido la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

³⁰ En este sentido, DE PABLO CONTRERAS, P. (1996). *El nuevo arrendamiento urbano: régimen Civil y registral*. En: Pau Pedrón (dir.). Centro de estudios registrales, Madrid, p. 40.

³¹ En este sentido, VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.º R. (1994). Artículo 3. Arrendamientos para uso distinto del de vivienda. En: Valpuesta Fernández, M.º R (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, p. 58. Valencia: Tirant lo Blanch; VATIER FUENZALIDA, C. (1996). Artículo 3.º. Arrendamientos para usos distintos del de vivienda. En: Lasarte Álvarez, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Tecnos, p. 76. «A nuestro juicio, es claro que se trata de un arrendamiento para uso distinto del de vivienda (los arrendamientos turísticos), y ello por estas dos razones, a saber: por un lado, aunque sean edificaciones habitables, el arrendatario no satisface en ellas su necesidad permanente de vivienda y, por otro, el contrato se celebra por temporadas y se debe regir, por tanto, por el Título III de la LAU».

³² Hipótesis que amplió y concreto en: BOTELLO HERMOSA, J. M.ª (2016). El contrato de arrendamiento de habitación. La problemática de su regulación ¿Ley de Arrendamientos Urbanos o Código Civil, *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, núm. 754, pp. 999-1037.

³³ Esta hipótesis la amplió y desarrollo en: BOTELLO HERMOSA, J. M.ª (2016). Los arrendamientos parciales de vivienda. *Ámbito normativo. Actualidad Civil*, núm. 2, febrero. Editorial LA LEY, p. 4.

³⁴ sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982. RTC 1982, 71.

³⁵ MARTOS CALABRUS, M. A. (2014). El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la Ley 4/2013. *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 1 (enero-marzo). Ensayos, pp. 91-102.

³⁶ La propia normativa que regula estos contratos prohíbe el empleo de la denominación «multipropiedad» dado que la utilización del término puede inducir a error ya que lo que se adquiere realmente es un derecho de uso y no de propiedad sobre el alojamiento que va a ocupar temporalmente, como así viene indicado en el artículo 23.4 de la propia norma 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio de normas tributarias, que dispone que «El derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad».

³⁷ Enmienda número 151 de Coalición Canaria. BOCG, núm. 80-10, p. 94.

(Trabajo recibido el 28-7-2015 y aceptado para su publicación el 22-9-2015)

DICTÁMENES Y NOTAS

Las casas cueva: un análisis de las cuestiones jurídicas que plantean

The cave houses: an analysis of the legal issues raised

por

MARÍA JESÚS LÓPEZ FRÍAS
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Granada

RESUMEN: El interés por la conservación y protección de las casas cueva tiene carácter multidisciplinar. Desde el punto de vista jurídico los problemas que se plantean van relacionados sobre todo con la prueba de su titularidad, la utilización del subsuelo y con su constatación en el Registro de la propiedad. La interrelación de la legislación civil e hipotecaria junto con la legislación del suelo y protectora del patrimonio se hace fundamental para la defensa y el entendimiento de esta forma de hábitat que tan característica es de algunas zonas de nuestra geografía y que tanta importancia está adquiriendo en los últimos tiempos desde el punto de vista turístico. Por otro lado, en este artículo se pretende analizar, dadas las frecuentes e inevitables relaciones de los propietarios de las cuevas con sus vecinos y con la Administración pública, los desencuentros que, en materia de responsabilidad por daños, provocan la acción del agua y la actuación humana.

ABSTRACT: *The interest in the conservation and protection of the cave houses are multidisciplinary. From the legal point of view the problems that arise are related mainly with proof of ownership of the cave houses, use of the subsoil and its finding in the Land Registry. The interrelation of Civil and mortgage*

legislation with legislation of land and heritage protection is fundamental to the defence and understanding of this type of habitat that is so characteristic of some areas of our country and how much is gaining in importance nowadays from the point of view of tourism. Furthermore, this article aims to analyse, given the frequent and inevitable neighborhood relations and with the public administration, the disagreements on liability for damages that produces the action of water and human performance.

PALABRAS CLAVE: Problemas de la titularidad de las casas cueva. Cuestiones registrales y de responsabilidad.

KEY WORDS: *Issues of ownership of the cave houses. Registry and liability issues.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LAS CASAS CUEVA COMO FENÓMENO SINGULAR SUSCEPTIBLE DE CONSERVACIÓN.—II. NATURALEZA JURÍDICA. LA IMPORTANCIA DE SU SITUACIÓN.—III. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEAN: 1. ACREDITACIÓN DE LA TITULARIDAD. 2. LA PROPIEDAD «FLEXIBLE»: LA CUESTIÓN RELATIVA AL USO DEL SUELO, VUELO Y SUBSUELO.—IV. LA CASA CUEVA Y SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—V. LA RESPONSABILIDAD: 1. LA CASA CUEVA EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 2. LA CASA CUEVA EN LAS RELACIONES VECINALES CON PARTICULARES.—VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: LAS CASAS CUEVA COMO FENÓMENO SINGULAR SUSCEPTIBLE DE CONSERVACIÓN

La tendencia, en los últimos años, es la de renovar los esfuerzos para actuar sobre la ciudad consolidada y ello, claro es, no solo desde el punto de vista de la protección histórica del patrimonio inmobiliario sino desde el punto de vista urbanístico. A ello respondió la Ley de 26 de junio de 2013 de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, recogida hoy en el TR de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015 (TRLRUR). Estas reformas ponen de manifiesto lo que ya era un sentir general, una nueva manera de entender la ciudad, manifestado en numerosas actuaciones. Por ello, teniendo como marco estas reformas, vamos en este momento a analizar una cuestión muy particular que, creo, necesita de máxima atención por su singularidad y por los problemas jurídicos que a sus titulares plantea y que el urbanismo ha de comprender y proteger. Me refiero a las cuevas o casas cueva que existen en muchos lugares de nuestro territorio nacional¹. Su peculiaridad ha sido tema

de bellos poemas², historias³, leyendas⁴... Pero los problemas jurídico-privados y urbanísticos pueden dar al traste con esta «fuente de inspiración» y, sobre todo, con esta forma de hábitat, si no nos esforzamos en estudiar y analizar, intentando proponer soluciones, los problemas que las ahogan y que pueden hacerlas desaparecer. Parece claro que una primera forma de amparo es la de considerar este tipo de construcción como objeto de la regulación conservadora y protectora, de la legislación sobre patrimonio histórico y, por ella, del planeamiento. Efectivamente, ya desde las Cartas de Venecia y de Ámsterdam se recoge la necesidad de proteger los sitios históricos. Y siguiendo esta línea, así lo han hecho la Ley nacional de 1985, la Ley andaluza de 2007 y las de otras Comunidades Autónomas, incluyendo en ellas la tutela de este patrimonio arquitectónico particular. Y es que las cuevas son un tipo peculiar de edificación en las que, siguiendo la terminología del Código Técnico de Edificación, de 17 de marzo de 2006, el sistema de sustentación (el suelo), el sistema portante (cimentación y estructura), el sistema envolvente (fachadas y cubierta) e incluso el sistema de compartimentación (la tabiquería) están constituidos por el propio terreno en el que se asienta («el cerro de su construcción», como se manifiesta en algunas escrituras), sobre el que únicamente se implantan unos mínimos acabados e instalaciones. TORRES BALBÁS, mostraba una visión optimista de esta forma de hábitat y de su futuro, y decía en 1923 que «debemos ver en estas viviendas una feliz adaptación al medio geográfico, ya que debido a su orientación y disposición, permiten más insolación y aireación que la mayoría de las viviendas aldeanas que forman callejas estrechas»⁵.

Junto a ello, y aunque queda fuera de este estudio, tampoco se puede olvidar la importancia que el subsuelo tiene y puede llegar a tener, si vemos la escasez y carestía del suelo-superficie (por ello, será este un tema recurrente en este trabajo). Recoge GARCÍA-BELLIDO la idea de que el siglo XXI será la época de las «minas urbanas» de la sub-urbe como el siglo XX habría sido la época de los rascacielos, de la supra-urbe y los suburbios de las periferias urbanas⁶. Por tanto, a estas situaciones peculiares de cueva-vivienda se les une también el interés del aprovechamiento actual del subsuelo⁷. De ahí que, ya en esta introducción, se quiera dejar sentado que se hace necesario un análisis específico y profundo de las características especiales de la propiedad de este en relación con la superficie y con el vuelo, sobre todo, desde el punto de vista urbanístico, ya que será su normativa la que dé norte y regule las facultades de los propietarios en orden al aprovechamiento del mismo. Desde luego, en materia de casas cueva (en particular), los PGOU, los Planes Especiales y las Ordenanzas se limitan —con carácter general— a consagrar la protección de las existentes sin muchas más especificaciones. Efectivamente, el planeamiento urbanístico de los municipios con zonas de cuevas ha tratado su ordenación de forma muy diversa. Así, por ejemplo, el PGOU de Granada de 2001, en su artículo 6.2.6.4 (condición de la vivienda hipogea), afirma que «se recono-

cen las viviendas hipogeas existentes en el ámbito del Barrio del Sacromonte, siempre que se encuentren situadas sobre suelos cuya calificación permita el uso pormenorizado de vivienda unifamiliar». Y, en su apartado 4.º, afirma que «queda prohibida la implantación de nuevas viviendas hipogeas en el término municipal»⁸.

II. NATURALEZA JURÍDICA. LA IMPORTANCIA DE SU SITUACIÓN

La casa cueva y sus problemas apenas si han sido analizados desde un punto de vista jurídico. El legislador no se ha referido a estas situaciones más que tangencialmente (en las leyes de patrimonio, y en alguna norma urbanística concreta), las referencias doctrinales son igualmente escasas y solo, respecto a problemas muy concretos, tenemos resoluciones judiciales que, aunque tratan de resolver el particular caso presentado, son las que nos van a servir de base en este estudio⁹.

Considero oportuno que, antes de hablar de la naturaleza jurídica de estas peculiares construcciones, se haga referencia, aunque sea somera, a la problemática relativa al lugar donde se hallan. Es decir, al subsuelo. Sabemos que la afirmación general del artículo 350 del Código Civil no puede ser entendida con carácter absoluto, pues el propio precepto habla ya de límites¹⁰. De hecho, es clara en teoría la posibilidad de una disociación entre el subsuelo y la superficie física donde se halle la construcción, como cabe una disociación de la superficie con el vuelo¹¹. Esto que ya se adelantó en las RRDGRN de 5 de abril de 2002 y de 24 de febrero de 2007, lo recogió el artículo 17 del Texto Refundido de la Ley del Suelo¹² de 2008 y ahora el artículo 26 del TR 15/2015 donde en su párrafo 5.º recoge la posibilidad de superficies superpuestas.

Hecha esta consideración, ya se puede decir que la cueva o casa cueva se puede definir, según GARCÍA-TORRECILLAS GARCÍA¹³, como un «espacio suficientemente delimitado, excavado bajo el suelo y susceptible de ser aprovechado con independencia de este y cuyo uso principal es o puede ser el de servir de vivienda»¹⁴. Pero tal espacio excavado, susceptible de ser habitado, puede tener un distinto tratamiento jurídico según el lugar o finca donde esté situada. Así, no se nos escapa que estamos ante un problema difícil. Se parte de la base de que todo derecho de propiedad, hoy día, está muy limitado. Pero la propiedad sobre la casa-cueva no implica una propiedad especial¹⁵; lo especial, si se quiere, es su objeto, porque hablamos de una propiedad bajo el suelo. Es una propiedad limitada¹⁶, con unos límites más o menos gravosos según donde esté enclavada. Por ello, se podría decir que estamos ante un derecho de propiedad que cuenta con determinadas características derivadas, sobre todo, por su situación. Así, la configuración específica de este derecho va a depender de la titularidad de la finca en la que se encuentra. Teniendo en cuenta esta idea, se puede pensar en las siguientes situaciones¹⁷:

- a) Cueva sita en finca de titularidad propia. Se ha dicho que este tipo de situaciones no plantean problema alguno porque la misma titularidad lo abarca todo, el terreno y lo «excavado» (o construido, si cuenta con fachada encalada y patio o corral). Efectivamente, la propiedad comprende todo lo que pueda usarse y disponerse sin más limitaciones que las establecidas por la Ley, y ese «comprender» abarca aquello que existe o se adquiere por «accesión (de inmueble a inmueble)». Lo importante es que esta situación quede reflejada para evitar en el futuro problemas en la transmisión y delimitación de lo adquirido.
- b) Cueva sita en finca de titularidad ajena¹⁸: la titularidad de la finca no coincide con la titularidad de la casa cueva. La causa puede ser sencillamente porque no hubo una transmisión clara, incluso documentada de la misma, o porque se adquirió por usucapión (que habrá que demostrar o reconocer). Hay coexistencia de titulares, uno sobre el suelo y otro sobre el subsuelo¹⁹. En el supuesto concreto surgen problemas de correspondencia del subsuelo o vuelo por la tendencia a expandirse de las viviendas hipogeas (llamada, por ello, propiedad flexible).
- c) Cueva sita en terrenos de propiedad pública. Este supuesto (subtipo del anterior) plantea otro tipo de problemas. La cuestión de partida es que el terreno sea patrimonial, con posibilidad de desafectación, pudiendo nacer diferentes titularidades como en el caso anterior²⁰.
- d) Cuevas a «caballo», con acceso a una de ellas por una vía pública y, a la de encima, por otra vía superior.

En realidad, los tres últimos casos plantean problemas en cuanto a su configuración jurídica a causa de su ubicación (en suelo ajeno o suelo y vuelo compartidos). Se parte de la base de la existencia de propiedades confluyentes o conectadas respecto de algún elemento, lo que puede dar lugar a una comunidad sobre algún punto estructural, de apoyo o funcional (como puede ser una plaza, patio o adarve común).

Hay que indicar, desde el principio, que las soluciones a los problemas que se pueden plantear no pueden ser homogéneas. Así,

- a) Se puede pensar en la consideración de la medianería horizontal para resolver problemas derivados de relaciones de vecindad, si solo hay que apreciar esta por existir un único elemento de división entre propiedades.
- b) En otro caso, se pensaría en la configuración de una comunidad o incluso un régimen de propiedad horizontal o conjunto inmobiliario si se comparte algo más que elementos divisorios porque, por permitirlo así el cerro, se haya creado un ensanchamiento compartido con otras cuevas, dando lugar a plazas, placetas, adarves privados...
- c) No será descartable tampoco la utilización de la vía del artículo 26.5 del TRLS de 2015 que constituye, hoy día, una ventana para llegar a una

solución. Como se sabe este precepto consagra la posibilidad de constituir «complejos inmobiliarios» compuestos por superficies superpuestas destinadas a la edificación o uso privado y al dominio público que tengan el carácter de fincas especiales de atribución privativa, siempre que lo permita la ordenación urbanística, previa la desafectación del dominio público, y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección de este. Podría ser el supuesto de cueva enclavada en dominio público patrimonial.

- d) Y, para los otros supuestos, cuevas en dominio privado o «a caballo», creo que la única configuración posible es la medianería horizontal a no ser que se considere aplicable también el mencionado artículo 26.5 del TRLSRU a las situaciones de carácter privado (aplicándolo analógicamente), y siempre que compartan únicamente el elemento divisorio horizontal (techo-suelo, porque el sistema envolvente esté constituido por el propio cerro); así, se podría hablar de un complejo inmobiliario simple (o atípico) que encierra las consecuencias de una medianería horizontal²¹. Ello es importante, como se decía, a la hora de resolver problemas muy comunes como son los de reparación, mantenimiento o incluso ruina.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEAN

La existencia de casas cueva está dando lugar a problemas de toda índole. Voy a analizar algunos de ellos, de frecuente aparición y otros, que, al presentar distintas aristas o perspectivas, están necesitados de la coordinación de las distintas disciplinas que las afectan para poder abordarlos²².

1. LA ACREDITACIÓN DE LA TITULARIDAD

Decía TORRES BALBÁS²³, al hablar de las cuevas de la comarca de Guadix, que «el cerro tiene su propietario, que por 10 pesetas concede derecho a abrir una puerta y cavar lo que se quiera mientras no haya perjuicio de vecino. Si se manda cavar una cueva costará 30 o 40 duros pero aquí se la hacen los que van a habitarla. El contrato, particular, ante el notario de Las Cuevas, especifica bien, con su fórmula tradicional: el vendedor se compromete a la «vicción» y saneamiento. Los linderos son los montes y cuando no hay otra cueva «no tiene linderos».

Sirvan las palabras anteriores para ilustrar uno de los graves problemas jurídicos que presentan estas construcciones: la cuestión de la titularidad de las mismas y su acreditación. A tenor de los casos que analiza nuestra jurisprudencia es, junto a los daños, los que más se suscitan en la práctica. La demostración de

la titularidad sobre estos espacios-viviendas se hace, en muchos casos, difícil. Se vive en ella pero no se tiene título que demuestre su derecho a la misma. En el caso mencionado más arriba de que la casa cueva está enclavada en suelo propio, la acreditación puede ser más fácil y, lo será si en la documentación de la finca consta la descripción de la casa-cueva. Pero esto puede que no sea siempre así. Este fue el caso de la SAP de Las Palmas (Sección 4.^a) de 20 de abril de 2010²⁴. En él, se ejercitaba una acción reivindicatoria sobre una casa-cueva, alegándose la inscripción del terreno rústico sobre la que se localizaba. Pero la casa cueva no estaba reflejada en la inscripción, ni había declaración de obra nueva, por lo que no podía admitirse la presunción posesoria del artículo 38 de la LH. Casos como estos nos llevan al estudio de la alegación que realizan los dueños del terreno que pretenden serlo también de la cueva excavada, frente a las alegaciones de los que tratan de hacer valer su derecho sobre la casa cueva.

1. Ejercicio de la acción reivindicatoria y declarativa. En primer lugar, el mecanismo que, como se ha visto, se suele utilizar en casos de cueva enclavada en propiedad ajena por parte del propietario del terreno físico (el de la superficie) es la acción reivindicatoria. En algunos casos se ha tratado de utilizar otro tipo de acciones que han dado lugar a un resultado infructuoso debido al erróneo cauce procesal elegido. Así una acción de desahucio por precario no es la vía adecuada cuando el derecho de la actora es dudoso (SAP de las Palmas, Sección 5.^a, de 2 de febrero de 2007²⁵) porque, aun siendo esta la titular de la finca, los demandados «también tienen a su favor, en virtud de los datos fácticos que se han puesto de relieve, una apariencia de buen derecho en la posesión que vienen manteniendo sobre la finca que puede estar al margen de una mera situación de liberalidad o de tolerancia o de mero hecho». También la SAP de Granada (Sección 3.^a), de 7 de noviembre de 2000²⁶, considera improcedente el ejercicio de una acción de resolución de un arrendamiento de una casa cueva, precisamente porque no logra probar el actor la existencia de tal arrendamiento, por lo que debería haber ido al juicio correspondiente ejercitando una acción reivindicatoria, declarativa del dominio o acción de desahucio por precario²⁷. Es claro, sin embargo, que para el éxito de esta acción reivindicatoria un requisito fundamental, en estos peculiares casos, es el de la identificación de la finca reclamada. Sin él, la acción no prospera. La SAP de Las Palmas de Gran Canarias (Sección 4.^a), de 15 de mayo de 2014²⁸, resolvió positivamente la alegación de una acción reivindicatoria porque considera la existencia de título por parte de los demandantes, se identifica la casa cueva reclamada (distinta de aquella en la que vivía el demandado con la hija de los dueños antes de su ruptura) y que el demandado posee sin derecho a ello²⁹. En el caso resuelto por la SAP de Granada (Sección 3.^a), de 7 de noviembre de 2008³⁰, el actor ejercía una acción reivindicatoria y una acción de condena de destrucción de la edificación, apreciando mala fe en la actuación del demandado. El Tribunal considera que, en todo caso, habría una construcción extralimitada, y al entrar

en el fondo llega a la conclusión de que falla el requisito de la identificación ya que lo que hay, en términos constructivos, es una superposición de viviendas en la que la vivienda superior invade presuntamente parte de la vivienda inferior. La prueba de la identificación resulta infructuosa por la contradicción (muy frecuente) entre los datos registrales, catastrales y extrarregistrales y por los informes técnicos aportados por las partes³¹. La misma argumentación se encuentra en la SAP de Málaga (Sección 5.^a) de 26 de febrero de 2015³². La SAP de Valladolid (Sección 3.^a), de 25 de noviembre de 2013³³, resuelve contra el Ayuntamiento de Quintanilla de Trigueros la acción declarativa de dominio que había planteado frente a un particular, al no identificar la finca reclamada ni demostrar su título dominical.

Como se ve, la defensa de aquel que se cree dueño de la vivienda-cueva invadida ha de ser cuidadosamente estudiada. Aunque, es claro, que tiene como recursos generales la utilización de la acción reivindicatoria o declarativa siempre que se esfuerce en demostrar la identidad de la finca controvertida, que resulta en la mayoría de las ocasiones piedra de toque para la consecución del buen fin de la acción entablada.

2. Desde el punto de vista del demandado (si carece de título válido y eficaz), su defensa fundamental se basa en la alegación de los requisitos de la usucapión. Este modo de adquirir la propiedad y demás derechos reales susceptibles de posesión, supone la necesidad de probar los elementos que la conforman, lo que no siempre es fácil o posible³⁴. En el lado contrario se encuentra la situación de precario que da al traste con la pretendida pretensión de ser titular de algún derecho que le posibilite el acceso a la cosa. Efectivamente, si la casa cueva está ocupada sin prueba del concepto y razón en la que se hizo y sin prueba de la posesión en concepto de dueño, la situación del ocupante no puede ser otra que la del precarista³⁵. En este sentido, la SAP de Granada (Sección 3.^a), de 30 de noviembre de 2009³⁶, en un procedimiento del artículo 41 de la LH, considera que no se prueba el concepto de dueño del poseedor (antes bien, se habla del comienzo de la posesión como arrendatarios, del abandono del cultivo de la tierra o del huerto de la parcela, que «la cueva está hundida, abandonada sin suministro básico (agua y luz) como se aprecia en las fotografías; que los demandados tienen otro domicilio en la localidad (también cueva) y que ni antes ni ahora hicieron actos propios de dominio como serían los de conservación, mejora, registro, empadronamiento o declaraciones fiscales». Por otro lado, la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a), de 29 de mayo de 2003³⁷, determina la procedencia de la acción de desahucio ya que existía título de cesión de la casa cueva en concepto de precario, a pesar de que los apelados alegaban la existencia de dos cuevas distintas, una encima de la otra; alegación que decae al probarse que, en realidad, una de ellas no lo era, por no tener acceso propio³⁸.

3. El problema de la acreditación de la titularidad en un caso concreto actual es el de aquel supuesto en que las casas cueva están enclavadas en terreno público. Algunos ejemplos que podemos tomar son los de Juslibol en Zaragoza y el problema generado en el Sacromonte granadino o barrio que fue de propiedad del Patronato de Santa Adela, que bien puede trasladarse a otras localidades. En el primero de los casos, la titularidad de los terrenos es municipal pero los habitantes de las casas cueva las han venido ocupando desde décadas, construidas por los mismos, aun conociendo aquella circunstancia. Reclaman al Ayuntamiento que les venda los terrenos precisamente porque, como se ha dicho, fueron excavadas por sus antepasados desde hace, al menos, un siglo. Pagan al Consistorio un canon al año por el uso de aquellas pero no se atreven a hacer actuación alguna por carecer de esa seguridad que les daría ser propietario de las mismas. El Ayuntamiento está redactando (al cierre de este trabajo) un Plan especial para regularizar esta situación.

Por otro lado, en el cerro del Sacromonte granadino, la situación es compleja. Los terrenos hoy son de propiedad municipal después de ser adquiridos en pública subasta al Patronato de Santa Adela, en los años ochenta. Pero dicho Patronato había procedido ya, con anterioridad, a vender algunas de las cuevas existentes, comprometiéndose sus adquirentes a otorgar escritura e inscribirlas en el Registro. Respecto a estas titularidades el Ayuntamiento no plantea problema, reconociendo la legalidad formal de la transmisión. Sin embargo respecto a otras, que recibieron también una certificación administrativa a favor de sus ocupantes con la obligación de que ellos realizaran los trámites necesarios para que pudieran inscribirse en el Registro, la cuestión se ha complicado porque, al no realizar dichos trámites, las sucesivas transmisiones no se han documentado, y el Ayuntamiento las reclama por no estar justificada la adquisición. La alegación en su caso de una posible usucapión tendría que ser reclamada antes los tribunales probando los requisitos propios de esta. Por otro lado, inscrita la propiedad por parte del Ayuntamiento en 1986, las inscripciones que se produjeron con posterioridad son consideradas segundas inmatriculaciones por lo que se pide, además de la anotación de doble inmatriculación, que se inicien las acciones civiles declarativas o reivindicatorias correspondientes³⁹. Hay que tener en cuenta, así mismo, que muchas de las cuevas están sitas en terreno «peculiar», concretamente en suelo no urbanizable de especial protección, al lado de la muralla y en el entorno de la Alhambra. Por ello, el Ayuntamiento pretende que solo las casas cueva existentes y cuya titularidad queda bien acreditada sean protegidas. Junto a ello, el problema que se está produciendo, en la actualidad, es el de la ocupación en la zona de cuevas y casas cueva por emigrantes y personas sin recursos. Cuevas, muchas de ellas, abandonadas, sin titularidad acreditada (por tanto municipal) o recientemente excavadas, que no cuentan con las condiciones de habitabilidad. Este fenómeno preocupa a los vecinos del Albaicín⁴⁰ y ha dado lugar a una enorme degradación y de-

terio del paraje que supone, además, un importante impacto paisajístico en una ladera de alto consumo visual⁴¹. Lo curioso del caso es la incapacidad de las distintas Administraciones para solventar el problema. Siendo la titularidad pública municipal pero estando en el entorno protegido de la Alhambra, el Ayuntamiento y la Junta de Andalucía están dejando pasar un tiempo precioso que va en detrimento de este magnífico paraje y que supone la degradación de toda la zona del entorno sin tomar una decisión que, aunque pueda no gustar a todos los colectivos implicados, se hace completamente necesaria: desalojo y acondicionamiento de las cuevas en condiciones de habitabilidad, salubridad y seguridad cuya titularidad se pueda demostrar⁴². El problema urbanístico ha de ser resuelto de manera definitiva porque las cuevas suponen un hábitat que ha de ser protegido y no un lugar de marginalidad social y de situación de infravivienda que es afrenta al «civilizado» concepto de sociedad de bienestar, protectora de su patrimonio.

2. LA PROPIEDAD «FLEXIBLE»: LA CUESTIÓN RELATIVA AL USO DEL SUELO, VUELO Y SUBSUELO

La orografía de las casas cueva puede dar lugar a específicos problemas relacionados con el vuelo y el subsuelo y la anexión de plazas o patios. Si observamos la situación o excavación de las mismas, vemos que algunas aparecen excavadas y semienterradas en laderas de cerros y colinas, otras aparecen enterradas en cerros (con fachada en muchos casos enalada) sin perjuicio de que, con acceso desde caminos superiores, otra casa cueva distinta se superponga a ella, situándose en sentido vertical. Así, en estos últimos casos, en mayor o menor extensión, podemos estar en el mismo escenario de las construcciones superpuestas⁴³.

En relación con el subsuelo, puede ocurrir que la cueva se «expanda» en sentido horizontal por las sucesivas ampliaciones que respondan a una mayor necesidad habitacional en la misma⁴⁴. En estos casos, la superficie de la casa cueva inicial no se corresponde con la actual lo que, hemos visto, conlleva problemas a la hora de determinar cuál era la superficie exacta de la casa cueva, cuando esta es contradicha por el titular de la finca colindante. En la extensión hacia el subsuelo se alega el artículo 350 del Código Civil⁴⁵ y en la extensión «horizontal» la accesión invertida, frente a las reclamaciones de los que crean tener mejor derecho. Esta cuestión de la propiedad «flexible» da lugar a importantes problemas entre titulares⁴⁶. En principio puede existir un derecho a expandirse, creando nuevas estancias, mientras no se expanda en el terreno del colindante⁴⁷. En esta materia, para la resolución de conflictos entre colindantes, las acciones posesorias han sido el medio más utilizado tanto para paralizar una obra como para reclamar, en general, el cese de las perturbaciones.

Otra cuestión bastante corriente, a la que ya se ha hecho mención, es que la casa cueva tiende a ocupar igualmente el suelo (la superficie) que se halla en su entorno, configurando placetas, adarves etc... Resulta de interés estudiar si lo ocupado es suelo público o pertenece a las distintas edificaciones que la rodean. Tarea en muchos casos difícil. Esas placetas de entrada o previas a la vivienda constituyen un filtro que matiza las relaciones interior-exterior y una forma de colonización del entorno más inmediato⁴⁸. De ahí su importancia. Para su determinación es claro que solo se puede estar al caso concreto y que los signos que nos pueden llevar a una conclusión u otra son el estudio de las escrituras de propiedad, las inscripciones registrales y catastrales, sin olvidar el planeamiento urbanístico, y si todo ello falla, habrá que atender a datos o indicios como la existencia o no de alumbrado, de placa de señalización, de saneamiento público...

En relación con el vuelo, es fundamental determinar la situación de la cueva. Si esta es vertical, soportando el peso de la de encima cuyo acceso se produce por camino superior y tiene todo el vuelo intervenido, hay que decir que carece de posibilidad de expansión en altura, correspondiendo este a la casa cueva superior. Si solo parte de su vuelo es intervenido, se produce una situación de engalaberno donde, dependiendo de los elementos compartidos, tendríamos que hablar de una medianería horizontal o complejo privado simple o, en su caso, de un régimen de propiedad horizontal. Lo mismo puede ocurrir en cuanto a cuevas colindantes sitas en laderas que presenten superposiciones de habitaciones o estancias y compartan una plaza, patio o adarve común⁴⁹. En tales casos, la solución, como decimos, es la de las casas engalabernadas⁵⁰.

IV. LA CASA CUEVA Y SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Indicaba TORRES BALBÁS, en relación a las casas cueva de la Comarca de Guadix, que «la mayor parte están inscritas en el Registro de la propiedad y pagan contribución, unas libres de todo censo, otras que pagan el canon anual de una, dos, tres o más pesetas al dueño del terreno y algunas pertenecen a obras pías cuyo canon percibe el párroco. Los que actualmente excavan en terrenos del Ayuntamiento, se limitan a dar aviso de haberlas construido, para que las incluyan en el amillaramiento y quedan como propiedad particular con un censo moderado que pagan al municipio»⁵¹.

Esta afirmación peculiar y, lógicamente, falta de fundamento jurídico (solo pretendía describir y constatar los hechos sin entrar en mayor profundización), nos da norte para plantear los problemas que, desde el punto de vista registral, pueden darse en relación a la situación compleja de la casa cueva. Por un lado, como es lógico, para inscribir la transmisión de una finca que contenga una casa

cueva se necesita la previa inscripción del transmitente, imperativo del tracto sucesivo. Ahora bien, si la finca superficiaria con la cueva no estuviera inscrita, se habría de estar al procedimiento de inmatriculación de los artículo 203 y sigs. de la LH⁵² (y el expediente de dominio, o el doble título público no son procedimientos fáciles y rápidos⁵³). Por otro lado, si la inmatriculación del suelo y subsuelo (superficie y cueva) es compleja, más lo es la situación en la que la casa cueva es de titularidad distinta de la del suelo. Quizá sea este uno de los problemas más arduos de resolver, si lo que se pretende es inscribir la casa cueva únicamente, no perteneciendo la superficie física del terreno al propietario de la misma. La cuestión está en si la cueva en sí misma es inscribible, es decir, si se considera finca registral o no, porque esta va referida al plano de la superficie terrestre. Lo que es constatable, desde luego, es que en la vida extrarregistral, en todo tiempo, han existido superposiciones de propiedades en un mismo plano vertical. Esta propiedad volumétrica o por planos supone que puede no existir correspondencia del subsuelo con la superficie, en cuanto a titularidades. Y esto es claro desde el punto de vista urbanístico (así se desprende del artículo 26.1 a) del TRLSRU que, recordemos, afirma que finca es la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, abre folio en el Registro de la propiedad, tienen la consideración de finca registral, pero lo que no está tan claro es cómo conviven registralmente las distintas titularidades). Ciertamente, como hemos dicho, la resolución de 5 de abril de 2002, seguida por las de 2007⁵⁴, abrió la puerta a la consideración tridimensional del suelo. Consecuencia de tales resoluciones fue el artículo 17 del TRLS del 2008, recogido hoy en el citado artículo 26 del TRLSRU de 2015. Lo que ocurre es que el Registro de la propiedad, en muchas ocasiones, no ve clara esta apreciación sobre la base del principio de especialidad que le ata a la consideración superficiaria de la finca registral⁵⁵.

Por ello, los problemas a considerar en relación con la inscripción de una casa cueva son múltiples y difíciles, basados sobre todo en la especialidad que supone una construcción bajo suelo. Vamos a pensar en alguno de ellos y ver si hay posibilidad de solución.

a) Caso de inscripción de la superficie pero no la casa cueva, ínsita en su subsuelo, ambas pertenecientes al mismo titular. Conviene a su titular reflejarla en el Registro de la propiedad en aras no solo de conseguir mayor protección (seguridad frente a posibles alteraciones de la misma, ocupaciones por parte de terceros y alegación de presunciones registrales), sino además para el caso de una posible enajenación de una de las titularidades individualmente considerada (superficie o cueva vivienda). La cuestión es el acceso al Registro de la existencia de dicha casa cueva. Para que ello sea posible el notario y el registrador

habrán de seguir el procedimiento establecido en el artículo 28 del TRLSRU de 2015 y poder proceder así a la inscripción de la obra nueva terminada⁵⁶. El problema se presenta si el dueño de la superficie pretende vender únicamente esa casa cueva conservando el resto de la finca física.

b) Si esto es así, entraríamos en el segundo problema, porque estaríamos ya ante una propiedad en el subsuelo que no coincide con la de la superficie. ¿Sería posible la inscripción de la nueva titularidad de la cueva por parte del adquirente de la misma a través de una segregación de la finca matriz? E incluso, ¿podría ser inscrita la casa cueva sin que previamente lo esté el terreno superficial que la cubre? Esta cuestión pone de manifiesto, como se decía, que así como en el ámbito urbanístico el deslinde tridimensional de las parcelas o superposición de propiedades en el mismo plano o proyección vertical está admitido y contemplado, en el ámbito registral la cuestión ya no es tan clara a pesar de la resolución de la DGRN de 5 de abril de 2002 y, por ella, las de 2007 tantas veces mencionadas. Para inscribir la casa a favor del adquirente parece que la forma sería la constitución de un conjunto inmobiliario o, en su caso, si hay varios elementos compartidos —y no solo el cerro envolvente— un régimen de propiedad horizontal⁵⁷. En dicho conjunto inmobiliario se tendría que hacer constar el estatuto por el que se regirían sus relaciones. La técnica registral sería abrir un folio independiente a la unidad —casa cueva— segregada (por ser objeto autónomo de relaciones jurídicas) no desconectado del folio de la finca matriz⁵⁸. Es decir, articular su relación a través del doble folio propio de los conjuntos inmobiliarios. Pero, lógicamente, para su constitución se requiere la presencia de los afectados por él en el otorgamiento de la escritura pública. La cuestión está en que alguno de los titulares no quiera acceder a ello (por ejemplo, que no tenga el dueño del suelo —de la superficie— interés en la documentación pública del conjunto inmobiliario, pero que sí lo quiera hacer el titular de la casa cueva) o que incluso el dueño no pueda identificar (caso tampoco infrecuente). La única solución, si aquel es conocido, sería compeler judicialmente al que se niega a ello. Pero eso supone la judicialización del asunto y, en consecuencia, muchas casas cueva se encuentran sin inscribir, a pesar de que la publicidad registral sería fundamental, no solo para otorgar seguridad jurídica y publicidad al propietario en cuanto a su derecho sino incluso, por ejemplo, para poder pedir un préstamo con garantía hipotecaria para la rehabilitación y mantenimiento de las mismas.

A la vista de lo anterior, en el caso de que no fuera posible acudir al conjunto inmobiliario ¿se podría proceder a la inscripción de la casa cueva, sin afectar al principio de especialidad, describiendo clara e indubitadamente la finca física en que aquella se halla (no solo detallando sus linderos sino aportando planos y fotografías, hoy de fácil logro, con los nuevos instrumentos de geolocalización), aunque esta no conste en el Registro⁵⁹. Podríamos pensar en que la técnica para conseguirlo sería la inmatriculación de la casa cueva,

no estando inscrita la finca superficiaria que la recubre, pero sabemos de lo complicado del procedimiento. Según SORIA MARTÍNEZ, «no parece que la división de la propiedad por planos pueda realizarse sin resolver los problemas de coexistencia entre los distintos volúmenes que se reconozcan como finca registral. Tampoco parece que se pueda abrir por primera vez folio a un volumen subterráneo sin la previa inscripción de la finca total definida por su plano base horizontal, es decir, la delimitación de la superficie de la corteza terrestre que ha servido como base del sistema hipotecario hasta ahora y no parece que pueda ser sustituida por el momento»⁶⁰. Por su parte, LANZAS MARTÍN, para fincas físicas inscritas, afirma que «admitir que se pueda segregar de una finca registral preexistente, no una superficie de terreno, sino una parte de su subsuelo o, más concretamente, un determinado volumen subterráneo para crear una nueva finca registral independiente, supone una perturbación de los principios rectores de nuestro sistema hipotecario, ya que implica admitir que un mismo terreno pueda constar en el registro en dos folios diferentes: uno para el suelo-vuelo y otro para el subsuelo a través de la técnica de la segregación». Continúa este autor afirmando que «el ordenamiento proporciona los cauces para su constatación tabular, a través de una estructura piramidal de folios separados pero interdependientes como es la característica de la propiedad horizontal o de los conjuntos inmobiliarios». Añade, además, que «si se plantea la hipótesis de que la finca de la superficie no hubiera accedido al Registro, si se vendiera el subsuelo no cabría la inmatriculación de este, como tampoco cabe la de los pisos o locales en régimen de propiedad horizontal por sí solos»⁶¹. Pero claro es que aquí partimos del supuesto de que no se quiera o pueda inscribir la finca superficiaria y, además, comparar los pisos o locales en régimen de propiedad horizontal con la inscripción de la casa cueva, aunque pueda pensarse en cierta similitud, no parece equivalente porque, mientras que aquellos necesitan para su funcionalidad de la existencia de un suelo, una estructura y unos elementos comunes claramente identificados, la casa cueva puede existir por sí misma y funcionar como unidad autónoma ya que sus elementos constructivos son o están constituidos por el propio terreno circundante y no necesita de otros elementos ajenos para existir como tal. Se identifica por sí misma como lo hace el catastro (para girar los correspondientes recibos de IBI). Pero en todo caso, como hemos visto, la contestación a la pregunta planteada más arriba, hoy por hoy, sería negativa; la doctrina, con carácter general, no se muestra proclive a la inscripción registral de la cueva de forma independiente.

También se ha dicho que, en estos casos, habría de estarse al procedimiento al que se refiere el artículo 7 de la LH⁶² aunque, creo que este precepto, al hablar de «cualquier derecho real impuesto sobre la finca», en realidad se está refiriendo a los derechos reales limitados y no al derecho plenario, por muy peculiar que este sea. Hay que tener en cuenta que se quiere inscribir, no

un volumen subterráneo sin más, sino una construcción, una casa cueva (que, insisto, hoy puede ser claramente identificada).

Pero en todo caso, la previa inscripción superficial de terreno parece que se impone; quizá, porque se parte de un concepto de parcela «clásico» como un espacio poligonal cerrado. También el TR de la Ley del Catastro Inmobiliario (RDL 1/2004 de 5 de marzo) aclara que la cartografía básica para la identificación de fincas se obtiene mediante procesos directos de medición y observación de la superficie terrestre. El artículo 6^{TRLCI} hace referencia a los diferentes bienes inmuebles en los que solo pueden enmarcarse los vuelos o subsuelos como parte de una parcela definida por la cartografía o de un conjunto inmobiliario o propiedad horizontal, es decir que la ley solo considera inmueble el suelo físico. Por otra parte el artículo 7⁶⁴ afirma que tienen consideración de construcción, entre otros, los edificios que se hallen en el subsuelo. O sea, que las cuevas son construcciones pero no tienen entidad como inmuebles independientes, sino que quedan vinculadas al suelo bajo el que se asientan⁶⁵.

Sin embargo, llama la atención que la «Norma de entrega de actualizaciones de la cartografía catastral rústica y urbana» (2014) de la Subdirección General de Estudios y sistemas de información de la Dirección General del Catastro incluya un «caso especial de parcelas que tienen construcciones sobre el suelo de otra» en la que se contienen criterios para su representación gráfica. Con ello, se comprueba que, en realidad, se están reconociendo la existencia autónoma de estas situaciones de casas cueva ya que (aunque esta norma se refiera a la superposición de inmuebles), aparecen las mismas reflejadas en el Catastro siguiendo el criterio gráfico de representar independientemente el contorno de la cueva y el de la parcela sita sobre ella, asignando a cada una (cueva y parcela) referencias catastrales distintas⁶⁶. Además, el pretendido carácter inamovible de las reglas del Registro de la propiedad no es tal, y ello lo demuestra la admisión de situaciones nuevas como son los casos de las fincas especiales (aunque en estos casos se parte de la inscripción de la finca previa o matriz). En el caso de la casa cueva, la descripción de la misma, quedando perfectamente identificado el predio de la corteza terrestre sobre la que encuentra, supondría cumplir el principio de determinación⁶⁷. El problema de la desvinculación de la superficie y de la edificación subterránea, en el caso de inscripción de la casa cueva únicamente, podría resolverse con la indicación clara de la referencia catastral no solo de la casa cueva sino de la finca superficial bajo la que se halla. Esa referencia alfanumérica sería la que serviría para evitar dobles inmatriculaciones porque, con las herramientas informáticas actuales, no sería difícil programar una «alerta» en los Registros, para estos casos.

En fin, lo que está claro es que, en los últimos años, dados los nuevos y más precisos medios técnicos de descripción geofísica y gráfica y los avances en construcción, junto a la necesidad del aprovechamiento del subsuelo o creación

de espacios sobre y bajo rasante, habría que reflexionar si hay base para poder solventar estas situaciones de acceso al Registro de la propiedad de las casas cueva (esté o no la finca superficiaria inscrita). Ello supondría generalizar la coordinación, que ya se estaba produciendo en algunas zonas, de notarios y registradores con los servicios técnicos administrativos⁶⁸ y en concreto con el Catastro⁶⁹ que pretende la ley 13/2015⁷⁰. Y en todo caso, la idea de finca previa cerrada por línea poligonal definida en el plano de la superficie terrestre, ha de ser repensada por el legislador hipotecario, que sin perder en ningún caso el norte del principio de la determinación, ha de conseguir el ideal de la exactitud, adaptándose a las nuevas exigencias y necesidades urbanísticas⁷¹. Ahí queda por tanto, de nuevo, el reto; técnicamente parece posible aunque jurídicamente nos encontramos con la falta de anclaje de la desconexión de los distintos niveles afectados por la propiedad, que necesitaría de un *estatus* o régimen jurídico que regule sus relaciones por mínimas que estas sean (aunque no nos olvidemos de las relaciones de vecindad y medianería que recoge nuestro Código Civil). En todo caso, como se decía, el legislador hipotecario, sobre la base de ese artículo 26 TRLSRU, tendría que valorar la idea de construir una cobertura registral clara y precisa para dar respuesta a estas situaciones preexistentes de casas cueva ya que, a pesar de las indicaciones y argumentos aportados, el problema de la inscripción de las casas cueva se hace, en la actualidad, prácticamente irresoluble.

V. LA RESPONSABILIDAD

Ya se adelantaba que la jurisprudencia sobre responsabilidad civil y patrimonial en este ámbito es muy abundante, lo cual es lógico teniendo en cuenta el tipo de vivienda de la que estamos hablando. Los daños en las casas cuevas que se reclaman proceden de las actuaciones vecinales o de la actuación de la Administración pública (concretamente de los Ayuntamientos)⁷².

Con carácter general, estas especiales construcciones se configuran como estructuras sólidas, robustas e indeformables, por lo que, en principio, son difíciles los colapsos y hundimientos. A pesar de los distintos tipos de terreno, la compacidad de los mismos hace que tengan en común que sean suelos suficientemente resistentes como para garantizar la longevidad del hueco tallado, pero a la vez no con excesiva dureza para poder excavar⁷³. El agua y las infiltraciones son su mayor enemigo, junto con la rotura de saneamientos y otras conducciones. Cierto que los terrenos en los que se asientan las cuevas son muy impermeables y la resistencia al agua es grande, pero no absoluta. Ello permite que las humedades, que tardan en aparecer, sean tratadas adecuadamente. En todo caso, la caída de agua en condiciones normales y naturales no suele ser problemática por el carácter impermeable del terreno.

Esto es claro desde un punto de vista externo y geológico. Pero estas condiciones tan propicias a la estabilidad del terreno de asentamiento de las cuevas se hacen especialmente vulnerables si hay alteración de las mismas por parte del hombre. Y esto será así, lógicamente, porque se trata de casas vivienda y tienen que ser adaptadas a las condiciones necesarias para vivir adecuadamente. Aquí es donde comienzan los problemas: la falta de canalización de las aguas y saneamientos y su limpieza, las obras y ampliaciones realizadas (en la mayoría de los casos) sin mínimas condiciones de seguridad para el entorno y para los vecinos, el abandono de las mismas y la no realización de reparaciones imprescindibles que requiere toda construcción habitable para no causar perjuicio a la colindante... son causas repetidas en las reclamaciones por responsabilidad extracontractual⁷⁴.

Y uno de los datos importantes, en dichas reclamaciones, lo encontramos ya en el hecho de que para reclamar hay que darse «prisa». El plazo, como sabemos, es muy corto (un año) aunque la doctrina jurisprudencial es clara y contundente al considerar que dicho plazo ha de contarse, si los daños materiales son continuados pero consecuencia de una sola e instantánea actividad dañosa, desde que lo supo el agraviado. Y si la actividad dañosa continuada da lugar a una progresiva generación de daños, no podrá determinarse el *dies a quo* hasta tanto no se conozca de modo cierto el daño definitivo o, en su caso, cese de la actividad dañosa⁷⁵. Esto es importante en este ámbito y hay que estudiar detenidamente cuál ha sido la causa del evento dañoso y si sus consecuencias se han operado de forma instantánea o progresiva. En relación con casos de daños causados en las cuevas, la SAP de Granada (Sección 4.^a) de 25 de abril de 2014⁷⁶ considera que el evento dañoso (hundimiento del techo de la cueva) se produjo el 17 de diciembre de 2003 (lo que es probado por la demandada, Aguas de Guadix) y la reclamación se realiza el 10 de enero de 2005 por lo que tanto la primera como en la segunda instancia, consideran la demanda formulada fuera de plazo.

Por otro lado, en esta materia de responsabilidad el gran y fundamental problema es el de la prueba, que ha de ser cumplida y exhaustiva en la primera instancia, porque es al juez al que le corresponde la valoración de la misma (algo que no deja de consignarse en las sentencias de instancias superiores)⁷⁷. Precisamente se aprecia en las sentencias del TSJ de Andalucía, en la Sala de lo Contencioso, como la valoración hecha por el juez de instancia no se altera y si se rebaja la indemnización solicitada a la Administración es por la consideración de que, junto a la mala actuación de esta, hay que añadir otros agentes que no se han tenido en cuenta (como el descuido del propio propietario, paso del tiempo, caída de aguas pluviales...). Este es el caso de las sentencias del TSJ de Andalucía (Sección 1.^a) de 18 de noviembre de 2001⁷⁸, 16 de diciembre de 2013⁷⁹ o 5 de mayo de 2014⁸⁰.

Dicho esto, las causas de la responsabilidad por obras en las cuevas se pueden agrupar, muy genéricamente, en las derivadas por un lado, de la mala

actuación de los servicios municipales por dejación, normalmente, de sus deberes y, por otro, en las derivadas de obras de ampliación de las mismas por sus titulares (dada la flexibilidad propia de estas construcciones subterráneas) que pueden alterar o afectar a la estructura y condiciones de las vecinas colindantes, superiores o inferiores.

Así, por una parte, encontramos un buen grupo de sentencias que tienen por objeto la reclamación de responsabilidad patrimonial contra los Ayuntamientos cuando los daños proceden de la mala conservación de una calle que da lugar al hundimiento de una casa cueva sita bajo ella; o cuando falta el adecuado saneamiento en la vía pública que afecta a las cuevas que se encuentran en los terrenos adyacentes o inferiores⁸¹. Por tanto, junto a las ya citadas anteriormente, que condenan a la Administración, aun rebajando la cuantía de la indemnización por la existencia de concausas que llevan al resultado dañoso, se puede citar la STSJ de Andalucía (Sección 1.^a) de 14 de octubre de 2013⁸² que condena al Ayuntamiento a que se destierre y reconstruya la casa cueva debido al hundimiento de la calle superior.

Por otro lado, son también abundantes los conflictos que se generan entre los particulares por las obras que uno realiza y que afectan a los colindantes, en la mayoría de los casos siguiendo la práctica de la «autoconstrucción». Y es difícil configurar una clasificación; aun así, podríamos pensar en la siguiente, según la actuación realizada:

En primer lugar, las actuaciones que inciden en el sistema portante y envolvente de las casas cueva, como sería en aquellos casos de aprovechamiento de eras y corrales que suponen perjuicios para las que se hallan debajo de ellas por conllevar una rebaja del terreno, SAP de Granada (Sección 3.^a) de 21 de marzo de 2014⁸³; las que suponen movimientos de tierras en las superiores que afectan a las de debajo, SAP de Granada (Sección 3.^a), de 24 de mayo de 2013⁸⁴ y, en definitiva, las que supone modificación estructural del terreno, SAP de Granada (Sección 4.^a), de 2 de diciembre de 2011⁸⁵.

En segundo lugar, las actuaciones que, sin llegar a modificar el sistema portante de la cueva, sí que implican cambios en la configuración y características geofísicas de la superficie del terreno que la envuelve, como aquellas en las que se procede a la sustitución del muro existente entre ambas cuevas por una tapia y se procede al soterramiento y apropiación del cauce por donde desaguan las aguas del cerro, SAP de Granada (Sección 3.^a), de 12 de abril de 2013⁸⁶, o en las que se produce el vallado de la cubierta de la casa cueva que impide el acceso a la limpieza de la chimenea del colindante, SAP de Granada (Sección 4.^o) de 16 de mayo de 2014⁸⁷.

Y en tercer lugar, se encuentra el incumplimiento de los deberes de conservación que conlleva toda propiedad (art. 15 b) del TRLSRU de 2015, y en Andalucía el 155 de la LOUA), muy frecuentes por el estado de abandono en que se encuentran muchas cuevas, y cuyo incumplimiento puede ser causa de

daños para la colindante⁸⁸; o la ejecución de obras ajenas a la construcción tradicional de las cuevas, (por ejemplo, disposición de falsos techos enfoscados de cemento), que impiden la adecuada ventilación y transpiración del material constitutivo de la misma⁸⁹.

Pero todo ello, lógicamente, supone un problema de prueba que el demandante ha de realizar adecuadamente, y donde los dictámenes periciales son, en la mayoría de los casos, fundamentales porque determinarán específicamente la causa de los daños. En esta línea la SAP de Granada de 12 de diciembre de 2014 afirma que no se ha conseguido demostrar el hecho constitutivo de en la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido. La afirmación de la pericial carecen de sustento y ello lleva a la Audiencia a rechazar el recurso, avalando la decisión de la instancia⁹⁰.

VI. CONCLUSIÓN

Termino estas líneas, en las que he pretendido esbozar algunas cuestiones y problemas jurídicos que afectan a las casas cueva, afirmando que la protección de esta forma de hábitat desde muy distintos puntos de vista está hoy fuera de toda duda. No solo porque es parte de nuestro patrimonio cultural, de nuestro pasado y presente, sino porque ha proporcionado alojamiento durante siglos (y lo sigue haciendo) a muy diferentes grupos sociales, presentando características muy interesantes. Es un hábitat «negativo» en comparación con el de superficie tradicional. La excavación se contraponen a la construcción, el aporte de materiales se contraponen al vaciado del terreno; el trazado de las cuevas es «inverso» respecto de la superficie (las habitaciones de superficie se sitúan en las fachadas, mientras que las principales se sitúan en el interior), es un ejemplo de sostenibilidad⁹¹ y, por ello, insisto, estos hábitat —que siguen estando vivos en tantos lugares— deben ser decididamente protegidos (aunque, lógicamente, incorporen técnicas que mejoren su seguridad y nivel interno de confort) para que no desaparezcan y pierdan su identidad, pues cumplen un papel señero de nuestra singular manera de conciliar naturaleza y vida. Para ello, el compromiso del Derecho se hace fundamental: la protección jurídico-privada, registral y urbanística tienen aquí un campo más en el que implicarse.

RESOLUCIONES CITADAS

- SAP de Granada (Sección 3.^a) de 7 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001, 29048)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a) de 29 de mayo de 2003 (*JUR* 2003, 172636)

- SAP de Las Palmas de Gran Canaria, (Sección 5.^a) de 2 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 155307)
- SAP de Granada (Sección 3.^a) de 7 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009, 62478)
- SAP de Granada (Sección 3.^a) de 30 de noviembre de 2009 (*AC* 2010, 783)
- SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4.^a) de 20 de abril de 2010 (*JUR* 2011, 11199)
- SAP de Granada (Sección 4.^a) de 2 de diciembre de 2011 (Núm. resolución 508/2011)
- SAP de Granada, (Sección 3.^a) de 24 de enero de 2013, (N.^a resolución 24/2013)
- SAP de Granada (Sección 3.^a) de 12 de abril de 2013 (Núm. resolución 139/29013)
- SAP de Granada (Sección 3.^a) de 24 de mayo de 2013 (Núm. resolución 185/2013)
- SAP de Valladolid (Sección 3.^a) de 25 de noviembre de 2013 (Núm. resolución 278/2013)
- SAP de Cuenca (Sección 1.^a) de 26 de noviembre de 2013 (Núm. resolución 279/2013)
- SAP de Granada (Sección 3.^a) de 7 de febrero de 2014 (Núm. resolución 31/2014)
- SAP de Granada (Sección 3.^a) de 21 de marzo de 2014 (Núm. resolución 2920/2014)
- SAP de Granada (Sección 4.^a) de 25 de abril de 2014 (Núm. resolución 106/2014)
- SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4.^a) de 15 de mayo de 2014 (Núm. resolución 2031/2014)
- SAP de Granada (Sección 4.^o) de 16 de mayo de 2014 (Núm. resolución 135/2014).
- SAP de Alicante de 4 de diciembre de 2014 (Núm. de resolución 243/2014)
- SAP de Granada de 12 de diciembre de 2014 (Núm. resolución 306/2014)
- SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 5.^o) de 18 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 53560).
- SAP de Málaga (Sección 5.^o) de 26 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 140173)
- SAP de Granada (sección 3.^o) de 29 de mayo de 2015 (Núm. de resolución 123/2015)
- STS de 27 de octubre de 2014 (Núm. de resolución 2604/2014)
- STSJ de Andalucía (Sección 1.^a) de 14 de octubre de 2013 (Núm. resolución 2920/2013)
- STSJ de Andalucía (Sección 1.^a) de 18 de noviembre de 2013 (Núm. resolución 3858/2013)
- STSJ de Andalucía de 16 de diciembre de 2013 (Núm. resolución 3578/2013)

- STSJ de Andalucía de 5 de mayo de 2014 (Núm. resolución 1230/2014).
- RDGRN de 5 abril de 2002 (*Ar.* 2002, 8121)
- RDGRN de 27 de febrero de 2007 (*Ar.* 2007, 6139)
- RDGRN de 7 de febrero de 2014, (*RJ* 2014, 978)

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *Cuevas en la provincia de Granada. Aspectos técnicos, urbanísticos, legales, patrimoniales y perspectivas para el desarrollo local de la provincia*. Diputación de Granada. Proyecto Eurocuevas, Granada, 2007.
- *Comentarios a la Ley del Suelo* (coord. Avezuela Cárcel y *vid.* al Monferrer), Valencia, 2007.
- AGOUÉS MENDIZABAL (2005). La función social en la propiedad del subsuelo urbano, *RVAP*, núm. 73 (I).
- BOSQUE MAUREL (1962). *Geografía Urbana de Granada*.
- BOTANA GARCÍA (2004). La acción reivindicatoria. *Actualidad Civil*, tomo I.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (2006). La creciente importancia del subsuelo y su tratamiento urbanístico. *Ciudad y Territorio*, julio.
- GARCÍA BELLIDO. La ordenación urbanística del subsuelo. *Ciudad y Territorio*, vol. XXVIII, núm. 109.
- GARCÍA TORRECILLAS GARCÍA (2007). Titularidad jurídica de las viviendas-cuevas, en *Estudios en honor de Luis Rojas Montes*. Ilustre Colegio Notarial de Granada.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA (2010). El conjunto inmobiliario como supuesto de hecho básico para la aplicación del régimen de propiedad horizontal, *RCDI*, núm. 719, junio.
- GÓMEZ GÁLLIGO (2015). Grandes expectativas de la Ley 13/2015, de 24 de junio en relación a la coordinación del Registro de la Propiedad y del Catastro. *Revista CT/Catastro*, núm. 4, agosto.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ (2011). Calificaciones superpuestas sobre y bajo rasante: notas en torno al deslinde tridimensional de parcelas y su alcance práctico en el marco de la normativa estatal vigente. *Actum*.
- GONZÁLEZ-PÉREZ (2007). *Comentarios a la Ley del Suelo* (dir. González-Pérez), vol. I, Pamplona.
- GONZÁLEZ RÍOS. Problemática en torno a la propiedad y utilización del subsuelo. Comunicación del I Congreso Internacional: perspectivas del Derecho Inmobiliario y de la Edificación, Málaga, 11 y 12 de marzo de 2009.
- JUEZ PÉREZ (2015). Principales novedades introducidas por la Ley 13/2015 de 24 de junio, de reforma de la Ley hipotecaria y del Catastro inmobiliario, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 14.
- LANZAS MARTÍN. Segregación de volúmenes subterráneos, *RCDI*, núm. 701.
- LÓPEZ FRÍAS, A. (2009). Comentario al artículo 1941, en *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil*. 2.º ed. T. III (Dir. Pasquau Liaño, coord. Albiez Dorhmann y López Frías, A.) Granada.
- LUQUE JIMÉNEZ. Configuración registral del subsuelo disociado del suelo, *RCDI*, núm. 712.

- OLMEDO BENÍTEZ (1999). *Aproximación a una clasificación tipológica de la cueva granadina (una forma peculiar de hábitat subterráneo y ecosistema sostenible)*. Tesis doctoral inédita, Madrid.
- PAREJO ALFONSO. Algunas reflexiones sobre las cuestiones básicas del régimen jurídico del subsuelo. *Ciudad y Territorio*. Vol. XXVIII, núm. 109.
- PRADO GASCÓ. El sistema de bases gráficas como instrumento de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, *RCDI*, núm. 746, 2014.
- SORIA MARTÍNEZ. La inscripción separada del suelo y del subsuelo y la nueva regulación de la ley 8/2007, de suelo estatal, y su texto refundido aprobado por el real decreto-ley 2/ 2008: comentario a la doctrina de la dirección general de los registros y del notariado en relación con el artículo 17 de las citadas leyes, *RCDI*, núm. 709, 2008.
- TORRES BALBÁS (1923). *Estudio para el concurso Carro-Hidalgo*. Ateneo de Madrid.
- (1946). La vivienda popular en España, en *Folklore y costumbres de España*. Barcelona, (edición facsímil, Madrid, 1988).
- TORRES LANA (2008). La legislación estatal del suelo. *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 18, Cizur Menor.
- VÁZQUEZ ASENJO (2013). *Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*. Valencia.

NOTAS

¹ Así, Andalucía, Toledo y Aragón principalmente, pero también en otros lugares como en Levante, Madrid y Navarra. Factores determinantes para la existencia de cuevas son las características geológicas del terreno, su morfología y buena orientación, de acuerdo con la climatología del lugar. En la composición de este predominan unos materiales que, sin ofrecer una gran resistencia a ser horadados, son los suficientemente coherentes para que, dentro de ciertas condiciones, no ofrezcan peligro de derrumbamiento (*vid.*, BOSQUE MAUREL: «Geografía Urbana de Granada», 1962).

² Así, GARCÍA LORCA en su *Poema del Cante Jondo*: «De las cuevas salen largos sollozos (lo cárdeno sobre lo rojo)... Y de la cueva enclada tiembla en el oro (lo blanco sobre lo rojo)».

³ TOLKIEN comienza una de sus grandes obras, *El Hobbit*, diciendo: «En un agujero en el suelo, vivía un hobbit. No un agujero húmedo, sucio, repugnante, con restos de gusanos y olor a fango, ni tampoco un agujero seco, desnudo y arenoso, sin nada en que sentarse o que comer: era un agujero-hobbit, y eso significa comodidad». La descripción que este autor hace a continuación se podría aplicar a cualquier casa-cueva.

⁴ Entre otras, por ejemplo, leyenda de «La cueva de la mora» de Gustavo Adolfo BÉCQUER.

⁵ Estudio para el concurso Carro-Hidalgo. Ateneo de Madrid, 1923. Recogido también en «La vivienda popular en España» en *Folklore y costumbres de España*. Barcelona, 1946 (edición facsímil, Madrid, 1988, p. 217).

⁶ «La Ordenación urbanística del subsuelo» *Ciudad y Territorio*. Vol. XXVIII, núm. 109, p. 414.

⁷ En este sentido, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO afirma que tal vez en el futuro tengamos viviendas modernas en el subsuelo (más allá de las casas cueva que todavía existen en algunos lugares) «La creciente importancia del subsuelo y su tratamiento urbanístico», CT julio de 2006, p. 34. Afirma GARCÍA BELLIDO que «el subsuelo urbano actual aparece como un caos, una tierra de nadie, un cementerio de desechos, una fuente de abusos, negocios económicos muy rentables y una sima de incógnitas legales, controles y de información. Lo que ocurre

bajo la superficie es tan tarea de todos, tan competencia de los poderes públicos como lo es lo que se hace sobre la superficie, con la diferencia objetiva de su invisibilidad aparente, aunque sus efectos lleguen a ser similares, incluso con costes sociales más graves». *Ob. cit.*, p. 417

⁸ Así, en el PEPRI Albaicín (Granada, 1990), la única referencia al hábitat de cuevas se hace en relación al cómputo de aprovechamiento, que solo contabiliza el existente dentro de la proyección vertical de los límites de la parcela, y no fuera de sus límites. Solo contempla este Plan, por lo tanto, las situaciones existentes, reconociendo la posibilidad de que una cueva se extienda fuera de los límites de su propia parcela.

Las Normas Subsidiarias de Planeamiento de VALLE DE ZALABÍ (Granada, 1996) contienen un Anexo al Capítulo 30-Ordenanza para cuevas, que comienza con una reflexión acerca de que «*las condiciones de propiedad del suelo, sistemas de saneamiento, alineaciones, volumen edificable, altura de la edificación, ...constituyen los parámetros clásicos que regulan la función urbanística y que en esta zona no tienen una aplicación clara teniendo en cuenta las especialísimas condiciones del hábitat*» por lo que se redacta esta Ordenanza, que no permite la excavación de nuevas habitaciones.

Las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Cuevas del Campo (Granada, 1998; el topónimo ya indica la tradición de esta forma de hábitat en el municipio) contienen una Ordenanza para la tipología de cuevas, con el uso residencial unifamiliar, en la que se permiten nuevas edificaciones, siempre que no afecten a espacios sin edificar, accesos o áreas del cerro superior que afecten a más de una cueva o a cuevas de distinta propiedad; ni a áreas que afecten a cuevas existentes ni a los recintos a ellas vinculados. También prohíbe las intervenciones edificatorias en zonas que supongan el acceso de vehículos sobre otras cuevas o sobre otras propiedades.

El PGOU de Guadix (Granada, 2002) incluye una Ordenanza para el Hábitat de cuevas, que considera intervención autorizable la excavación de nuevas cuevas, en terrenos de propiedad privada o de dominio público, «*sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que sea pertinente otorgar por parte del titular del dominio público*», especificando que «*las licencias de excavación de cuevas se entenderán sin perjuicio de las condiciones que correspondan en relación al régimen de propiedad al que se vinculen, y a salvo del derecho de propiedad*».

El PGOU de Benalúa de Guadix (Granada, 2006) dedica el Título Tercero de las Ordenanzas al Hábitat en Cuevas. Destaca la definición que hace del «*engalaberno*» como «*servidumbres verticales entre las distintas viviendas o entre viviendas y espacios públicos*», de forma que «*existe engalaberno cuando en un mismo cerro existen cuevas en diferentes niveles (a veces hasta 3) o bien la vivienda en cueva queda bajo viales o infraestructuras urbanas*».

Esta ordenanza prohíbe la creación de nuevos engalabernos en cuevas de nueva construcción. Para obras de reforma en cuevas con engalabernos, señala que «*se regulará mediante las leyes de la propiedad horizontal*».

Para obras de adición de nuevas estancias, especifica que «*deben ser en el interior de la proyección horizontal de la propiedad a la que pertenece la cueva y nunca se harán adiciones de estancias con engalabernos*». De la misma forma, en cuevas de nueva construcción «*no se permiten los engalabernos ya que estas deben encajarse en el interior de la parcela catastral a la que pertenecen*».

El PERI-3 del Plan de Ordenación Municipal de Santa Cruz de la Zarza (Toledo, 2014) contiene una Ordenanza 11-Casas-cueva, que define la cueva como «*cavidad o espacio subterráneo delimitado, ya sea natural, ya construido artificialmente*, susceptible de ser aprovechado con independencia del suelo bajo el que se ubica, y cuyo uso principal es o puede ser el de servir de vivienda».

Por tanto, como se aprecia, las distintas figuras de planeamiento consultadas se limitan, en general, a reconocer las situaciones existentes, aunque asumiendo la posibilidad de que se extiendan bajo parcelas ajenas o bajo dominio público, apreciándose una tendencia, en los planes más recientes, a estudiar con mayor profundidad estas peculiares situaciones. En algunas ocasiones, ni siquiera permiten la excavación de nuevas cuevas (como en el PGOU de Granada o las Normas Subsidiarias de Valle de Zalabí), y normalmente limitan la nueva

implantación de cuevas a los límites de la propia parcela (Cuevas del Campo, Benalúa de Guadix, Santa Cruz de la Zarza). Únicamente el PGOU de Guadix contempla la posibilidad de cuevas de nueva construcción bajo dominio público.

⁹ Y es que la casa cueva ha pasado de ser considerada infravivienda a vivienda valorada en el ámbito del turismo y del ocio y descanso, siendo los barrios cueva (Sacromonte granadino, los de Guadix y su comarca, por ejemplo) muy demandados en la actualidad, ya como vivienda habitual, segunda vivienda, cueva turística o para diversos usos, restaurantes, bodegas, tiendas, zambras, museos...

¹⁰ Así, como afirma GONZÁLEZ RÍOS, a las limitaciones que las legislaciones sectoriales sobre aguas, minas, etc... imponen a aquel derecho, se suman las limitaciones recogidas en la Ley del Suelo y en las legislaciones urbanísticas autonómicas. Podría decirse, añade esta autora, que la función social de la propiedad juega de forma más intensa en relación al derecho de propiedad sobre el subsuelo que en relación al derecho de propiedad sobre el suelo. «Problemática en torno a la propiedad y utilización del subsuelo». Comunicación del I Congreso Internacional: Perspectivas del Derecho Inmobiliario y de la Edificación, Málaga, 11 y 12 de marzo de 2009. Afirma PAREJO ALFONSO que existe un límite natural que deriva de la noción misma del derecho de propiedad, límite que viene establecido justamente por el interés razonable del propietario determinado este, a su vez, por la *posibilidad real* de utilizar el subsuelo. «Algunas reflexiones sobre las cuestiones básicas del régimen jurídico del subsuelo». *Ciudad y Territorio*. Vol. XXVIII núm. 109, p. 394. Aunque para AGOUÉS MENDIZABAL, la falta de de seguridad jurídica que deriva de la teoría del interés, teniendo en cuenta los avances de la técnica, y la imposibilidad de fijar una cota de profundidad como determinante de ese interés, supone que la única alternativa reside en confiar la ordenación del subsuelo al planeamiento territorial y urbanístico. «La función social en la propiedad del subsuelo urbano». *RVAP*, núm 73 (I), p. 36.

¹¹ No se puede olvidar, además, lo que consigna la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación urbanística de Andalucía en su artículo 49.3: «El uso urbanístico del subsuelo se acomodará a las previsiones del Plan General, quedando en su caso su aprovechamiento subordinado a las exigencias del interés público y de la implantación de instalaciones, equipamientos y servicios de todo tipo. La necesidad de preservar el patrimonio arqueológico soterrado, como elemento intrínseco al subsuelo, supondrá la delimitación de su contenido urbanístico, y condicionará la adquisición y materialización del aprovechamiento urbanístico atribuido al mismo por el instrumento de planeamiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el instrumento de planeamiento no precise el aprovechamiento atribuido al subsuelo, este se presumirá público». Efectivamente, el instrumento de planeamiento se hace hoy protagonista y más allá del «interés» razonable del particular en su aprovechamiento, el subsuelo es dominio público. Afirma GARCÍA BELLIDO que no puede tratarse asimétricamente la edificación respecto al plano del suelo, como si solo contara lo que se ve dejando el subsuelo a su entera y secreta libertad de ocupación, por la manifestada razón de que el subsuelo también es dominio público sometido a los mecanismos de salvaguarda del interés común. «La ordenación urbanística del subsuelo» *cit.*, p. 431.

¹² En realidad, hasta la ley de Suelo de 2007, ninguna norma estatal había definido los conceptos de finca y parcela. Así se ha afirmado que el artículo 17 del TRLS (hoy art. 26 TR 15/2015) viene a definir los tres conceptos básicos en esta materia, la finca Civil, la finca registral y la parcela. *Vid.*,... *Comentarios a la Ley del Suelo* (coords. Avezuela Cárcel y *Vid.*, al Monferrer), Valencia, 2007, pp. 190 y sigs. Igualmente, GONZÁLEZ-PÉREZ afirma que el concepto de finca viene definido como la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusivamente a un propietario o a varios; la idea de la titularidad dominical es la que está presente. La parcela, la unidad de suelo que tenga atribuida edificabilidad y uso o solo uso urbanístico independiente, viene definida por otro criterio, que es el de tener atribuida la posibilidad de materializar por sí sola un aprovechamiento urbanístico, *Comentarios a la Ley del Suelo*. (dir. González-Pérez), vol. I, Pamplona, 2007, pp. 796 y sigs. También TORRES LANA afirma que la noción legal de parcela queda circunscrita a su condición de unidad de suelo pero está

inexorablemente anudada a la atribución de edificabilidad y uso o solamente de uso urbanístico independiente. Considera este autor que de ellas resulta una relación de género a especie y de potencia a acto. La parcela representa la pura potencialidad: o es edificable o tienen un uso urbanístico, el que sea. En absoluto es un concepto acabado, perfilado como puede serlo el de finca; pero tampoco lo es inerte, sino todo lo contrario, es dinámico, aparece integrado en un proceso. Se trata, pues, de un objeto cualificado por su destino. La Legislación estatal del Suelo. *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 18, Cizur Menor, 2008, p. 43.

¹³ «Titularidad jurídica de las viviendas-cuevas». *Estudios en honor de Luis Rojas Montes*. Ilustre Colegio Notarial de Granada, 2007, p. 418.

¹⁴ En este sentido, la Ordenanza 11. Casas-cueva (Ámbito PERI-3) del Plan de Ordenación municipal de Santa Cruz de la Zarza, en Toledo, afirma que «desde un punto de vista técnico-jurídico, la cueva puede definirse como «cavidad o espacio subterráneo delimitado, ya sea natural, ya construido artificialmente, susceptible de ser aprovechado con independencia del suelo bajo el que se ubica, y cuyo principal es o puede ser el de servir de vivienda».

¹⁵ Se ha hablado, como propuesta de «*lege ferenda*», del reconocimiento de una propiedad especial en la que «coexistiría un dominio pleno sobre la cueva —restringido en sus facultades a la delimitación del espacio en que la cueva consiste y sus elementos arquitectónicos—, con otro dominio de mayor extensión, al que el primero quedaría sometido, el de la finca física en que aquella se ubica. Pero entiendo que este es un planteamiento muy genérico que no aclara ni describe la situación, como ya pasó con la Propiedad Horizontal que también se la empezó denominando así. «Cuevas en la provincia de Granada. Aspectos técnicos, urbanísticos, legales, patrimoniales y perspectivas para el desarrollo local de la provincia». Diputación provincial de Granada, 2007.

¹⁶ Como afirmaba la RDGRN de 5 abril de 2002 (Ar. 8121), no cabe interpretar los preceptos del Código Civil relativos a la propiedad y a la accesión, según el viejo aforismo romano «*usque ad sidera usque ad infero*». Esta concepción liberal del dominio se ha visto extensamente modulada por la legislación especial y no se corresponde a la actual configuración del derecho de propiedad en nuestra Constitución. El dominio no se configura como un derecho ilimitado y unitario, en el que solo por vía de ley cabe restricciones a su contenido sino que por el contrario la función social de la propiedad, delimita intrínsecamente su expansión (cfr. art. 33 de la Constitución). El aforismo «*usque ad sidera usque ad infero*», referido a los derechos del propietario, cede frente al superior principio de la función social de la propiedad, de manera que además de las leyes especiales limitativas deben tenerse en cuenta aquellas otras cuyo objeto es la delimitación de las facultades del propietario, como ocurre en materia urbanística).

¹⁷ *Vid.*, en este sentido, por ejemplo, la Ordenanza 11 casas cueva (ámbito PERI-3) del Plan de Ordenación Municipal de Santa Cruz de la Zarza (Toledo).

¹⁸ Se excluyen aquí situaciones jurídicas distintas a las del derecho de propiedad como podría ser un arrendamiento de la cueva-vivienda realizado por el titular de la finca y cueva enclavada o la concesión de un derecho real de goce (usufructo, uso o habitación, superficie...) porque estaríamos a lo dispuesto en el título o contrato.

¹⁹ Se insiste en que puede ser difícil probar la titularidad de la casa cueva controvertida. La escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad o el acuerdo privado entre propietarios, donde se recoja la voluntad de las partes afectadas por la existencia de cuevas en el subsuelo, será la forma de prueba más fácil de dicha propiedad.

²⁰ *Vid.*, Artículo 30 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 3 de noviembre de 2003 y artículo 19 de la Ley de Montes de 21 de noviembre de 2003.

²¹ Aunque el complejo inmobiliario se presenta como una solución idónea, no es la única pues se reconoce clara y explícitamente por la Dirección General la opción de la segregación del subsuelo, cuando la escisión es total respecto del suelo. En estos casos existe una desconexión total de la superficie terrestre y no hay elementos comunes que impongan la necesidad de división horizontal o complejo inmobiliario, evitando de esa forma perpetuas relaciones de comunidad. Las relaciones entresuelo y subsuelo habrán de plantearse, enton-

ces, en términos de fincas colindantes desde un plano vertical. Así se manifiesta LUQUE JIMÉNEZ en «Configuración registral del subsuelo disociado del suelo», *RCDI*, núm. 712, p. 716. Por otro lado, GÓMEZ DE LA ESCALERA considera que para la constitución o nacimiento de un conjunto inmobiliario no es necesario la existencia de elementos comunes en copropiedad. Es claro que el punto de conexión jurídica más habitual y frecuente serán esos elementos pero también puede lograrse con servidumbres comunes o con determinadas limitaciones dominicales recíprocas o como meras obligaciones «*propter rem*» que pueden tener su origen en la voluntad privada o en determinadas cargas y obligaciones de origen urbanístico, «El conjunto inmobiliario como supuesto de hecho básico para la aplicación del régimen de propiedad horizontal» *RCDI*, núm. 719, junio de 2010, pp. 1044 y 1045.

²² Parece claro que para poder proteger estas construcciones, en muchos casos de interés histórico, es necesario dotarlas de los mecanismos jurídicos precisos. Como indica GARCÍA BELLIDO, el tratamiento urbanístico del subsuelo es necesario para legalizar las cuevas tan abundantes en toda la cuenca mediterránea, *ob. cit.*, p. 431.

²³ *Ob. cit.*, p. 210.

²⁴ *JUR* 2011, 11199.

²⁵ *JUR* 2007, 155307.

²⁶ *JUR* 2001, 29048.

²⁷ Este fue el caso de la SAP de las Palmas (Sección 5.º) de 18 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 53560). La Audiencia considera que la vivienda cueva fue cedida por la anterior propietaria, abuela de la apelante, pero se trata de una cesión meramente tolerada o consentida a la que puede poner fin cuando desee su actual propietaria, la apelada, y en nada empee a la calificación de la situación posesoria de la demandada como de precario el hecho de que abonara algunos gastos correspondientes a los suministros y servicios (agua y luz) del inmueble ocupado, en lógica contraprestación al uso y disfrute del mismo, sin que se haya probado el abono de renta o merced.

²⁸ Núm. de resolución 231/2014.

²⁹ En la SAP de Almería de 15 de marzo de 2003 se dice que en cuanto al título de dominio del demandante principal, en la escritura pública de compraventa que aporta como fundamento de su pretensión y de su propiedad, no aparece la cueva litigiosa, ya que, como él mismo ha reconocido, dicha cueva constituye una tercera habitación-cueva dentro de la vivienda que posee y situada a la izquierda de la entrada de la misma, distinta a las dos cuevas que constan en su título de propiedad aportado con la demanda. En consecuencia, con dicho título no puede acreditarse el dominio del objeto reivindicado. Tampoco consta dicha cueva en el catastro, donde sí figuran, en cambio, las cuevas contempladas en la escritura pública mencionada. *Vid.*, BOTANA GARCÍA: «La acción reivindicatoria». *Actualidad Civil*, núm. 11, 2004, tomo I, pp. 1318 y sigs.

³⁰ *JUR* 2009, 62478.

³¹ No hay que olvidar las ampliaciones que estas viviendas pueden experimentar según las circunstancias geográficas o geomorfológicas del lugar y que, si se dan los requisitos, puede dar lugar a la adquisición de su propiedad vía usucapión. Y por otro lado, si lo que hay es accesión invertida, lo que le generará, en su caso, y siempre que logre igualmente determinar qué parte de su propiedad es la invadida, será una compensación económica e incluso una indemnización de daños y perjuicios. Además, aunque se actúe de mala fe, la demolición no tendrá lugar si se causan daños al resto del edificio construido en suelo propio.

³² *JUR* 2015, 140173. En este caso, efectivamente, la acción declarativa entablada por la actora no prospera porque no se consigue presentar un título que acredite la adquisición del dominio de las cuevas y su perfecta identificación.

³³ Núm. de resolución 278/2013.

³⁴ La STS de 27 de octubre de 2014 (Núm. de resolución 2604/2014) recoge la doctrina jurisprudencial sobre la posesión en concepto de dueño. En este caso, frente al ejercicio de una acción reivindicatoria, se alegó la accesión invertida y la prescripción extraordinaria, considerándose producida esta en la valoración de las pruebas por el juzgado de instancia.

No hay que olvidar que, en esta materia hay que tener en cuenta, como afirma la STS de 22 de mayo de 2008, que «el juicio de calificación mediante el cual se atribuye a los datos fácticos previamente fijados la significación jurídica de «en concepto de dueño» (concepto jurídicamente indeterminado) constituye una «*quaestio iuris*» y, por ende, es susceptible de revisión en casación. Y precisamente esa revisión, como afirma LÓPEZ FRÍAS, A., al analizar este precepto, se produce en numerosas ocasiones: el TS entra a valorar si se dan en el caso concreto las circunstancias o requisitos que el artículo 1941 impone a la posesión a los efectos de la prescripción adquisitiva, *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil. 2.ª edición*, T. III (Dirección, Pasquau Liaño, coord., Albiez Dorhmann, López Frías, A.) Granada, 2009, p. 4054.

³⁵ Es doctrina del TS que la mera tolerancia en la posesión es cuestión de hecho reservada, por tanto, al tribunal de instancia. LÓPEZ FRÍAS, A., *ob. cit.*, T. I, p. 1009.

³⁶ AC 2010, 783.

³⁷ JUR 2003, 172636.

³⁸ Y es que efectivamente, como ya dijo la antigua STS de 7 de junio de 1941, el correcto entendimiento del artículo 1941 exige no confundir dos fenómenos distintos: el primero es la aquiescencia tácita (o no oposición) del titular a la posesión del usucapiente, elemento que juntamente con otros, puede dar lugar a la consumación de la prescripción adquisitiva. Y el segundo es la realización de actos posesorios basados en la mera tolerancia o en una previa autorización del dueño. A esta última situación es a la que se refiere el artículo 1942 para dejar claro que en ella no se da la posesión apta para usucapir. *Vid.*, LÓPEZ FRÍAS, A.: *Jurisprudencia Civil comentada, ob. cit.*, p. 4058.

³⁹ Expediente núm. 1873/2011 de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Granada. Ref. Ejercicio de acciones civiles para recuperación de dominio en procedimiento de investigación de titularidad de las Cuevas en el Cerro de San Miguel (parcela municipal).

⁴⁰ La cuestión es realmente compleja. Y es que, dado el grado de degradación de la zona, se hace necesario una intervención por la Administración, pero hay gente que vive allí. Estos ocupantes junto a los movimientos «stop desahucios» se oponen radicalmente a que, a pesar de las malas condiciones de habitabilidad, el cierre de las cuevas se lleve a cabo.

⁴¹ *Vid.*, en este sentido, el Plan de la Alhambra, p. 44.

⁴² La intervención efectiva de los servicios sociales ha de estar, en todo caso, garantizada, pues si se produce un desalojo sin un plan concreto, coordinado y específico de estos servicios, la medida no habrá servido de nada ya que estas volverán a ocuparse una vez haya terminado la intervención policial. La coordinación de las distintas administraciones y de los servicios de las mismas se hace esencial.

⁴³ Por ejemplo, *vid.*, la SAP de Cuenca (Sección 1.ª), de 26 de noviembre de 2013 (núm. de resolución 279/2013). En este caso el problema se origina por la reivindicación de D. CASIMIRO de una cueva existente bajo el subsuelo de su vivienda, alegando los artículos 348 y 350 del Código Civil. El demandado, que es el que tiene la posesión, opone su título inscrito en el Registro en el que se describe, entre otras dependencias, la citada cueva con entrada a la izquierda y cuya superficie está ubicada en el subsuelo de la casa colindante. La Audiencia afirma que «el artículo 350 o el artículo 348 del Código Civil que a su favor invoca el actor no constituye un título oponible al del demandado, pues son preceptos generales que definen la extensión y límites del dominio como derecho genérico, derecho que proyectado sobre los concretos bienes inmuebles objeto del mismo queda limitado, en su concreción física, por el dominio que otros ostentan sobre los bienes colindantes».

⁴⁴ El Plan especial de la Alhambra habla de las cuevas de esquema sistema lineal y sistema ramificado, pp. 45-46.

⁴⁵ Que, como ya se dijo, lógicamente ha de tener en cuenta los límites que el propio precepto establece al aprovechamiento del subsuelo por el propietario (siendo las leyes de policía, las normas urbanísticas). Y más en estos casos si puede afectar con tal uso a las construcciones vecinas teniendo en cuenta las características geológicas (arcilla, yeso, sales) del terreno.

⁴⁶ OLMEDO BENÍTEZ habla de que otra característica de estas construcciones es su «intermitencia» tanto en el tiempo como en el espacio. El hábitat troglodita en sus años de

esplendor aparecía y desaparecía, se modificaba y renacía con una movilidad muy superior a la arquitectura de superficie. Aproximación a una clasificación tipológica de la cueva granadina (una forma peculiar de hábitat subterráneo y ecosistema sostenible). Tesis doctoral inédita, Madrid, 1999, p. 284.

⁴⁷ Esta tendencia a la expansión ha dado lugar, en ciertas zonas, a la figura del «picaor», experto en excavar la cueva sin invadir o alterar la colindante. Estas «expansiones» de las cuevas dan lugar a ampliaciones de obra nueva.

⁴⁸ *Vid.*, Plan especial de la Alhambra p. 45. Efectivamente, por ello, en algunas clasificaciones se habla de cuevas sobre calleo vereda, cueva sobre placeta, y cueva con corral o patio. El Catastro, en algunos casos, los incluye en la misma referencia que la casa cueva pero los Ayuntamientos los contemplan como de propiedad municipal, lo que origina importantes conflictos.

⁴⁹ A este respecto existe numerosa doctrina de las Audiencias Provinciales relativa a las casas cueva (como la SAP Valencia, Sección 8.^a de 4 de marzo de 2004, la SAP Alicante, Sección 7.^a, de 9 de febrero de 2004 o la SAP Segovia, Sección 1.^a, de 27 de noviembre de 2006), entre la que destacamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sec. 3.^a, de 24 de enero de 2013, núm. 24/2013, cuando se refiere a las «singularidades jurídicas de este tipo de construcciones en cuevas, ganadas al subsuelo, y de sus cubiertas formando, al menos, una medianería horizontal o tumbada que altera y condiciona, para una y otra parte, los derechos de propiedad en relación al suelo y al vuelo de las fincas, por lo que constituyen una clara excepción de la regla y presunción establecidas en el artículo 350 del Código Civil donde, respecto a la cual, la regla que define que «el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo» se ha matizado desde una larga y centenaria tradición jurisprudencial que, por un lado se limita a constatar que este principio constituye una mera presunción (*vid.*, SSTS de 3 de julio de 1907, 3 de julio de 1975 o 31 de mayo de 1997, en relación con las SSTS de 10 de julio de 1992 o 27 de enero de 2001), mientras que la STS de 3 de abril de 1984 no contempla este precepto como una regla absoluta de dominio, sino sujeta a limitaciones y con mayor elocuencia, la DGRN en resolución de 13 de mayo de 1987, ya consideraba factible la propiedad separada del subsuelo como unidad y finca independiente de la referida a la superficie que puede ser inscribible como tal finca independiente y en la resolución de 17 de noviembre de 1977, se admiten aprovechamientos independiente y compatibles del subsuelo por el no propietario sin necesidad de segregación, desde posiciones similares a la que trata con rigor la sentencia recurrida en orden a la comunidad de derechos generados sobre este tipo de viviendas».

⁵⁰ *Vid.*, en este sentido, LÓPEZ FRÍAS, M. J.: «La superposición de inmuebles estudio jurídico de las casas empotradas o engalabernos y de las casas a caballo» *RCDI*, 1999, pp. 87 y sigs.; y «Una nueva reflexión sobre la singularidad jurídica de algunas propiedades inmobiliarias: especial referencia a los adarves, engalabernos y cobertizos. Cuestiones actuales y proyección de futuro» *RCDI*, núm. 733, pp. 2577 y sigs. Así como MEDINA DE LEMUS: «Engalabernos», *RGLJ*, 2000; GOMÁ LANZÓN: «Las insuficiencias del régimen de la propiedad horizontal. Casas empotradas y a caballo: la finca tridimensional», *La Notaría*, núm. 9-10 septiembre 2001, p. 68; GÓÑZALEZ-SANTIAGO GRAGERA: «Casas empotradas con origen común: comunidad sui generis y no medianería horizontal», *BIB* 2008/505 sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales núm. 3/2008, Aranzadi, Pamplona 2008; ARNAU MOYA: «La variable naturaleza jurídica del engalaberno», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2011-1 núm. 26, p. 195. MATHEU DELGADO: *Derecho de vuelo y subsuelo*. Madrid, 2011, pp. 409 y sigs.

⁵¹ *Ob. cit.*, pp. 207, 208.

⁵² La Exposición de Motivos de la Ley de reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro de 2015 afirma que las modificaciones que se introducen en los procedimientos regulados en los artículos 198 a 210 de la LH tienen como objeto, por una parte, la desjudicialización de los mismos, y por otra, su modernización, sobre todo en las relaciones que han de existir entre Notarios y Registradores y en la publicidad que de ellos deba darse.

⁵³ A este respecto hay que reseñar el caso objeto de la RDGRN de 7 de febrero de 2014, en que se donó una casa cueva y luego se cedió a la sociedad de gananciales, lo que el registrador consideró como mecanismo fraudulento para conseguir los requisitos necesarios para la inmatriculación. Opinión que no compartió la Dirección General. El artículo 205 de la Ley 13/2015 regula la inmatriculación por título público de adquisición, recogiendo que entre el título público traslativo y el título público previo tiene que existir una diferencia de un año.

⁵⁴ En la RDGRN de 27 de febrero de 2007 (*Ar.* 2007, 6139) se decía que «no existen obstáculos estructurales en nuestro Ordenamiento jurídico para la configuración de un régimen distinto al suelo (que abarcaría, lógicamente, también el vuelo) y el subsuelo... No siempre y necesariamente debe acudir a una segregación de los terrenos subyacentes, sino que puede bastar una nueva delimitación del distinto régimen jurídico aplicable a cada volumen».

⁵⁵ Afirma LANZAS MARTÍN que «la constatación registral del subsuelo debe hacerse, como regla general, en el folio de la finca de la que forma parte. Frente a esta regla los avances de la técnica, de la arquitectura y de la ingeniería modernas, junto con las cada vez más complejas necesidades derivadas del desarrollo urbanístico y del tráfico jurídico y económico, reclaman nuevas soluciones jurídicas que desemboquen en el pleno reconocimiento de la posibilidad de atribuir al suelo, vuelo y subsuelo, regímenes jurídicos y titularidades distintas, cuando ello sea preciso». Pero, añade este autor, «no parece que para subvenir esta necesidad haya que violentar o quebrantar los principios básicos de nuestro Derecho Registral». «Segregación de volúmenes subterráneos», *RCDI*, núm. 701, p. 1405.

Sin embargo, me parece llamativo que el aprovechamiento urbanístico puede constituir una finca registral especial (RD 1997, 1093 de 4 de julio). Se permite la inscripción como finca especial disgregada del suelo y con apertura de folio independiente; por ejemplo, en el caso de que la Administración solicite que el aprovechamiento que le corresponda se inscriba bajo esa modalidad, como disgregada de la finca o fincas de que procede.

⁵⁶ Aunque, si se tratase de construcciones antiguas, habría que aplicar el procedimiento del artículo 28.4.

⁵⁷ Y ello porque, como afirma, SORIA MARTÍNEZ, el principio de especialidad impone la identificación de la porción de corteza terrestre sobre la que se asientan los derechos y las sucesivas fincas registrales objeto de inscripción, lo que conduce a mantener la técnica del conjunto o complejo inmobiliario como la única adecuada para la inscripción de las distintas fincas registrales que se sucedan en los planos verticales del dominio, según su definición en los títulos y en el planeamiento urbanístico. *Vid.*, «La inscripción separada del suelo y del subsuelo y la nueva regulación de la Ley 8/2007, de suelo estatal, y su texto refundido aprobado por el Real Decreto-ley 2/2008: comentario a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con el artículo 17 de las citadas leyes», *RCDI*, núm. 709, pp. 2227-2236.

⁵⁸ Esto es lo que propone GARCÍA-TORRECILLAS GARCÍA cuando afirma que si bien la cueva es un bien inmueble objeto de un derecho autónomo al de la superficie del suelo que sobre ella se sitúa, carece de tal autonomía a efectos registrales, debiendo figurar inscrita en el registro particular de la finca donde se halla excavada, y solo después de esta constancia en la finca matriz es posible que se le *apertura* historial aparte con el objetivo de dotar de mayor claridad al contenido del registro. «Titularidad jurídica de las viviendas-cuevas», *ob. cit.*, p. 434.

⁵⁹ No perdemos de vista que el sistema de bases gráficas registrales han revolucionado el funcionamiento de los Registros de la Propiedad. Y que, como afirma PRADO GASCÓ, la base gráfica registral que se obtiene mediante la validación por parte del registrador, interrelacionando el historial jurídico de una finca registral con un espacio geográfico determinado mediante la asignación de coordenadas UTM, supone un nuevo enfoque metodológico en la esfera formal, como reconoce el Proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro de 2014 («El sistema de bases gráficas como instrumento de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro», *RCDI*, núm. 746, 2014, p. 3193). Pero, como afirma JUEZ PÉREZ, hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2015 de reforma de las Ley hipotecaria y del Catastro

Inmobiliario se permitía una representación gráfica de los inmuebles que no tenía por qué coincidir con la catastral, sino que era propia de los Registros. Había en consecuencia, una doble representación gráfica oficial de los inmuebles, que como tal carecía de pleno sentido. Por eso, la ley 13/2015 quiere acabar con este estado de cosas y lograr un solo parcelario oficial, que, por los mayores y mejores medios, ha de ser el catastral. («Principales novedades introducidas por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de las Leyes hipotecarias y del Catastro Inmobiliario». *Revista Cesco de Derecho de Consumo*. Núm. 14/205, p. 133. Efectivamente, la Exposición de motivos de la ley 13/2015 afirma que: «...La finalidad de esta ley es conseguir la deseable e inaplazable coordinación Catastro-Registro, con los elementos tecnológicos hoy disponibles, a través de un fluido intercambio seguro de datos entre ambas instituciones, potenciando la interoperabilidad entre ellas y dotando al procedimiento de un marco normativo adecuado, y así, de un mayor grado de acierto en la representación gráfica de los inmuebles, incrementando la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y simplificando la tramitación administrativa». En este sentido, ya afirmaba VÁZQUEZ ASENJO que «siendo Registro y Catastro instituciones, conceptos, modos de trabajo, absolutamente diferentes, aparecen sin embargo como aspectos necesariamente inseparables. Se trata de las dos caras de una misma moneda (*Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*, Valencia, 2013, p. 27).

⁶⁰ *Ob. cit.*, p. 2234.

⁶¹ «Segregación de volúmenes subterráneos». *RCDI*, núm. 701, pp. 1403 y 1405.

⁶² *Vid.*, Cuevas en la provincia de Granada, *ob. cit.*, p. 25.

⁶³ «A los exclusivos efectos catastrales tiene la consideración de bien inmueble la parcela o porción de suelo de una misma naturaleza, enclavada en un término municipal, cerrada por una línea poligonal que delimita, a tales efectos, el ámbito espacial del derecho de propiedad de un propietario o de varios proindiviso y, en su caso, las construcciones emplazadas en dicho ámbito, cualquiera que sea su dueño y con independencia de otros derechos que recaigan sobre el inmueble.

⁶⁴ En su apartado 4.º, dice: «A efectos catastrales tendrán la consideración de construcciones: a) los edificios, sean cualquiera los materiales de que estén contruidos y el uso a que se destinen, siempre que se encuentren unidos permanentemente al suelo, con independencia de que se alcen sobre la superficie o se hallen enclavados en el subsuelo y de que puedan ser transportados o desmontados»

⁶⁵ Aunque afirma GARCÍA-TORRECILLAS GARCÍA que la legislación del Catastro considera «bienes inmuebles las construcciones aunque estén en el subsuelo, a las que se les asigna una referencia catastral constituida por un código alfanumérico que permite situarla, inequívocamente, en la cartografía oficial del catastro» *ob. cit.*, p. 45

⁶⁶ No nos olvidemos que el Catastro es un inventario de la totalidad de los bienes inmuebles de un país o región de este permanentemente y metódicamente actualizado mediante cartografiado de los límites de las parcelas y de los datos asociados a este en todos sus ámbitos.

⁶⁷ La resolución de 26 de febrero de 2007 es muy clara y realista y admite la segregación del volumen subterráneo, al margen de la figura del conjunto inmobiliario, y para ello exige la descripción de la finca o volumen subterráneo y la licencia municipal de segregación. Sus razones son la inexistencia de obstáculos derivados del sistema hipotecario, las excepciones al principio de accesión y la independencia entre las fincas resultantes de la segregación.

⁶⁸ Como afirma GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «es frecuente la relación entre notarios que requieren documentación y servicios técnicos administrativos que la aportan para la preparación de escrituras y es lógica la vinculación entre notarios y registradores, pero la comunicación entre servicios técnicos administrativos y registradores es prácticamente nula a nivel de legislación. Uno de los objetivos del anteproyecto del Reglamento de la Ley del Suelo es la mayor implicación de notarios y registradores en el proceso urbanístico», (Calificaciones superpuestas sobre y bajo rasante: Notas en torno al deslinde tridimensional de parcelas y su alcance práctico en el marco de la normativa estatal vigente, *Actum*, 2011, p. 17).

⁶⁹ Se decía, anteriormente que el Catastro va a representar gráficamente las parcelas de prácticamente todo el territorio nacional sobre la superficie terrestre. Sin embargo, cuando existe casas cueva también recoge la delimitación de su contorno, dándole referencia catastral distinta de las parcelas del suelo bajo el que se hallan. Esto serviría de gran ayuda al Registro de la propiedad: aprovechar la base de datos gráfica como complemento de la descripción del asiento registral. Es decir, le puede servir de orientación espacial para conectar fincas que existen en sentido vertical. Ha afirmado PRADO GASCÓ, que el Sistema de Bases Gráficas Registrales supone un nuevo enfoque metodológico, que no solo robustece la esencia y el fin que motivó la aparición del Registro de la propiedad, es decir la de aportar seguridad jurídica-inmobiliaria a las transacciones, sino que supera la problemática nacida de las carencias metodológicas tradicionales en la descripción física inmobiliaria y la coordinación entre parcela catastral y finca registral (*ob. cit.*, p. 3146). También VÁZQUEZ ASEÑO considera que el Registro, que da fe con plenitud de efectos jurídicos del contenido de sus declaraciones, no puede, sin embargo, hacerlo respecto de los predios no inscritos. Ello, afirma este autor, dificulta el conocimiento de la titularidad territorial y debe ser complementada con las declaraciones catastrales que se hacen del territorio no registrado. En la ficha de coordinación que estudia este autor cabría también hacer constar estas situaciones de las casas cueva, recogidas por el Catastro pero no en el Registro de la Propiedad. Lo cierto es que, en lo últimos tiempos, se han visto esfuerzos claros y propuestas concretas para alcanzar la ansiada coordinación. (*ob. cit.*, pp. 453 y sigs.). Y de ahí que la Ley 13/2015 haya querido recoger ese sentir. Y por ello, la página web de la Dirección General del Catastro dispone de un apartado específico sobre la coordinación entre el Catastro Inmobiliario y el Registro de la propiedad con el fin de que este incorpore la descripción gráfica georeferenciada de las fincas registrales, utilizando como base la cartografía catastral. Con ello se persigue dar mayor seguridad a los datos de ubicación, delimitación y superficie de las fincas registrales que son objeto del tráfico jurídico (<http://www.catastro.minhap.gob.es/esp/CoordinaciónCatastroRegistro.asp?idnotcom=584>).

⁷⁰ *Vid.*, en este sentido, GÓMEZ GÁLLIGO: «Grandes expectativas de la Ley 13/2015, de 24 de junio en relación a la coordinación del Registro de la Propiedad y del Catastro» en donde se analizan, en concreto, los servicios que han de proporcionar los Registradores de la propiedad a la Dirección general del Catastro y viceversa. *Revista CT/Catastro*, núm. 4, agosto 2015, pp. 24 y 25.

⁷¹ Y es que no me cansaré de insistir que es necesario un acercamiento del Registro a la realidad extrarregistral coordinada con la legislación urbanística porque el urbanismo toma en consideración volúmenes y elabora planes de ordenación cuyas referencias son la longitud, anchura, altura y volumen edificable (que incluso se puede transmitir como tal) y no tanto la superficie plana. Es decir, se trata de llegar a la finca tridimensional que exige la descripción del espacio por sus cuatro puntos cardinales, señalando los linderos superior e inferior. Supone descubrir y traducir, desde la visión hipotecaria, el concepto urbanístico de finca.

⁷² Se habla en este apartado de responsabilidad extracontractual. Pero es cierto que también podría pensarse en la aplicación de la LOE de 1999 a las casas cueva existentes, si requieren una rehabilitación integral (art. 2 LOE), de manera que las garantías del artículo 17 podrían ser exigidas por sus propietarios. Por otro lado, en las zonas donde el planeamiento permite la construcción de nuevas casas cueva, hay que entender que las responsabilidades y garantías de la LOE pueden exigirse de igual modo que respecto a cualquier otra construcción.

⁷³ *Vid.*, Cuevas en la provincia de Granada. Aspectos técnicos, urbanísticos, legales, patrimoniales y perspectivas para el desarrollo local de la provincia. Diputación de Granada. Proyecto Eurocuevas, Granada, 2007, p. 29.

⁷⁴ A ella hay que añadirle otros problemas derivados de su localización, proximidad a zonas de tráfico rodado, edificios u otras construcciones, cuevas engalabernadas o a caballo, las distancias entre las mismas...

⁷⁵ La STS (Sección 6.ª) de 30 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 3681), afirma que en los daños continuados, es decir, aquellos en que el daño se agrava día a día de manera prolongada en el

tiempo sin solución de continuidad, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad no empieza a computarse hasta que se agoten los efectos lesivos.

⁷⁶ Núm. de resolución 106/2014.

⁷⁷ Así en la SAP de Granada (Sección 3.ª), de 7 de febrero de 2014 (núm. de resolución 31/2014), se llega a la conclusión de que los daños proceden de las obras del propio demandante tras analizar cómo la humedad sube por capilaridad desde el suelo y no puede tener que ver con la humedad que pudiera aportar al terreno el riego por goteo instalado, que tendría que aparecer de arriba abajo y no al revés como de hecho se produce. En la SAP de Granada, de 4 de noviembre de 2013, tampoco se le da la razón a la demandante porque no logra probar la causa de las grietas y daños en su propio muro por derrumbe natural de la cueva colindante (núm. de resolución 351/2013). Y lo mismo ocurre en el caso resuelto por la SAP de Albacete (sección 1.ª) de 30 de noviembre de 2015 en el que existiendo problemas de humedades en la cueva de la actora, no logra probar que la causa de aquellas proceda de la actuación de sus vecinos, no dándose la relación de causalidad.

⁷⁸ Núm. de resolución 3858/2013.

⁷⁹ Núm. de resolución 3578/2013.

⁸⁰ Núm. de resolución 1230/2014.

⁸¹ Por ejemplo, la existencia de un solo colector que vierte las aguas de la calle superior en un lateral de la casa cueva o la mala construcción de muros en calles superiores que hacen que toda el agua de lluvia vaya a parar libremente a la cueva sita en la vía inferior por no tener, ni siquiera, bordillo.

⁸² Núm. de resolución 2920/2013. Y, por ello, los Ayuntamientos donde se sitúan estas construcciones están tratando de hallar soluciones que eviten estos casos, al considerarlos uno de los riesgos más importantes para la seguridad de las casas cuevas y su entorno.

⁸³ Núm. de resolución 75/2014.

⁸⁴ Núm. de resolución 185/2013.

⁸⁵ Núm. de resolución 508/2011. Existen aquí daños realizados por las obras de la cueva superior que cuenta con licencia pero a la que no se adaptó, sino que inició una obra mayor que implicó gran movimiento de tierras y modificación estructural del terreno.

⁸⁶ Núm. de resolución 139/2013.

⁸⁷ Núm. de resolución 135/2014.

⁸⁸ La ordenanza 11 del PERI-3 del Plan de Ordenación municipal de Santa Cruz de la Zarza (Toledo) menciona específicamente que «los usuarios de todas las cuevas existentes deberán mantenerlas en buen estado de conservación». A continuación afirma que «cuando una estancia se encuentre debajo de una calle u otro elemento sujeto a tránsito de vehículos o debajo de una propiedad ajena, no es posible asegurar de ninguna manera la longevidad de la estructura de la cueva. En estos casos y en todos aquellos en que la cueva sufra daños estructurales que puedan provocar el derrumbe o hundimiento parcial o total de la cueva, se ejecutará una nueva estructura abovedada en el interior de las habitaciones afectadas por este problema. Los materiales a emplear serán el hormigón armado o el ladrillo, manteniendo por cuanto sea posible la geometría original de la cueva». La SAP de Granada (sección 3.ª) de 29 de mayo de 2015 (núm. de resolución 123/2015) resuelve un supuesto de falta de mantenimiento de un cuarto de baño, anejo a una casa cueva, situado sobre otra que es lo que da lugar a que los demandados, ante la inacción de la actora, procedan a la reparación pero, al hacerlo, la actora considera que tal reparación arruina el cuarto de baño de su propiedad.

⁸⁹ No se nos escapa que, en ocasiones, puede apreciarse la existencia de concurrencia de culpas en las partes. Así en el caso de la SAP de Alicante de 4 de diciembre de 2014 (núm. de resolución 243/2014) en la que existiendo filtraciones de aguas procedentes de una finca superior (que ya habían dado lugar a daños) el dueño de la casa cueva no procedió a repararlos aunque había sido advertido del posible derrumbe. La conclusión es que el montante indemnizatorio correspondiente al demandado se fija en un 50% del importe en que se valora el daño ocasionado.

⁹⁰ Núm. de resolución 306/2014. Esta sentencia recoge la doctrina de que «la valoración de la prueba pericial corresponde a la función de los tribunales de instancia al tratarse de un medio de prueba de apreciación libre. Excepcionalmente se admite su revisión cuando se afecta al derecho de tutela judicial efectiva por incurrir el juzgador en error patente, arbitrariedad o irracionalidad, o bien cuando se contradicen las reglas de la sana crítica, que, si bien no están catalogadas ni son susceptibles de tal enunciación, sin embargo, se entienden violadas cuando se sigue un criterio contrario a los dictados de la lógica o del raciocinio humano (STS de 5-6-2008)».

⁹¹ *Vid.*, En este sentido, OLMEDO BENÍTEZ: «Aproximación a una clasificación tipológica de la cueva granadina (una forma peculiar de hábitat subterráneo y ecosistema sostenible)». Tesis doctoral inédita, *ob. cit.*, pp. 283 y sigs.

*(Trabajo recibido el 5-2-2016 y aceptado
para su publicación el 4-3-2016)*

DERECHO COMPARADO

¿Sacrilegio del derecho de propiedad? Fe pública registral y falsificación de documentos en el Perú

Sacrilege of property rights? Public faith in registration and documents forgery in Perú

por

FRANCISCO ESCAJADILLO CHIMAYCO*

RESUMEN: El presente artículo nos invita a reflexionar sobre la fe pública registral y el derecho de propiedad en los casos de fraude inmobiliario (falsificación de documentos o suplantación de identidades). En el Perú, existen dos posiciones que parecen ser irreconciliables. Por un lado, quienes defienden la fe pública registral sobre el derecho de propiedad; y, por otro lado, quienes defienden el derecho de propiedad sobre la fe pública registral. Es importante asumir una de las dos posturas en esta confrontación, dado que solo a partir de la discusión académica será posible hallar una efectiva solución a este problema.

* Abogado, con sustentación de la tesis intitulada «Protección Registral y Nulidad de Oficio del Título de Concesión Minera», por la Universidad de San Martín de Porres (Lima, Perú). Cursando estudios de Maestría en Derecho Registral y Notarial por la misma casa de estudios. Dirección Postal: Calle Joaquín Torrico, núm. 401, distrito de San Juan de Miraflores, provincia y departamento de Lima, Perú (Código Postal Lima 29). Correo electrónico: francisco.escajadillo@gmail.com

ABSTRACT: This article invites us to reflect on the public faith in registration and the property rights in the case of real estate fraud (falsification of documents or identities theft). In Perú, there are two positions that seem to be irreconcilable. On the one hand, those who defend the public faith in registration above the property rights; and, on the other hand, those who defend the property rights above the public faith in registration. It is important to assume one of the two positions in this confrontation, because only from the academic discussion will be possible to find an effective solution to this problem.

PALABRAS CLAVE: Propiedad. Registros públicos. Apariencia jurídica. Protección de terceros. Fe pública registral. Falsificación de documentos.

KEY WORDS: *Property. Public registry. Legal appearance. Protection of third parties. Public faith in registration. Falsification of documents.*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. EL DERECHO DE PROPIEDAD: 1. LA DEFINICIÓN. 2. MECANISMOS DE PROTECCIÓN. 3. CONFIGURACIÓN DEL HECHO ADQUISITIVO. 4. FUNCIÓN DEL REGISTRO EN EL HECHO ADQUISITIVO.—II. PROTECCIÓN REGISTRAL: 1. EL ACCESO AL REGISTRO Y LA DINÁMICA DE LOS PRINCIPIOS REGISTRAL. 2. APARIENCIA JURÍDICA Y PROTECCIÓN DE TERCEROS EN EL DERECHO CIVIL PERUANO. 3. FE PÚBLICA REGISTRAL.—III. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN: 1. FE PÚBLICA REGISTRAL VS. DERECHO DE PROPIEDAD: ¿QUÉ SE HA HECHO? 2. LA FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN EL PERÚ: TUTELA PUNITIVA.—CONCLUSIONES Y PROPUESTA.

INTRODUCCIÓN

En el Perú, desde hace algunos años se viene acentuando una grave crisis institucional en cuanto a la efectiva protección del derecho de propiedad, considerado como uno de los derechos patrimoniales más importantes (BULLARD, 2010, p. 36 y LEÓN, 2007, p. 50), así como *la pierre angulaire de tuote Civilisation* (DELSOL, 1878, p. 438).

El problema de esta grave crisis se suele relacionar con la aplicación del principio de fe pública registral en los supuestos de fraude inmobiliario. Dicho problema puede esquematizarse de una manera bastante sencilla: El propietario A es suplantado o se falsifica un documento en el que vende el inmueble X al sujeto B, tras inscribir dicha adquisición, B transfiere el inmueble X al sujeto C, quien también inscribe su negocio adquisitivo. Entonces, ¿es aplicable la protección de la fe pública registral en estos supuestos?

En este panorama, desde la doctrina se han esbozado distintas propuestas para su solución, mientras que a nivel normativo, se han colocado *parches* que no logran más que disimular la gran fisura generada en el corazón mismo del derecho de propiedad, esto es, su inviolabilidad; sin embargo, a pesar de todos esos esfuerzos, no se está atacando el centro del problema.

Es evidente que todos somos responsables de que se haya mermado la garantía constitucional del derecho de propiedad, desde los operadores del sistema registral (Sunarp), pasando por los malos notarios hasta llegar a los propios administrados que con sus actuaciones fraudulentas debilitan el sistema.

En este escenario, la defensa del derecho de propiedad suele hacerse a partir de conceptualizarlo como si se tratara de un derecho sagrado, es decir, como si toda afectación al mismo se tratara de un sacrilegio. Uno de estos sacrilegios es la fe pública registral. Es este el punto en el que se justifica la necesidad de analizar la problemática generada en torno a la falsificación de documentos y la justificación para la aplicación (o inaplicación) del principio de fe pública registral.

Es así que es necesario efectuar un análisis de las instituciones jurídicas involucradas. Por ello, en el Capítulo I abordaremos todo lo referente al derecho de propiedad y su adquisición; en el Capítulo II desarrollaremos la protección que brinda el registro a los actos inscritos, su contenido y sus límites arcifinios; finalmente, en el Capítulo III, podremos efectuar un análisis preliminar del conflicto; y, como resultado de lo investigado, poder establecer las conclusiones y propuestas.

I. EL DERECHO DE PROPIEDAD

1. LA DEFINICIÓN

Si existe un derecho real *par excellence*, sin duda, es la propiedad. Tamaña categoría responde a que, dentro de la temática de los derechos reales, la propiedad es el derecho que goza de un contenido más amplio (*plena in re protestas*), siendo, a su vez, el punto de partida de los otros institutos comprendidos (desmembraciones¹) dentro de la teoría general de los derechos reales, como lo son los derechos reales —denominados indistintamente— *accesorios, limitados o sobre bien ajeno*^{2,3} (*ius in re aliena*).

Sin perjuicio de su origen indiscutiblemente civil, nuestro Tribunal Constitucional (TC), al referirse al derecho de propiedad, ha dejado establecido que, además de ser un derecho subjetivo constitucional, es una garantía institucional. De ello, que el Estado se encuentre en la obligación de garantizar su inviolabilidad (sentencia recaída en el expediente Núm. 00011-2010-AI). Asimismo, para el TC, el derecho de propiedad tiene un *doble carácter* (sentencia recaída

en el expediente Núm. 0030-2004-AI/TC), ya que es un derecho subjetivo y, a la vez, es una institución jurídica objetiva portadora de valores y funciones. No solo eso, sino que la propiedad es también expresión tanto de la libertad personal como de la libertad económica (sentencia recaída en el expediente Núm. 03258-2010-AA).

Lo que hemos mencionado, nos lleva a afirmar que no estamos frente a un derecho subjetivo cualquiera, todo lo contrario, estamos en presencia de un derecho fundamental cuyos contornos inciden transversalmente en todo nuestro ordenamiento jurídico. No es para menos, ya que el derecho de propiedad junto a la libertad de empresa, son los pilares de nuestra economía nacional (art. 60° de la Constitución), radicando en todo ello, la importancia de su efectiva protección.

Fuera de nuestras fronteras, una destacable explicación sobre la necesidad de garantizar la propiedad, la encontramos en Jean-Étienne PORTALIS⁴ (2004) —conocido como uno de los redactores del *Code Civil français*— quien en su *Discours préliminaire du premier projet de Code Civil*, señaló que:

L'homme naît avec des besoins; il faut qu'il puisse se nourrir et se vêtir: il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Voilà l'origine du droit de propriété.

Personne n'aurait planté, semé ni bâti, si les domaines n'avaient été séparés, et si chaque individu n'eût été assuré de posséder paisiblement son domaine⁵, p. 65.

El énfasis del autor en la importancia de garantizar adecuadamente la propiedad, repercute en que ello permite que los individuos puedan internalizar correctamente las externalidades existentes, asumiendo directamente los costos y los beneficios de su actividad, generándose así —desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho— incentivos para la inversión, ya que el régimen de propiedad privada permite evitar lo que Garret HARDIN⁶ (1968) denominó *The tragedy of the commons* (La tragedia de lo común).

Si nos situamos en la perspectiva del sujeto de derecho, veremos que el derecho de propiedad es solo un subtipo comprendido dentro de una categoría teórica mucho mayor. El derecho de propiedad antes que derecho real es un derecho subjetivo^{7,8}. Por su parte, el derecho subjetivo se enmarca dentro de una categoría aun mayor denominada *situaciones jurídicas subjetivas*. Para entender bien los conceptos, de inicio precisaremos que las situaciones jurídicas son entendidas como «[s]ituaciones de vida que tienen relevancia jurídica» (PAIS DE VASCONCELLOS, 2005, p. 631); mientras que, las situaciones jurídicas subjetivas, *stricto sensu*, son «[p]roducto de la calificación jurídica de un interés» (MORALES, 2011, p. 62).

Es así que, las situaciones jurídicas subjetivas, pueden ser de ventaja (posición de preeminencia) o de desventaja (posición de subordinación). En nuestro

caso, se suele entender al derecho subjetivo como la más importante situación jurídica subjetiva de ventaja activa (ROPPO, 2007, p. 48), siguiéndole el poder jurídico, entendido como la capacidad de producir determinadas consecuencias jurídicas (ZATTI, 2005, p. 362); y, la facultad, entendida como situación del sujeto de realizar lícitamente un acto (NICOLÒ, 2005, p. 111).

Atendiendo a lo señalado, podemos advertir la imprecisión en la que incurre la definición normativa del derecho de propiedad contenida en el artículo 923° de nuestro Código Civil vigente, en cuanto señala que «La propiedad es un *poder jurídico* que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien(...)» (subrayado añadido). Como ha sido establecido anteriormente, incluso por el propio TC, estamos en presencia de un derecho subjetivo y no de un poder jurídico, ya que la categoría de los derechos subjetivos cumplen fundamentalmente una función sintética, comprendiendo en una sola definición el elenco de prerrogativas de su titular, como su contenido, presupuestos y protección (GIARDINA, 2003, p. 145). Además, que el derecho subjetivo es «[I]a forma jurídica de más intensa protección de un interés humano, en cuanto es la síntesis de una posición de fuerza y de una posición de libertad» (NICOLÒ, 2005, p. 109).

Sin perjuicio de ello, la definición normativa del actual artículo 923° del Código Civil es coherente con el pensamiento de sus redactores; por un lado, Lucrecia MAISCH VON HUMBOLDT, miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, identifica como uno de los elementos constitutivos de los derechos reales al poder jurídico del titular (MAISCH, 1984, p. 11); mientras que, por su parte, Jorge AVENDAÑO VÁLDEZ, en el artículo 30° de su Anteproyecto al Libro de los Derechos Reales, definió la propiedad en los mismos términos del texto vigente (AVENDAÑO, 1980, p. 768).

Es curioso que la definición normativa vigente de la propiedad diste mucho de su antecesora, dado que en el artículo 850° del Código Civil de 1936, se pudo leer que: «El propietario de un bien tiene derecho a poseerlo, percibir sus frutos, reivindicarlo y disponer de él dentro de los límites de la ley». Sobre dicho texto, un autor de la época, Germán APARICIO Y GÓMEZ SANCHEZ (1942), señaló que:

El artículo 850 sin definir ese derecho ni fijar su contenido taxativamente, expresa las principales facultades que comprende o los grandes atributos que lo constituyen, que son: la posesión, la reivindicación, la libre disposición y la percepción de frutos. Todo enmarcado dentro de los preceptos establecidos por el legislador, p. 374.

Un conocido autor nacional, afirma que en el derecho comparado la definición normativa de la propiedad no es precisamente uniforme (GONZÁLES, 2009, pp. 275 y 276). Así, señala que las definiciones contenidas en los distintos códigos civiles, pueden clasificarse en dos tipos: (i) los códigos que siguen la

tendencia del *Code Civil des Français*, promulgado en el año 1804 (art. 544); y, (ii) los códigos que siguen la tendencia del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) alemán, promulgado en el año 1896 (§ 903), definiciones que son reproducidas a continuación:

Code Civil	Bürgerliches Gesetzbuch
Titre II. De la propriété	Titel 1. Inhalt des Eigentums
544. La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglemeus ⁹ .	§903. Eigentümer einer Sache der Kann, das Gesetz oder nicht soweit Rechte Dritter entgegensthen, mit der Sache nach Belieben Elle Verfahren Jeder von und andere Einwirkun gausschließen ¹⁰ .

A partir de ello, es posible deducir que la definición normativa dada por el *Code Civil français* no es puramente descriptiva como se sostiene, dado que el artículo 544 del *Code* solo hace mención expresa al *jouir* y *disposer*, es decir, no se acoge una definición normativa de la propiedad fiel a los atributos que estudiaron los jurisconsultos romanos, como lo son el *ius utendi* (uso), *ius fruendi* (disfrute), *ius abutendi*, (disposición) y el *ius reivindicandi* (reivindicación), a diferencia de nuestro Código Civil que sí lo hace.

En la doctrina francesa, Charles AUBRY¹¹ y Charles-Frédéric RAU¹² (1897), dos juristas posteriores a la promulgación del *Code*, comentaron lo siguiente:

Les facultés inherentes à la propriété ne sont pas susceptibles d'une énumération détaillée. Elles se résument dans la proposition suivante: le propriétaire peut à volonté user et jouir de sa chose, en disposer matériellement, faire à son occasion tous les actes juridiques dont elle est susceptible, enfin exclure les tiers de toute participation à l'exercice de ces diverses facultés¹³, p. 256.

Siguiendo la definición romanista de la propiedad y apartándose —aunque ligeramente— de la definición hecha por el *Code*, Jean-Joséph DELSOL (1878) en su *Explication Élémentaire du Code Civil*, definía la propiedad como el derecho de «user (*utendi*), de *jouir* (*fruendi*) et de *disposer* (*abutendi*) d'une chose de la manière la plus absolue [...]»¹⁴, p. 439.

Por su parte, las definiciones que siguen la línea del BGB alemán, son de carácter abstracto, es decir, omiten definir la propiedad en base a la enumeración de sus atributos¹⁵. Sobre ello, Martin WOLFF (1971) señala que «La propiedad como derecho subjetivo no es idéntica a la suma de las facultades particulares en ella contenidas; en este sentido se la puede definir como un derecho *abstracto*

[...]», p. 327. La influencia del Derecho Romano en el BGB es innegable, de ello que Eugéne PETIT (1983) nos dice que «Los jurisconsultos romanos no definen el derecho de propiedad, que, en efecto, escapa a toda definición por su sencillez y extensión. [...] Por eso, solo se limitan a estudiar los diversos beneficios que procura la propiedad», p. 240.

De otro lado, el profesor peruano, Freddy ESCOBAR ROZAS (2001), crítica los atributos de la propiedad contenidos en la definición normativa del artículo 923° del Código Civil, pues considera que «[n]i la facultad de disponer ni la de reivindicar forman parte del mismo [derecho]», p. 106, para arribar a dicha conclusión, inicia por diferenciar entre *propiedad* y *titularidad*, precisando que:

[I]a primera [propiedad] es una herramienta que permite desplegar un conjunto de comportamientos (sobre una cosa) para satisfacer determinadas necesidades (patrimoniales) del sujeto de derechos, la segunda [titularidad] es una herramienta que permite identificar a quién le corresponde la posibilidad de desplegar el referido conjunto de comportamientos, p. 109.

Sobre la base de dicha diferenciación, sostiene que:

En mi opinión, las facultades de disposición y de reivindicación no pueden formar parte del contenido del derecho de propiedad. Con esto, obviamente, no pretendo afirmar que el propietario no pueda disponer o reivindicar, sino únicamente sostener que cuando aquel efectivamente dispone o reivindica, no hace otra cosa que «actuar» una situación jurídica subjetiva distinta al derecho de propiedad que le pertenece, p. 110.

Así, entiende que «[I]a facultad de disponer no deriva del derecho de propiedad sino de la relación de titularidad o pertenencia», p. 112, por su parte, señala, con bastante lucidez, que la reivindicación es «[u]n mecanismo de tutela del derecho de propiedad, esto es, una herramienta que el ordenamiento le otorga al titular de este derecho [...]», p. 115, de ello que ni la disposición ni la reivindicación sean atributos propios del derecho de propiedad, sino que son propios de la titularidad establecida sobre dicho derecho.

No obstante, discutir sobre qué definición es la más adecuada solo nos lleva a un objetivo fútil. La importancia de estudiar el derecho de propiedad reside en analizar la utilidad del concepto, así, en los términos señalados por el profesor italiano Stefano RODOTÀ (1986) «[s]on las técnicas de la propiedad las que resuelven el problema de los recursos escasos en términos de atribución del derecho a su utilización a algunos sujetos con exclusión de los demás», p. 31. En esa línea de razonamiento, estamos convencidos que la institucionalización

de la propiedad es útil en la medida que otorga a su titular un efectivo poder de exclusión¹⁶.

En este punto, como bien lo señala Louis JOSSERAND¹⁷ (1950), «La situación preponderante, omnipotente del dueño es la resultante de la prohibición para los demás de tocar la cosa, de usurpar las prerrogativas de su legítimo propietario», p. 103.

Es a partir de este poder de exclusión, como oponibilidad *erga omnes*, que se suele entender a la propiedad como un derecho absoluto, o mejor aún, en palabras del propio Louis JOSSERAND (1950) «Un *poder absoluto* es necesariamente *exclusivo*», p. 103; en contraposición a esa tesis, existe un sector que niega el carácter absoluto del derecho de propiedad, considerando que su propio contenido social se impone como límite al ejercicio de sus atributos. Así, por ejemplo, el profesor de la *Universidade de São Paulo*, Carlos Albertos DABUS MALUF (2007), afirma que «o direito de propriedade não mais se reveste do caráter absoluto e intangível, de que outrora se impregnava. Está ele sujeito, na atualidade, a numerosas limitações, impostas pelo interesse público e privado, inclusive pelos princípios de justiça y do bem comum»¹⁸, p. 8.

Sin embargo, consideramos que se suele tener una lectura equivocada sobre la llamada absolutividad, ya que, como se ha señalado, es expresada en esos términos con la finalidad de enfatizar en la fuerza excluyente que proviene de la propiedad, incluso, el propio Louis JOSSERAND (1950), luego de referirse al poder absoluto del titular del derecho de propiedad, reconoce que «[t]odas las facultades jurídicas, por la razón de que se realizan en un medio social, comportan fatalmente límites; se encuentran comprimidas en nombre de situaciones, de aspiraciones igualmente respetables que reivindican su parte legítima [...]», p. 103. Entonces, entender a la propiedad como un poder absoluto no es contradictorio con respetar los límites objetivos que imponga el ordenamiento jurídico.

Hasta este punto queremos resaltar lo siguiente: El derecho de propiedad es uno de los derechos más importantes dentro de nuestro Estado Constitucional de Derecho, ello hace que esté revestido por una esfera de protección especial, haciéndolo inviolable, sin embargo, la propia función social que cumple la propiedad se impone como un límite arcifinio del mismo derecho.

2. MECANISMOS DE PROTECCIÓN

Como bien ha sido señalado por el filólogo norteamericano Robert LEFEVRE¹⁹ (2013) «[I]a conducta que «debería» ocurrir no puede ser otra que aquella según la cual, cada persona reconoce los derechos de propiedad de otra persona. [...] En caso contrario, el concepto de propiedad privada no sería práctico y carecería de sentido», p. 124. En ese sentido, la tutela de la propiedad a través de sus mecanismos de protección, no es más que una respuesta frente a una

conducta no deseada, dado que el escenario deseado no puede ser otro en el cual se respete el derecho de propiedad, sin embargo, en la medida en que eso no ocurre en la realidad, el ordenamiento jurídico tiene la obligación de contar con distintos mecanismos que permitan garantizar a su titular el pleno goce de los atributos del derecho de propiedad. En palabras de un sector de la doctrina alemana representada por WESTERMANN, GURSKI y EICKMANN (1998) «[I]a atribución omnímoda de la cosa al propietario tiene como finalidad asegurarle el disfrute imperturbable de la misma», p. 455.

Así, Luiz Guilherme MARINONI (2008) realiza una importante precisión a partir de una pregunta:

¿cuál es la razón de ser de las normas de protección? [...] tales normas son dictadas a partir de la premisa que ciertas conductas deben ser evitadas. Sin embargo, para que el Estado, cumpla efectivamente su deber de protección, no es suficiente la denominada protección normativa material, sino que es necesaria también, la protección normativa procesal [...], p. 63.

Entonces, no solo basta la tutela del derecho material, sino que es necesario que exista el camino procesal que permita hacer efectiva la tutela material del derecho de propiedad. Solo con ello, podrá cumplirse la afirmación que hace Alfredo BULLARD (2011), cuando señala que:

La propiedad genera un «halo» protector que impide a los terceros desarrollar determinados comportamientos perturbadores con respecto al bien. Derivado de esta protección es que el propietario puede usar, disfrutar y disponer del bien (...) Cuando el Código define propiedad, parecería definir facultades sobre el bien, pero en realidad lo que hace es señalar qué es lo que encontramos dentro del cerco que esta extiende, p. 344.

Sobre el esquema expuesto, es que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto una serie de consecuencias jurídicas (mecanismos de protección) frente a la afectación del derecho de propiedad, como lo son:

- i) la prescripción adquisitiva de dominio (art. 950° del Código Civil);
- ii) la reivindicación (arts. 927°, 979° y 665° del Código Civil);
- iii) el remedio resarcitorio en los casos de afectación del derecho de propiedad (arts. 924°, 931°, 934°, 943°, 945°, 956°, 959°, 960°, 961°, 962°, 963°, 975° y 976° del Código Civil);
- iv) la indemnización justipreciada dentro del esquema de la expropiación y la servidumbre minera (art. 928° del Código Civil, art. 13° del Decreto Legislativo núm. 1192 y Reglamento del art. 7° de la Ley núm. 26505 aprobado por Decreto Supremo núm. 017-96-AG)²⁰;

- v) el deslinde o amojonamiento (art. 966° del Código Civil);
- vi) la facultad de cortar ramas o raíces de árboles vecinos que se extiendan sobre el predio (art. 967° del Código Civil);
- vii) la rectificación de áreas y linderos (arts. 504° al 508° del Código Procesal Civil y art. 13° de la Ley núm. 27333);
- viii) la duplicidad de partidas (arts. 56° al 63° del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por resolución del Superintendente núm. 126-2012-SUNARP-SN y la Segunda disposición transitoria del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado por resolución del Superintendente núm. 097-2013-SUNARP/SN);
- ix) el mejor derecho de propiedad (art. 1135° del Código Civil);
- x) la fe pública registral (art. 2014° del Código Civil y art. VIII del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos);
- xi) la tercería de propiedad²¹ (arts. 533° al 539° del Código Procesal Civil);
- xii) desalojo por ocupante precario (arts. 585° al 596° del Código Procesal Civil)²²;
- xiii) la usurpación (art. 202° del Código Penal);
- xiv) daño simple o agravado en un bien (arts. 205° y 206° del Código Penal);
- xv) el delito de estelionato (numeral 4 del art. 197° del Código Penal); y,
- xvi) falsificación de documentos e ideológica (art. 427° y 428° del Código Penal).

A través de este elenco de mecanismos de protección es que se garantiza el respeto de la integridad del derecho de propiedad. Este respeto no debe ser entendido en términos estrictos, sino, por el contrario, proponemos una interpretación un tanto más flexible, dado que, por ejemplo, la expropiación se estructura como un supuesto de excepción de la inviolabilidad constitucional del derecho de propiedad, sin embargo, no representa *per se* un acto arbitrario, debido a que se restringe a causas específicas y, además, condiciona su realización (carácter forzoso) al previo pago de la indemnización justipreciada (hoy también conocida como tasación²³), ocurriendo exactamente lo mismo en el caso de la imposición de una servidumbre administrativa, como la servidumbre minera; todo lo contrario, solo podría considerarse arbitrario un escenario en el cual, el Estado adquiera derechos de propiedad privada, sin pagar nada a sus titulares.

3. CONFIGURACIÓN DEL HECHO ADQUISITIVO

En términos generales, toda norma jurídica se compone por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. En este esquema, el supuesto de hecho, como hecho jurídico hipotético, es el criterio que permitirá establecer la aplica-

bilidad de la consecuencia jurídica. Los derechos subjetivos, como la propiedad, son propiamente efectos jurídicos, dado que la norma es la que establece los supuestos en los cuales se puede reputar propietario a un sujeto; en esa línea de razonamiento, será la propia norma la que señalará el hecho que deberá producirse en la realidad para que se ligue el efecto de la adquisición de la propiedad de un bien, lo que denominaremos: hecho adquisitivo.

La profesora de la Universidad Autónoma de Barcelona, María del Carmen GETE-ALONSO (1997, pp. 431-434), ha dedicado unas líneas al nacimiento de los derechos subjetivos, estableciendo que dicho fenómeno jurídico ocurre con la producción del hecho real al que el ordenamiento jurídico liga tal efecto, tras concurrir todos los presupuestos y requisitos que se exigen en cada caso concreto. Partiendo de ello, dicha autora, analiza los modos de adquisición de derechos subjetivos según los siguientes criterios:

- Eficacia reconocida a la voluntad humana: (i) Adquisición *ex lege* (efecto adquisitivo no depende de la voluntad); y, (ii) adquisición voluntaria o negocial (efecto adquisitivo tiene su fuente en la voluntad).
- Dependencia o independencia de la situación jurídica: (i) Originaria o *ex novo* (sin relación de causalidad con una situación jurídica anterior); y, (ii) derivativa (con relación de causalidad con la anterior situación jurídica).
- Formación del supuesto de hecho: (i) Adquisición instantánea (simultaneidad entre la producción del hecho y la adquisición del derecho); y, (ii) Adquisición sucesiva (ocurrencia de un hecho jurídico complejo o de varios).

Es así, que nuestro Código Civil establece 5 hechos adquisitivos que son los siguientes: (i) la apropiación (art. 929° del Código Civil); (ii) la especificación y mezcla (art. 937° del Código Civil); (iii) la accesión (art. 938° del Código Civil); (iv) la transferencia (arts. 947° y 949° del Código Civil); y, (v) la prescripción Adquisitiva de Dominio (art. 950° del Código Civil).

Siguiendo ese esquema, la apropiación es una adquisición de tipo voluntaria, originaria e instantánea; la especificación y mezcla, por su parte, es un tipo de adquisición *ex lege*, originaria e instantánea; la accesión es una adquisición de tipo *ex lege*, originaria e instantánea; la transferencia de la propiedad vía tradición o contrato, es de tipo voluntaria, derivativa e instantánea; finalmente, la prescripción adquisitiva de dominio, es un tipo de adquisición *ex lege*, originaria y sucesiva.

En el Capítulo Segundo que forma parte del Título II y de la Sección Tercera del Libro V de nuestro Código Civil, no solo se establecen los supuestos de adquisición de la propiedad, sino también se establecen límites para dichos supuestos e, incluso, hechos que no configuran propiamente una adquisición.

Pensemos en un momento en la apropiación, que solo puede darse sobre cosas libres (*res nullius*); así, a pesar que nuestro Código Civil enuncia qué cosas son consideradas libres, *v.gr.*, las piedras, conchas y cosas análogas que se hallen en el mar, ríos, playas u orillas (art. 929° del Código Civil), los animales de caza y peces; sin embargo, para el caso de la caza o pesca de animales, si la actividad se realiza en un predio ajeno, sin autorización del dueño o poseedor, no se adquiere la propiedad de los animales cazados o pescados (arts. 930° y 931° del Código Civil). Del mismo modo, tanto en el caso de hallazgo (por su ubicación, un supuesto de apropiación) de objetos perdidos, como en la búsqueda y/o descubrimiento de tesoros en terrenos ajenos cercados, sembrados o edificados, siempre que no se cuente con autorización del propietario, tampoco se configurará el hecho adquisitivo. Esta regla es tan sólida que, incluso, en caso de enajenación, vía *traditio*, de un bien mueble perdido, a pesar de que exista buena fe del adquirente (supuesto en el que se protege la apariencia del derecho), se desprende que este último no adquiere la propiedad (art. 948° del Código Civil).

Sin perjuicio de lo que ha sido mencionado, nos centraremos en el hecho adquisitivo más usual y que, además, es esencial en nuestro trabajo: la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles por medio del contrato.

Con la finalidad de tener presente la distinción, para el caso de los bienes muebles, el Código es claro cuando señala que se adquiere la propiedad por medio de la tradición, es decir, la posesión del bien aunada a la voluntad de enajenarlo, configuran el hecho adquisitivo (art. 947° del Código Civil). En el caso de los bienes inmuebles, no ocurre lo mismo, ello responde a que nuestro artículo 949° del Código Civil señala que la propiedad se adquiere con la sola existencia de la obligación de enajenar, siendo la existencia de dicha obligación, el hecho adquisitivo, lo que se suele identificar como el sistema consensual de transferencia de la propiedad.

En este punto, es necesario precisar que en el Derecho Comparado, básicamente, se reconocen 3 sistemas de transferencia de propiedad; en el primero, se sigue la tradición romana, en la que para transferir la propiedad se requiere del título (acuerdo) y el modo (tradición)²⁴; en el segundo, siguiendo el *Code français*, la transferencia de la propiedad opera con el solo contrato de transferencia, conocido como el sistema de transferencia consensual, espiritual o de unidad del contrato²⁵; en el tercer sistema, siguiendo al BGB alemán, la transferencia de propiedad se basa en un sistema abstracto²⁶, en donde la propiedad se adquiere con la inscripción registral.

Como puede desprenderse, nuestro ordenamiento jurídico, para la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles, se ha acogido al modelo francés. Sin embargo, es importante hacer notar lo que señaló Lucrecia MAISCH VON HUMBOLDT (1980), en su Anteproyecto al Libro de los Derecho Reales, respecto a la transmisión inmobiliaria:

La transmisión inmobiliaria es un arduo problema en países como el Perú, que no tienen el sistema catastral germánico. [...] Como es conocido este problema se planteó en el seno de la comisión codificadora de 1936, en la que surgieron dos tendencias: los Doctores SOLF y OLIVEIRA propugnaban un sistema dual, en el sentido que fuera obligatoria la inscripción referente a inmuebles registrados y facultativa para los demás, por otro lado, los Doctores CALLE y OLAECHEA consideraban que era muy peligroso tal dualidad, inclinándose por el mantenimiento del sistema imperante, no sin lamentarlo, ya que reconocían sus defectos, p. 853.

En el mismo Anteproyecto, concluía sobre el tema lo siguiente:

[d]esde la promulgación del Código [1936] la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble se ha generalizado y extendido en forma notable, no solo por las indudables ventajas y seguridades que brinda, sino también por exigencias de orden legislativo, como las de la Ley del Banco Hipotecario del Perú, la de la Reforma Agraria, etc.

Por estas razones, y siendo el problema de tanta trascendencia, la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil debería abocarse al estudio de esta materia, sopesando las razones en pro y en contra y la posibilidad de adoptar el sistema TORRENS en el Perú, tal vez en forma paulatina y progresiva [...], pp. 853 y 854.

Años más tarde, en el libro que la misma autora tituló «Los Derechos Reales», efectivamente reconocía las bondades del sistema registral en cuanto a la transferencia de propiedad, siendo un sistema más seguro y mucho mejor que el vigente; sin embargo, al no ser ajena a la realidad de nuestro país, solo se limitó a demostrar sus deseos de que algún día, en el Perú, se implante el registro constitutivo de derechos (MAISCH, 1984, p. 57).

Como puede apreciarse, si bien mantenemos la tradición francesa para la transferencia de inmuebles, nuestros codificadores, desde hace casi un siglo, han reconocido como *desiderátum* la adopción en nuestro país tanto del sistema alemán como del *Torrens* (Seguro de títulos).

Sin perjuicio de lo que hemos mencionado, es necesario introducir someramente en nuestro discurso, cuál fue el contexto en el que se forjó el artículo 1138° del *Code*, el mismo que es el formante legislativo de nuestro actual artículo 949 del Código Civil Como se sabe, en el derecho francés se seguía antes el principio del título y modo para la transferencia de bienes inmuebles, sin embargo, de acuerdo a la explicación de Charles AUBRY y Charles-Frédéric RAU (1897), se sabe que:

Ces principes [título y modo], admis en théorie dans les pays de Droit écrit-et même dans la majeure partie des pays coutumiers. avaient été profondément modifiés, du moins en matière immobilière, par les effets que la pratique, d'accord avec les dispositions de quelques coutumes, attachait à la clause de *dessaisine-saisine* insérée dans les actes notariés, en assimilant la simple déclaration de tradition, résultant de cette clause, à la tradition, du Droit romain, qui supposait un déplacement réel de la possession, p. 420²⁷.

Lo citado, representa la clara explicación del contexto en el cual se forjó la supresión de la *traditio* como *modo* de adquirir el dominio, y se gestó la unificación del conocido *título y modo*, reemplazando a la entrega real de la cosa (modo) por la suscripción de la cláusula *dessaisine-saisine* (ESCOBAR, 2004, p. 223 y JOSSERAND, 1950, p. 263). Es así que, mientras el artículo 1138° del *Code*, tiene por tenor el siguiente: «L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. [...]»²⁸, nuestro artículo 949° establece que: «La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

En el derecho francés, la consagración legislativa de esta práctica jurídica se consideró como «[u]ne importante innovation aux principes du droit romain et de l'ancien droit français. Autrefois, la translation de la propriété n'avait lieu que par la tradition; encore la tradition n'était-elle pas toujours suffisante» (DELSOL, 1878, p. 442)²⁹.

Por su parte, en nuestro país, se ha llegado a sostener que el sistema consensual reduce significativamente los costos de transacción, al no requerirse gastar en notarios, ni escrituras públicas ni costos de inscripción (FERNÁNDEZ, 1994, p. 171); empero, frente a dicho argumento se ha opuesto el hecho de que se obvia el alto costo que la incertidumbre produce en este tipo de transacciones (BULLARD, 2010, p. 190). Prácticamente, estamos frente a la discusión planteada para el Proyecto del Código Civil de 1936, entre OLIVEIRA y SOLF y MURO contra OLAECHEA y CALLE.

Considerando lo que hemos precisado, es necesario referirnos a que la obligación de enajenar a la que hace alusión el artículo 949° de nuestro Código Civil, solo puede tener como fuente a las que nuestro ordenamiento jurídico le otorga tal efecto.

En este punto, nos vemos obligados a efectuar un necesario deslinde, pues en los supuestos de institución de herederos forzosos o voluntarios; o, de legatarios, en nuestra opinión, no se configura propiamente una obligación de enajenar, ello por el simple hecho de que si bien el testador a través del negocio jurídico testamentario y en ejercicio pleno de su autonomía privada decide la distribución de su patrimonio, no se genera una obligación de enajenar, sino solo la distribución en cuanto a la continuidad de la propiedad³⁰; ello se refuerza, además,

en el supuesto que el testador (en vida), con posterioridad al testamento, decida vender el inmueble, la venta misma sustrae el bien vendido de su patrimonio, en consecuencia, los efectos *post-mortem* no lograrán producirse³¹.

En nuestro ordenamiento, la obligación de enajenar es consecuencia de una relación contractual y no puede ser analizada de forma aislada, sino atendiendo a su naturaleza sistemática. El documento y su exigencia en cuanto al tipo de documento, se ubican propiamente en la forma de los negocios jurídicos, al respecto, nuestra legislación ha dejado por sentado que si bien existe libertad de forma (art. 143° del Código Civil), cuando en la ley se haga explícito el uso de determinada forma y su inobservancia no sea sancionada expresamente con la nulidad del negocio jurídico, solo constituirá un medio de prueba de que el negocio jurídico existe (art. 144° del Código Civil) a eso se le conoce como forma *ad probationem*; por el contrario, cuando la inobservancia de la forma se sanciona expresamente con la nulidad del negocio jurídico (numeral 4 del art. 140.° del Código Civil), la forma es conocida como *ad solemnitatem*³², dado que es un presupuesto esencial para su existencia. Un aspecto adicional a lo que venimos mencionando, es lo señalado por Rómulo MORALES HERVIAS, quien diferencia entre formalidades legales obligatorias y la formalidad convencional obligatoria (MORALES, 2011, pp. 228 y 229).

Dentro de ese razonamiento, por regla general, el contrato —entendido como acuerdo— se perfecciona cuando ambas partes están conformes con su contenido (art. 1352° del Código Civil) y se cumplan los requisitos de validez del acto o negocio jurídico (art. 140° del Código Civil), *contrario sensu*, sin acuerdo de las partes simplemente no existe contrato (art. 1359° del Código Civil), asimismo, un acto o negocio jurídico que no cumple con los requisitos para su validez, es inválido. Para el caso específico de la compraventa, consideramos oportuno transcribir un extracto de la Casación núm. 1368-99-JUNIN, en la que se señala:

Quinto. Que, es facultativo que el contrato de compraventa conste en escritura pública, para cumplir con el requisito del artículo 4° del Reglamento de Inscripciones de los Registros Públicos, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 1412 del Código Civil, desde que el otorgamiento de la escritura pública en este caso no reviste un requisito *ad solemnitatem*, esto es que se haya convenido que la escritura pública es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad.

Es similar el caso de la permuta, dado que se le aplican las reglas sobre compraventa en cuanto lo sean (art. 1603° del Código Civil). Donde sí se encuentra una marcada diferencia, es en cuanto a la donación, dado que por mandato expreso del artículo 1625° del Código Civil, «La donación de bienes inmuebles, debe hacerse en escritura pública [...] bajo sanción de nulidad».

De lo que hemos señalado, podemos extraer una importante conclusión, la configuración del hecho adquisitivo tiene relación directa con la validez de la causa adquisitiva; si la causa adquisitiva es inválida, simplemente, no se configura el hecho adquisitivo. La razón es sencilla. El artículo 949° del Código Civil, nos habla de una obligación de enajenar, dicha obligación solo puede tener como fuente los hechos jurídicos que el propio Código Civil identifica como «Fuente de las obligaciones», dentro de ellos, para el caso específico de la transferencia de bienes inmuebles, tenemos a la compraventa (arts. 1529° al 1601° del Código Civil), a la permuta (arts. 1602° y 1603°) y a la donación (arts. 1621° al 1647° del Código Civil), en estricta relación de consecuencia con ello, no existe la denominada «obligación de enajenar» si la fuente de dicha obligación (el contrato) es inválida.

En nuestra doctrina nacional se hace mención, de manera sarcástica, a un nuevo modo de adquirir la propiedad, este es, la falsificación (GONZÁLES, 2015). A pesar que el nombre sea impreciso, entendemos el objetivo del título que colocó su autor.

Como hemos mencionado, los hechos adquisitivos conforman una lista cerrada dentro de la lógica de nuestro ordenamiento jurídico; la falsificación es un hecho jurídico aparente que nace del fraude, sin embargo, se subsume dentro de la fenomenología de los hechos adquisitivos. En realidad, viéndose así las cosas, la falsificación no es un modo de adquirir —en estricto— la propiedad, todo lo contrario, es un modo de simular el hecho adquisitivo cuando este, en la realidad de los hechos, no existe. Evidentemente, pueden identificarse fácilmente contradicciones en nuestro sistema, cuando se otorga protección al adquirente y tercer adquirente de estos supuestos, sin perjuicio de ello, no es coherente gastar pólvora en el mecanismo de protección cuando ni siquiera se brindan soluciones para el origen del problema.

4. FUNCIÓN DEL REGISTRO EN EL HECHO ADQUISITIVO

Como hemos visto, el hecho adquisitivo se configura de diversas formas; en algunos casos, con total independencia de los documentos que sirven para probarlo, como en la compraventa y la permuta; y, en otros casos, con total dependencia, dado su carácter solemne, en el caso de la donación. Sin embargo, en ningún supuesto, se exige la inscripción registral como elemento de validez del contrato, por lo que, en nuestro ordenamiento jurídico, la transferencia de la propiedad opera como efecto de un contrato válido.

Teniendo ello presente, sería necesario establecer cuál es la función que cumple el registro en relación al hecho adquisitivo. En el caso peruano, la inscripción registral tiene efecto meramente declarativo. Como consecuencia de la inscripción, el derecho de propiedad, además de contar con una tutela

extrarregistral, propia del Derecho Civil, cuenta con la protección que deviene del registro³³. Esta protección, muchas veces es entendida a partir de la oponibilidad y es la que ocupa una posición privilegiada en cuanto a la prevalencia de lo inscrito en cualquier escenario de conflicto (arts. 665° §2, 912°, 914°, 1128°, 1135°, 1584°, 1591°, 1670°, 1708°.1, 2014°, 2022° §1, 2038°). Es decir, la función del registro, en relación al hecho adquisitivo, es la de brindar un nivel de tutela adicional y preferente. Es así, que si enfrentamos un derecho de propiedad inscrito y uno no inscrito, prevalecerá el inscrito, ya que el escenario deseado no puede ser otro en el cual el derecho de propiedad esté dotado de cognoscibilidad, siendo este aspecto el que deviene del registro.

Sin embargo, no es posible sostener que el derecho de propiedad no cuente con efectivos mecanismos de tutela cuando no esté registrado. Basta recordar lo decidido en el VII Pleno Casatorio Civil, respecto a la primacía de la propiedad no inscrita adquirida con anterioridad a la inscripción del embargo.

II. PROTECCIÓN REGISTRAL

1. EL ACCESO AL REGISTRO Y LA DINÁMICA DE LOS PRINCIPIOS REGISTRALES

Como no podría ser de otra forma, nuestro sistema registral se construye sobre la base de garantías y principios registrales. Las garantías del sistema registral son detalladas por el artículo 3° de la Ley núm. 26366 que crea el Sistema Nacional de los Registros Públicos (Sinarp) y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp). Para el tema que nos ocupa, solo mencionaré dos garantías: (i) La intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio o sentencia judicial firme; y, (ii) La seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del Registro.

Por otra parte, los principios registrales se ubican tanto en el Libro IX del Código Civil, dedicado a los Registros Públicos, como en el Título Preliminar del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos.

Tanto las garantías como los principios son el sostén de todo el Sinarp, de ahí que ostenten un rol protagónico respecto a la seguridad jurídica. Además, se encuentran presentes en diversas etapas de los procedimientos de inscripción y en lo referente a la protección de lo inscrito. Para graficar un poco lo mencionado, tomaremos a la inscripción de un contrato de compraventa de predio, como ejemplo, con la finalidad de identificar el ámbito de actuación concreta de los principios registrales contenidos en el Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos núm. 126-2012-SUNARP-SN. Veamos:

- La solicitud que se suscribe y los documentos que se anexan, representan la actuación concreta de los principios registrales de rogación³⁴, titulación auténtica³⁵ y especialidad³⁶. Puesto que en la mencionada solicitud de inscripción, se consigna el nombre del solicitante, el acto que se desea inscribir, el registro a que corresponde y la relación de documentos que sustentan la solicitud de inscripción.
- Una vez adjuntada la documentación y tras efectuar el pago del arancel correspondiente, se genera el asiento de presentación³⁷, determinándose así, la actuación de la prioridad registral³⁸, sea excluyente o preferente.
- Luego de ello, se procede a efectuar la calificación registral, por lo que se verifican distintos elementos, tanto extrínsecos como intrínsecos, del acto rogado. Siendo positivo el resultado de dicha calificación, se procede a extender el asiento de inscripción. Aquí actúan los principios de legalidad³⁹ y tracto sucesivo⁴⁰.
- Finalmente, y luego de extendido el asiento de inscripción, actúan los principios de publicidad (formal y material)⁴¹ y legitimación⁴².

La publicidad es el presupuesto y, en muchos casos, la finalidad de la actuación de los principios registrales, de ello que estamos convencidos que es el eje del resto de principios registrales y muchos de estos, tienen como finalidad, asegurar que se publicite la realidad. Sin publicidad registral, los principios registrales carecerían de contenido y se volverían inútiles en la práctica (y hasta en la sugerente teoría). Reconocer el rol de la publicidad registral, es entender la misma esencia del registro jurídico: Dotar de notoriedad a los actos o derechos que se inscriben; importante presupuesto para la celebración (sobre la base de una garantía conocida como seguridad jurídica) de otros actos o derechos. La publicidad registral apunta a la certidumbre, busca la perfección, la perfecta correlación entre lo registrado y la realidad; dado que consiguiendo ello concede a la sociedad seguridad jurídica. El impacto de la seguridad jurídica no solo se ve en el aspecto jurídico, donde su rol básicamente es reforzar la buena fe y preservar la eficacia de los actos o negocios jurídicos; su impacto también se extiende a lo social, a lo económico, a lo político y a todo otro campo de las ciencias sociales, dado que el registro responde a una necesidad social: La necesidad de seguridad jurídica.

En ello también radica la importancia del principio de titulación auténtica, ya que su nivel de exigencia formal será proporcional a los índices de fraude inmobiliario. La razón es sencilla, el derecho sirve a la realidad y no viceversa.

Por ello, el requisito del documento auténtico para la inscripción, se justifica en que proporciona certeza sobre la existencia del acto y la identidad de quienes lo celebran, además, en su matricidad y en el hecho de ser confeccionado bajo reglas rigurosas, es decir, por regla serán documentos públicos, ya que «[s]e considera insuficiente que los documentos que contengan los derechos

inscribibles estén solamente suscritos por los interesados; [se] precisa que en su creación haya intervenido una persona dotada por el Estado de facultades legales para conferirles carácter de públicos y auténticos» (MANZANO, 1991, p. 440).

En nuestro país, se conoce como título, conforme al artículo 7° del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, al «[d]ocumento o documentos en que se fundamenta inmediata y directamente el derecho o acto inscribible y que, por sí solos, acrediten fehaciente e indubitadamente su existencia [...]». No obstante, la doctrina española, diferencia entre título y titulación, entendiendo por título al acto originador del derecho y por titulación al carácter de la documentación.

Al respecto, Antonio MANZANO SOLANO (1991), citando a Ramón ROCA-SASTRE, se refiere a las clases de titulación de la siguiente manera: «a) Titulación Ordinaria u originaria. [...] aquella que constituye prueba o documentación directa de un acto o negocio jurídico inscribible. [...] b) Titulación Supletoria. Justifica, en cambio, una titularidad del dominio o derecho real, pero no la causa jurídica de su adquisición. Es decir, una prueba indirecta de la adquisición [...]», p. 445.

Por otro lado, otra forma en que se garantiza la publicidad que otorga el registro es por medio de la calificación registral que constituye un filtro legal que efectúa el registrador sobre los títulos que pretenden acceder al registro. Dicha calificación puede tener como resultado a (i) la inscripción (si se encuentra conforme); (ii) la observación (defectos subsanables); (iii) la liquidación (faltan pagar derechos registrales); y, (iv) la tacha (defectos insubsanables).

Es así, que a través de una calificación rigurosa, el registrador determina los actos y/o derechos que se inscriben y los que no. En palabras de Antonio PAU PEDRÓN (1995) «La calificación es un presupuesto lógico a la eficacia del Registro. La intensa eficacia del Registro solo puede producirse por una previa calificación rigurosa», p. 66. Es por ello, que si bien el primer requisito es el documento auténtico y con ello tengamos cierto nivel de certeza respecto a la verosimilitud del derecho, será el resultado de la calificación registral el que decida su inscripción, la misma que nace del principio de legalidad y en su aplicación aplica otros principios, como el tracto sucesivo.

El resultado esperado de la calificación es que se inscriba el título y, con ello, que este goce de la protección que otorga el registro. Esta protección, se actúa por medio de una serie de principios como la prioridad (excluyente y preferente), la legitimación registral y la fe pública registral.

Para efectos del presente trabajo, centraremos nuestra atención en la legitimación registral en estas líneas y en la fe pública registral más adelante.

Debemos recordar que la edición original de nuestro Código Civil no contiene sumillas, sin embargo, la reciente modificación del artículo 2013° del Código Civil, por la Ley núm. 30313⁴³, además de modificar su texto, le ha añadido sumillas al citado artículo. Sin perjuicio de ello, efectivamente, este artícu-

lo había regulado lo que en doctrina se conocía como principio de legitimación registral. Incluso, así fue establecido Jack BIGIO (1990) en la Exposición de Motivos Oficial de nuestro Código Civil, quien, refiriéndose al artículo 2013° del Código Civil, señaló:

Se puede decir que, teórica y en nuestro caso también legislativamente, existe un doble aspecto de la presunción de exactitud de lo que el registro informa, con la realidad.

Uno de estos aspectos se expresa por medio del principio de legitimidad, o legitimación, como también se le conoce y que admite prueba en contrario; el otro aspecto es el que se expresa mediante el principio de fe pública registral y no admite prueba en contrario.

Es del principio de legitimidad del que nos informa este artículo [...], p. 10, (resaltado agregado).

Sobre el objeto del principio de legitimación registral, vemos que el artículo 2013° hace referencia al *contenido de la inscripción*, mientras que el artículo VII del Título Preliminar del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos⁴⁴, hace referencia a *los asientos registrales*. A esto se añade, incluso la terminología de *asientos de inscripción* que usa el artículo 6° del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos⁴⁵. Pero, ¿son lo mismo?

Veamos, cada asiento registral implica previamente un acto de inscripción, en el derecho administrativo ubicado dentro de los actos administrativos de conocimiento (MORÓN, 2003, p. 139), en ese sentido, la inscripción registral (acto administrativo final), es un momento del procedimiento registral (su conclusión⁴⁶) que se materializa en la elaboración del asiento registral o asiento de inscripción.

Así, teniendo que, lo que genera el acto de inscripción es en sí un asiento, lo que se presume cierto, exacto y válido es el contenido del asiento, mas no el asiento *per se* ni el contenido de la inscripción (que como ya se dijo es un momento del procedimiento registral), siendo en este caso, la información (descripción) sobre el acto o derecho inscrito el objeto de dicha presunción *iuris tantum*.

Esta presunción de certeza, exactitud y validez ocurre como consecuencia de la garantía consagrada en el literal b) del artículo 3 de la Ley Núm. 26366, esto es, la intangibilidad del contenido de los asientos registrales (la información). Es decir, solo lo plasmado en el asiento, ya sea que se trate de un asiento de transcripción (literal) o de inscripción (resumen) es intangible, y sobre la base de ello, es que se presume cierto, exacto y válido, debido a que no presumir ello, no permitiría al sistema registral cumplir sus fines.

Por lo tanto, el derecho inscrito y su contenido determinado, delimitado y definido por el acto o contrato (título formal) inscrito es lo que propiamente se presume exacto, válido y cierto.

Hasta aquí, tenemos que —como regla— el asiento es intangible, como excepción, tenemos que ello se presumirá solo hasta que se inscriba un título modificador de la situación jurídica inscrita, judicialmente se declare su invalidez o se rectifique el error contenido en el asiento (error material o de concepto).

Comentando ello, WESTERMANN, H. (2007) y otros autores alemanes, se refieren a los alcances de la presunción de la exactitud del registro en los siguientes términos:

Se presume la existencia del derecho inscrito. [...] Se presume la existencia del derecho con el alcance que le proporciona el Registro como contenido del derecho. La inscripción por sí sola equivale al contenido de los documentos admisibles referidos. [...] La cancelación fundamenta una presunción de que el derecho no existe [...], p. 942.

Es importante precisar que dicha presunción (que se erige como protección de lo inscrito) no ocurre por antojo del legislador, aquí la función de la aplicación del resto de principios registrales debe propender dicho desarrollo armónico. Para ello, como ya se dijo anteriormente, solo acceden al registro —como regla— documentos públicos⁴⁷, es decir, los que emanan de autoridades investidas con fe pública.

En el derecho brasileño, PONTES DE MIRANDA (1955), distingue entre *fé pública* y la *eficácia por presunção de autenticidade e verdade* señalando que:

[p]resunção é menos do que fé pública. A presunção, só por si, não protege o terceiro, porque a presunção se elimina, cancelando-se o registro, ou modificando-se, em virtude da retificação. A fé pública assegura a todos que a aquisição ou o modo de proceder, que se baseia na fé pública que o funcionário tenha, está plenamente protegida, p. 234⁴⁸.

2. APARIENCIA JURÍDICA Y PROTECCIÓN DE TERCEROS EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

A lo largo del articulado de nuestro del Código Civil pueden apreciarse distintos hechos jurídicos hipotéticos que involucran a los terceros y se erigen como normas de protección de sus derechos. Para hacer una síntesis, el ordenamiento jurídico es uniforme al considerar que el tercero que tenga buena fe es digno de ser tutelado en sus derechos cuando causas ajenas a su conocimiento lo pudieran afectar.

En este punto es que llegamos al concepto de la apariencia jurídica y sus diferentes contornos. Por ejemplo, en el derecho brasileño, sobre la *propiedade aparente*, se señala que «[o] direito deve dirigir os seus holofotes para a proteção daqueles que adquirem patrimônio com base em uma titularidade e legitimação

para dispor aparentes, mesmo que isso represente o sacrifício econômico do verdadeiro titular»⁴⁹. (ROSENVALD, 2006, p. 306) Para luego fijar que «O princípio básico dos direitos reais é a proteção da aparência»⁵⁰, p. 307, ya que «[a] propriedade estar indissolublemente, ligada à sua prova, consubstanciada em investigação da titularidade formal»⁵¹, p. 307.

De todo esto tenemos que frente a la inexactitud de la situación jurídica aparente es posible proteger al tercero que actuó de buena fe y confió en dicha apariencia. A ello se le justifica, en el propio derecho brasileño, de la siguiente manera: «Razões sociais e econômicas justificam o reconhecimento da eficácia de atos praticados por pessoa que se apresente como proprietária de um bem sem que o seja de verdade, por aparentar a titularidade do direito subjetivo»⁵², p. 307.

En el derecho italiano, el profesor Angelo FALZEA (2006), informa sobre la formación del principio jurídico de la apariencia a partir de la segunda mitad del siglo XIX, siendo Alemania el lugar de vanguardia de esta corriente innovadora, donde su elaboración condujo a la obtención de una coherente y sistemática formulación de la teoría de la apariencia, p. 177. Su justificación se encuentra en «la exigencia de hacer más ágiles las distintas formas de circulación jurídica de los bienes, ocasionada por la expansión del comercio y de los tráficos [...]», p. 177, es por ello que, incluso antes de la elaboración del principio de la apariencia, por la doctrina alemana, «[l]os ordenamientos jurídicos de los diversos países iban creando, a través de reiteradas medidas legislativas, excepciones cada vez más numerosas a las reglas tradicionales [...]», p. 177.

A pesar de la validez de su justificación, el mismo autor nos informa que la recepción de esta construcción teórica por la doctrina italiana y francesa tuvo inicialmente cierta resistencia. Es así que, por lo menos en el derecho italiano, luego de diversos intentos de adaptación a partir de la elaboración de las teorías de la protección de la expectativa (VENEZIAN) y de la posesión de los derechos (FINZI), puede afirmarse que hoy en día «[l]a idea de la apariencia, a pesar de incertidumbres y escepticismos, es reconocida con carácter general por la doctrina italiana» (FALZEA, 2006, p. 180).

En este punto, debo enfatizar en la vinculación entre la apariencia y el principio general de publicidad (*Publizitätsprinzip*), cuyo supuesto identifica que «[e]l acto realizado por el tercero con un sujeto que no tiene la titularidad del derecho es eficaz [...] como si se hubiese realizado con el titular, siempre que un título de investidura formal de aquel sujeto cree una situación de confianza del tercero» (FALZEA, 2006, p. 181). Es decir, se protegerá al tercero, siempre y cuando, su confianza se justifique en un título formal del cual surge la apariencia del derecho. Por ello es que se considera ligada la figura de la apariencia con el formalismo, no solo eso, sino que el propio formalismo constituye un medio de protección de la buena fe de los terceros (FALZEA, 2006, p. 191). Angelo FALZEA (2006), nos da, además, una importante precisión:

[1]La apariencia no es un aparecimiento opaco, un puro hecho que únicamente se revela a sí mismo, porque un fenómeno que se limita a revelarse a sí mismo jamás puede ser aparente. Este fenómeno se presenta como aquello que es; la apariencia, por el contrario, surge solo cuando un fenómeno hace que otro fenómeno, además de sí mismo, *aparezca*, y lo hace aparecer como real, aunque es irreal, p. 183, (Resaltado agregado).

Teniendo clara su formación y su aplicación más usual en cuanto al derecho de propiedad en la dinámica del derecho comparado, es necesario hacer un breve recorrido en nuestro derecho Civil y su vinculación con la protección de terceros.

Desde nuestro primer Código Civil (1852), se reconocía en su articulado diversas aplicaciones de la protección de la apariencia en cuanto a los terceros. Es así que se reconocen distintas hipótesis, como la protección del tercero que hubiera contratado de buena fe con los esposos cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo (art. 172°); del tercero que hubiera contratado con los cónyuges cuando ejercían independientemente sus derechos Civiles y se produjera la cesación del divorcio (art. 271°); del tercero que hubiera comprado del primer adquirente en la rescisión de la venta de cosas muebles ya entregadas con precio no afianzado ni pagado (art. 1392°); del tercero no notificado con la revocación del mandatario (art. 1945°); del tercero que adquirió derechos del deudor y este quiera dar su crédito en compensación (art. 2263°); y, del tercero que adquirió derechos de una de las partes y estas quieran extinguir sus obligaciones por mutuo disenso (art. 2272°).

Posteriormente, en nuestro Código Civil de 1936, se reconocen las hipótesis de protección del tercero que adquiere, a título oneroso, bienes de los herederos poseedores en el escenario de reivindicación de la herencia (art. 664°); del tercero que haya adquirido derechos luego de la partición, cuando esta luego se rescinda (art. 798°); del tercero que hubiera contratado a título oneroso con el mandatario con poder revocado no inscrito (art. 1068°); del tercero a título oneroso y de buena fe que contrató con la persona favorecida por la simulación de un negocio jurídico (art. 1097°); del tercero en la confirmación del acto anulable (art. 1132°); del tercero en el mutuo disenso (art. 1317°); del tercero de buena fe con el primer comprador en la rescisión de la venta de cosas muebles ya entregadas con precio no pagado ni afianzado (art. 1416°); del tercero adquirente de un bien a título oneroso que hubiera sido donado (art. 1478°); del tercero por el ejercicio *ultra vires* del mandatario (art. 1646°); del tercero de buena fe que hubiera adquirido derechos por los actos efectuados por el liquidador de una sociedad (art. 1741°); y, el tercero de buena fe en la nulidad del contrato de deudas de juego (art. 1769°).

Finalmente, en nuestro Código Civil vigente (1984), se regulan las hipótesis de protección del tercero que hubiera contratado con el representante cuando su

revocación no conste inscrita (art. 152°); del tercero que hubiera contratado con un representante que excedió sus facultades (art. 162°); del tercero de buena fe y a título oneroso que hubiera adquirido derechos del titular aparente en la simulación (art. 194°); del tercero subadquiriente de buena fe en la declaración de ineficacia del negocio jurídico previo (art. 197°); del tercero de buena fe en el matrimonio invalidado (art. 285°); del tercero frente al fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales no inscrito (art. 319°); del tercero que de buena fe y a título oneroso hubiera adquirido bienes hereditarios del heredero aparente (art. 665°); del tercero frente a un pacto de indivisión no inscrito (art. 848°); del tercero adquirente de buena fe y a título oneroso en la nulidad de la partición con preterición de algún sucesor (art. 865°); del tercero a título de oneroso y de buena fe en el pago indebido (art. 1270°); del tercero en la condonación (art. 1295°); del tercero en la consolidación (art. 1301°); del tercero perjudicado por el mutuo disenso (art. 1313°); del tercero en cuanto al pacto de reserva de propiedad no inscrito (art. 1584°); del tercero frente al pacto de retroventa (art. 1591°); del tercero de buena fe en la nulidad de los actos relacionados a las deudas de juego y apuestas (art. 1945°); del tercero en la fe pública registral (art. 2014°); del tercero que celebre contratos onerosos y de buena fe en el lugar donde debieron inscribirse los actos relacionados al registro personal (art. 2034°); y, el tercero de buena fe y a título oneroso en base a un mandato o poder inscrito frente a la modificación o extinción no inscritas (art. 2038°).

Aunque, tímidamente, en los inicios de la codificación civil en nuestro país se reconocía la protección de los terceros en base a la confianza depositada en la apariencia jurídica; no obstante, al día de hoy, se vincula dicha protección, incluso, con la publicidad. En nuestro sistema existen dos formas de publicidad de los derechos: la posesión⁵³ y la publicidad del Registro. En este sentido, diferimos de Francisco HERNÁNDEZ GIL, quien opina que «La tutela de la apariencia tiene su máximo desarrollo justamente donde falta un sistema de publicidad adecuado. La apariencia puede ser un medio complementario de la publicidad, cuando ella no existe o resulta defectuosa, pero la publicidad lo que procura es hacer conocer “realidades”, no apariencias», (HERNÁNDEZ, 1963, p. 14). Dado que la apariencia jurídica, como bien hemos visto, surge de los hechos jurídicos y su tutela dependerá de que se cumplan los requisitos que exija la norma. De nuestra revisión, hemos advertido que generalmente se exigen la buena fe y la adquisición a título a título oneroso tanto en la protección de la confianza del tercero como en la buena fe respecto a la situación jurídica aparente.

3. FE PÚBLICA REGISTRAL⁵⁴

En nuestro Código Civil, se reconoce en su artículo 2014°, conforme a su Exposición de Motivos (BIGIO, 1990, p. 11), al principio de fe pública registral,

cuyo antecedente inmediato responde al artículo 1052° del Código Civil de 1936 inspirado a su vez en el artículo 34° de la Ley Hipotecaria española (LHE) del año 1946, el que a su vez —según un sector de la doctrina española— se basó en el artículo 973° del Código Civil suizo (GORDILLO, 2010, p. 18).

La doctrina española se refiere a la fe pública registral contenida en el artículo 34° de su LHE, en el sentido que: «[f]avorece la seguridad del tráfico inmobiliario, y lo hace asegurando las expectativas del tercero que confía en una apariencia jurídica que merece protección. Lo habitual es que la fe pública purifique una inexactitud en la titularidad dominical de la finca registral [...]» (ARRIETA, 2009, p. 189).

Dado que la exposición de motivos del artículo 2014° de nuestro Código Civil reconoció expresamente como su formante legislativo al artículo 34° de la LHE, y habiendo indagado brevemente en la opinión de su doctrina sobre el particular, podemos remitirnos al texto de nuestro artículo 2014° del Código Civil, recientemente modificado por la Ley núm. 30313, que establece lo siguiente:

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

A su vez, dicha disposición es redactada en clave más técnico-registral a través del artículo VIII del Título Preliminar del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, bajo el siguiente tenor:

La inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquellos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales.

Como puede apreciarse, la parte pertinente a los asientos registrales de la norma citada en el párrafo que antecede, ha quedado sin efecto a partir de la entrada en vigencia de la Ley núm. 30313, dado que, en la actualidad, es necesario que para calificar la buena fe del adquirente, la inexactitud no conste en los títulos archivados.

A diferencia del artículo 2014° del Código Civil, la norma reglamentaria se refiere a que la inexactitud registral por causas que originen la extinción del

título material no va a perjudicar al tercero registral, para ello, el artículo 2014 del Código Civil es el que establece los requisitos que este tercero debe cumplir para ser considerado un tercero registral (SORIA, 2012, p. 75).

Naturalmente dicha inexactitud no debe constar ni en el asiento registral ni en el título archivado, dado que aplicando el principio de publicidad ello sería cognoscible y *ergo* no puede alegarse la buena fe, como ya se ha mencionado.

En este supuesto, debemos distinguir entre dos tipos de nulidades presentes en el asiento de inscripción, la nulidad del título (material o formal) que sustenta la existencia del asiento; y, la nulidad del asiento *per se*, debido a que la rectificación de la inexactitud no sea posible por no tratarse de un error material o de concepto. El primero, deja sin efecto la inscripción, cuyo efecto inmediato es la cancelación (SORIA, 2012, p. 170); y, el segundo cancela propiamente la inscripción (SORIA, 2012, p. 171).

La protección registral no es más que la actuación conjunta de los principios que determinado sistema registral despliega sobre los actos inscritos. Para ello, la información que el registro administra se encuentra garantizada antes de la inscripción.

El principio de fe pública registral se encuentra estrechamente vinculado con el de legitimación registral (GARCÍA, 1993, p. 227), de ello, afirmamos que el elemento central de la protección desplegada por la fe pública registral se basa en la confianza en el registro, siendo de ello lo que deriva gran parte de la construcción de la buena fe del adquirente.

Un análisis interesante hecho ya hace muchos años sobre el artículo 2014° del Código Civil es que «[r]esulta claro que se trata de normas que [...] no tienen como finalidad constituir derechos, sino otorgar protección a terceros que [...] cumplen con los requisitos para merecer tal protección», (DEL SOLAR, 1994, p. 169).

Hecho el recuento de sus fundamentos y naturaleza, solo queda delimitar los requisitos de su aplicación. Para ello, transcribimos lo señalado en la Casación núm. 1812-2010 AYACUCHO, al respecto:

Tercero. [...] Para la aplicación del citado principio de fe pública registral es menester que concurren los requisitos siguientes: a) Debe tratarse de una adquisición derivada de un titular registral [...] b) Debe existir una inexactitud registral no conocible por el tercero adquirente que afecta el derecho del titular registral transferente por causales de invalidez, ineficacia o falsedad; c) El adquirente debe tener título válido y ser tercero respecto de las relaciones jurídicas anteriores afectadas [...] d) La adquisición por el tercero debe ser de buena fe y a título oneroso; y, e) El acto adquisitivo del tercero debe estar inscrito.

III. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

1. FE PÚBLICA REGISTRAL VS. DERECHO DE PROPIEDAD: ¿QUÉ SE HA HECHO?

Habiendo abarcado diversos temas vinculados al derecho de propiedad y la fe pública registral, es preciso abarcar el problema a partir de un primer análisis desde nuestra doctrina nacional. Gunther GONZÁLES BARRÓN (2015), critica la protección de la fe pública registral para el fraude inmobiliario a partir de los siguientes argumentos: (i) Solo se adquiere la propiedad por medio de un título legítimo, reconociendo dentro de ellos a la compra, la herencia o la posesión, pp. 33-50; (ii) Solo se adquiere la propiedad por hechos y no por los no-hechos (nada), esto es consecuencia de lo anterior, y señala que es un imposible lógico que la causa de la propiedad sea un no-hecho como lo es un título falso, pp. 51-65; (iii) la fe registral es una regla de aplicación excepcional, pp. 67-79; (iv) la fe registral no ampara falsificaciones ya que el derecho de propiedad es inviolable, pp. 135-152; y, (v) La calificación registral ni la inscripción pueden modificar la realidad, pp. 153-167.

Por su parte, Rómulo MORALES HERVIAS (2011), quien entendiendo que el principio de fe pública registral es una excepción a la falta del poder de disposición, p. 387, se opone básicamente a la construcción de la buena fe del adquirente, señalando que no solo puede basarse en el registro, sino también en la posesión, ya que la buena fe del tercer adquirente no puede pesar más que la realidad misma, p. 385, además, este autor señala que no se protege al tercero si es que la demanda de nulidad o inoponibilidad se inscriben dentro del plazo de su prescripción, p. 407.

De otro lado, Gilberto MENDOZA DEL MAESTRO (2013), tras definir que la legitimación que deriva de la propiedad aparente goza de juridicidad, p. 8, señala que es mucho más que legitimación aparente, ya que es un supuesto de hecho complejo que incluye la buena fe del adquirente, p. 52, para con ello, negar la aplicación de la fe pública registral al supuesto de nulidad por ausencia de manifestación de voluntad por no existir un título de adquisición del otorgante emitido por el verdadero propietario, p. 52, sustenta esto dado que considera que —aplicando analógicamente el artículo 948° del Código Civil— se ausenta un requisito que debe tener el propietario aparente, es decir, haber obtenido mediante un título la posición externa de propietario, quedando fuera las falsificaciones de este supuesto de adquisición a *non domino*, ya que no existe voluntad de declaración, p. 51.

Para Martín MEJORADA CHAUCA (2015), ambos son derechos de propiedad, tanto el tercero inocente como el titular afectado, sin embargo, opina que la opción no pasa por preferir un derecho por ser mejor que el otro, sino por proteger al que mejor aporta a la sociedad, de ello que se incline por la protección del inscrito, ya que se cumplen los objetivos de la propiedad como

figura económica, por ello, considera que el problema no se resuelve eliminando o restringiendo la fe pública registral, sino controlando mejor el proceso de inscripción e impidiendo el acceso de títulos irregulares, p. 237.

De otro modo, Guillermo SIERRA VÁSQUEZ (2011) señala que no siempre se requiere la concurrencia de la manifestación de voluntad del titular del derecho para la circulación jurídica de bienes, poniendo el caso de la adquisición a *non domino*, p. 162.

Vemos que a nivel doctrinario no existe consenso sobre qué debemos proteger, si bien debe primar la protección del derecho del tercero registral o del propietario perjudicado.

A nivel normativo, hace poco más de un año, el 26 de marzo de 2015, se publicó en el diario oficial El Peruano, la Ley núm. 30313, cuyo título es «Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación y modificatoria de los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y de los artículos 4° y 55° y la quinta y sexta disposiciones complementarias transitorias y finales del Decreto Legislativo 1049», la formación de dicha ley, como es notorio, responde al problema de la falsificación de documentos y la suplantación de identidades, introduciendo distintas modificaciones en nuestro sistema registral-notarial peruano.

La primera de ellas, constituye una excepción a la regla general contenida en el artículo 1° del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, y es que el procedimiento registral al ser de naturaleza no contenciosa no admitía oposición al trámite, con la actual modificación se establecen supuestos de legitimación restringida para plantear la oposición, siendo los notarios, jueces, funcionarios públicos, cónsules y presidentes de tribunales arbitrales los únicos legitimados para ello.

La segunda, hace alusión a la competencia del jefe zonal para resolver las solicitudes de cancelación formuladas por los sujetos legitimados ya mencionados. Lo que no constituye una declaración de invalidez del negocio causal, sino que, por dicha declaración cesan los efectos *erga omnes* que este producía como consecuencia de su acceso al Registro.

Tanto la oposición como la cancelación giran en torno a dos supuestos de hecho específicos: (i) La suplantación de la identidad de los otorgantes; y, (ii) La falsificación del título formal.

Solo el primero de ellos, dada su naturaleza de acuerdo *inter partes*, puede ser comunicado mediante una declaración del notario o el cónsul; siendo el segundo supuesto, susceptible de ser comunicado por las autoridades antes mencionadas.

Si bien, respecto a la oposición al procedimiento registral no encuentro mayor inconveniente, respecto a la cancelación siempre se deja la puerta abierta para que se siga produciendo el «efecto perverso» en la aplicación del principio de fe pública registral. Dado que, a pesar que se haya modificado el artícu-

lo 2014° del Código Civil, y se haya añadido que el estándar de buena fe del adquirente implica que este desconozca la patología del título formal y material tras su verificación tanto de los asientos registrales, como de los títulos archivados, los efectos de la cancelación no perjudicarán al tercero del artículo 2014 del Código Civil. Es decir, para mantener la adquisición (ya sea porque el título formal sea espurio o porque el material sea írrito) el nivel de diligencia exigible es verificar la información de los títulos archivados y si de ella se advierte que se pudo conocer la suplantación de identidad o la falsificación del documento no se tiene buena fe, perdiendo así lo adquirido.

Sin embargo, ante esto se presenta un gran problema resumido en una pregunta sencilla: Si el registrador, siendo el especialista, al realizar la calificación registral no pudo advertir la suplantación de identidad o la falsificación del documento ¿Cómo lo haría un particular? ¿Acaso la norma sugiere el hecho que mi calificación es superior a la del registrador? Ello no es más que absurdo. Es así que el adquirente podrá argumentar ello con toda justificación. No obstante, nos encontramos en el supuesto que el registrador no está coludido con la mafia inmobiliario, porque si lo estuviera y el título es claramente falso, el tercero no podrá alegar tener buena fe.

Otra modificación que encuentro cuestionable es respecto a la competencia territorial del notario para dar fe de los negocios jurídicos, sancionando con nulidad de pleno derecho los celebrados fuera del ámbito de su competencia territorial (sea provincial o distrital).

Las disposiciones de esta ley, junto al bloqueo por presunta falsificación de documentos (Directiva núm. 001-2012-SUNARP/SN), la tachada por falsedad documentaria (art. 36° TUO del Reglamento General de los Registros Públicos), alerta registral (Directiva núm. 006-2013-SUNARP/SN) y la inmovilización temporal de partidas (Directiva núm. 08-2013-SUNARP/SN), son respuestas que se han dado a este gran problema; lamentablemente, estamos convencidos que no cumplen la finalidad propuesta, ya que solamente son *parches*.

En cuanto a los proyectos de ley, a lo largo de estos años se han elaborado varios. Por ejemplo, el Proyecto de Ley núm. 3365/2013-CR, que modifica el artículo 2014° del Código Civil, pretendiendo introducir en su texto que «La buena fe del tercero se presume, siempre y cuando el propietario originario o el precedente transferente sean notificados previamente al acto traslativo de dominio, por este o por el tercero mediante carta notarial de fecha cierta». Como justificación a semejante propuesta, se argumenta sobre la buena fe del tercero adquirente que «[n]o permite tener control previo frente a la eventual consumación de un acto ilícito».

Es otro el caso del Proyecto de Ley núm. 3848/2014-CR, cuya propuesta sobre el artículo 2014° del Código Civil, busca introducir lo siguiente: «El tercero de buena fe no contará con la protección del registro en los casos en que adquiera un bien dentro de los tres meses de adquirido este por su transferente, hasta los seis meses siguientes de realizada la inscripción».

Por otra parte, tenemos al Proyecto de Ley núm. 3029-2013/CR, cuya modificación se centra en añadir que «No resulta aplicable la presunción de buena fé [sic], si se ha transferido un inmueble en dos oportunidades o más en un periodo menor a 1 año».

Por otro lado, el Proyecto de Ley núm. 3350/2013-CR, buscó añadir un último párrafo al artículo 2014° del Código Civil para señalar que:

No se puede invocar la buena fe a que se refiere el párrafo precedente si los actos de disposición previos se realizaron sin que el registrador notifique en la dirección del bien materia de disposición, a la persona que en el registro aparece con facultades para otorgar el derecho y adicionalmente en una segunda dirección que obligatoriamente el titular del derecho comunica, la que puede ser electrónica.

Las notificaciones surten efectos si vencidos siete días útiles de efectuadas, el notificado o su apoderado no formula oposición alguna.

Estos fueron algunos proyectos de ley sobre el tema de la fe pública registral y la falsificación de documentos. Sin embargo, estamos convencidos ni que las normas dadas o los proyectos de ley han atacado el quid del problema.

2. LA FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN EL PERÚ: TUTELA PUNITIVA

El problema de la falsificación de documentos tiene también incidencia en el Derecho Penal. *Verbi gratia*, el falsificador de un documento público que es ingresado a Sunarp, incurre en infracción de lo previsto en el artículo 427° del Código Penal⁵⁵, siendo además, considerado como un agravante el hecho de que el documento falso o adulterado sea un documento público, como lo son las escrituras públicas. No obstante, la propia redacción de dicho artículo propone que debe existir algún perjuicio derivado del documento falso o adulterado, como es el caso del propietario que no manifestó su voluntad de transferir y, sin embargo, se falsificó un documento donde consta ello.

Sobre el tema, la jurisprudencia penal, en la RN núm. 5407-97-HUAURA, estableció que:

[I]a minuta de compra-venta (*sic*) fraguada por la encausada no tiene el carácter de documento público sino más bien de privado, toda vez que se entiende por documento público a todo aquel que ha sido formalizado según los requisitos legalmente establecidos por un funcionario público que ejerza labor notarial o de fedatario, contrario *sensu*, se tendrá por documento privado, a todo aquel que no se encuentre comprendido en este concepto, como es el caso de las minutas [...].

Como se sabe, el delito de falsedad documental se encuentra enmarcado dentro del Título XIX del Código Penal, ubicándose como uno de los tipos de «Delitos contra la Fe Pública». Respecto al bien jurídico protegido por estos tipos de delitos, José Luis CASTILLO (2001) advierte que la doctrina suele considerar tanto a la fe pública, p. 18, como a la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico, p. 32, o al propio documento y algunas propiedades que son inherentes a él, p. 44. Sin perjuicio de ello, coincidimos con este autor cuando señala que:

En los delitos de falsedad documental y, en general, en el Derecho penal no se protege ningún bien jurídico de índole moral o ética, a manera de un deber o un derecho a la verdad, sino que en vez de ello se impondría más bien la prohibición de no crear documentos falsos, de no adulterar documentos verdaderos y de no insertar declaraciones falsas, ya que sobre un documento existe la confianza de autenticidad y fiabilidad tanto interpersonal [por parte de los involucrados en la relación jurídica] como de la sociedad en su conjunto, pp. 16 y 17.

Siendo un delito doloso, es decir, debe existir consciencia y voluntad del agente, no cabe la imputación por culpa. Evidentemente, una de las muchas razones de los delitos contra el patrimonio reside básicamente en la avaricia de las personas; la riqueza o la pobreza son solo elementos accesorios, ya que lo determinante es el afán desmedido de adquirir bienes valiosos, algo que, además, se corrobora en la realidad con una simple pregunta, acaso ¿los ricos no roban? Que, tal vez, sea menos probable no quiere decir que la respuesta sea negativa. Lo mismo ocurre en el delito de falsedad documental en el caso de escrituras públicas con transferencias que el propietario real no ha firmado, se trata de un robo, al margen de la denominación que se le dé al tipo de delito.

Por otra parte, la labor de los funcionarios públicos en estos casos, responde a un problema de raigambre, digámoslo así, tradicional en nuestra sociedad: la corrupción. En el caso de los registradores públicos, por ejemplo, la sola aceptación de cualquier tipo de ventaja que se le otorgue a fin de que inscriba un documento falsificado o adulterado, se tipifica como cohecho pasivo propio (art. 393 del Código Penal).

Como vemos, las sanciones están previstas, el problema es fomentar su aplicación y aumentar la capacidad de detección de estos ilícitos a fin de fortalecer su carácter disuasivo.

CONCLUSIONES Y PROPUESTA

I. Como hemos visto, la propiedad no es un derecho subjetivo cualquiera, además, es una garantía institucional y el Estado debe garantizar su respeto

(inviolabilidad). Solamente garantizando su respeto, el titular del derecho de propiedad podrá ejercer las facultades que el derecho confiere sin interrupción alguna; si hubiera interrupción, puede recurrir a los mecanismos de protección que el ordenamiento provee.

II. El esquema de adquisición del derecho de propiedad no es lejano a la adquisición de un derecho cualquiera, es decir, es la norma la que establece el hecho jurídico que deberá cumplirse para ligar el efecto jurídico adquisitivo. Es así, que nuestro ordenamiento jurídico prevé 5 hechos adquisitivos: (i) La apropiación; (ii) La especificación y mezcla; (iii) La accesión; (iv) La transmisión de la propiedad; y, (v) La prescripción adquisitiva de dominio.

III. Muchos de los hechos adquisitivos son de formación sucesiva (conurrencia de más de un hecho jurídico) y otros de formación instantánea. Sin embargo, al centrarse nuestro análisis en el hecho adquisitivo más común (la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles), es que comprobamos que el hecho adquisitivo es la existencia de la sola obligación de enajenar, es decir, el contrato por el cual se dispone la transferencia del bien (compraventa, permuta o donación); y, atendiendo a que no estamos frente a una formalidad *ad solemnitatem*, cualquier forma de exteriorizar el negocio jurídico de adquisición será válida y permitirá que produzca todos sus efectos.

IV. Sin embargo, no debemos ser ajenos al resto de normas de nuestro propio ordenamiento, ya que en los escenarios de conflicto se establece un orden de prelación entre los modos de probar el derecho, gracias al alto grado de certeza que producen los derechos inscritos, es que en la mayoría de casos son preferidos frente a los derechos no inscritos. Es así, que principios como la fe pública registral, son solo normas de protección y no de adquisición o de creación de derechos, dado que tienen su base en la confianza (buena fe) del tercero en la información registral que se presume cierta, exacta y válida (legitimación registral). Asimismo, la fe pública registral, es entendida como una excepción al principio *nemo plus iuris ad alium tranferre potest quam ipse haber*. Lo que hemos descrito es coherente con toda la formulación del sistema registral y constituye, básicamente, la función protectora del registro en cuanto al hecho adquisitivo.

V. Lamentablemente, el conflicto entre preferir al tercero registral del artículo 2014° del Código Civil y al propietario perjudicado con la falsificación, encierra un contenido ambivalente. Tanto el propietario perjudicado como el tercero inscrito han adquirido su derecho en base a su confianza en el registro, por lo que, también es función de la fe pública registral garantizar, precisamente, la inviolabilidad de la propiedad, otorgándole un grado máximo de protección preferente en cualquier escenario de conflicto. No ocurre lo mismo en el caso de los bienes muebles (no registrables) en los que la posesión es el medio de publicidad más efectivo, ya que si el tercero que de buena fe adquiere un bien mueble perdido o adquirido en infracción de la ley penal, no se podrá proteger su adquisición (art. 948° del Código Civil).

VI. En nuestro ordenamiento, la *traditio* es el modo de transferir la propiedad (art. 947° del Código Civil), propiamente es el hecho adquisitivo y la posesión misma es la publicidad del derecho; y, a pesar de ello, si el bien se ha perdido o se adquiere en infracción de una ley penal, no se protege al tercero, es decir, es una excepción al hecho adquisitivo provisto. Sin embargo, eso no ha sido previsto para el caso de los bienes inmuebles en donde se precisa de un mecanismo de protección superior a la posesión.

VII. El registro en su actuar ordinario e ideal brinda una legitimación registral; excepcionalmente, en algunos casos no deseados de inexactitud, brinda una legitimación aparente, en donde adquiere relieve el concepto de la apariencia jurídica y la protección que de ella deriva para los terceros —en la gran mayoría de casos— de buena fe y a título oneroso. Es decir, negamos la inaplicación del principio de fe pública registral en los casos de fraude inmobiliario, ya que, el tercero confía en la apariencia y en nuestro ordenamiento se protege al tercero de buena fe y a título oneroso que contratan confiando en dicha apariencia. Además, no existe norma que establezca expresamente el supuesto de fraude inmobiliario como excepción al principio de fe pública registral.

VIII. Aunque la falsificación sea un hecho que todos repudiamos, debemos reconocer que en principio una falsificación no debería acceder al Registro; del mismo modo, una suplantación de identidad no debería darse en una oficina notarial, donde el notario ejerce su función en forma personal (art. 3° del Decreto Legislativo núm. 1049) y se le impone la obligación de requerir a las partes intervinientes su DNI y verificar su identidad (literal d) del artículo 16° del DL núm. 1049).

IX. Es aquí, donde resalta lo infructuoso de las modificaciones, ya que, si bien en el caso de la Ley núm. 30313, se identificaron claramente los supuestos de hecho fraudulentos (falsificación de documentos o suplantación de identidades), no se tomaron medidas para prevenir su producción. Por ello, lo que se debe fortalecer son los procedimientos, siendo más estrictos, deben modernizarse. Estamos convencidos que recurrir a la tecnología ayudará a prevenir estos hechos indeseados y permitirá fortalecer⁵⁶ el sistema de adquisición de bienes.

X. Estamos convencidos que un paso importante hacia ello, ha sido la implementación del Sistema de Intermediación Digital-SID Sunarp, con la Directiva núm. 004-2014-SUNARP/SN, aprobada por resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos núm. 234-2014-SUNARP/SN de fecha 17 de septiembre de 2014 y la reciente ampliación del servicio de presentación electrónica del parte notarial digital para el acto de compraventa en el Registro de Predios, aprobado por resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos núm. 068-2016-SUNARP/SN⁵⁷, aunque tímidamente, ya que solo se admitirá, siempre y cuando, se trate de un solo predio, una sola partida registral, titular-transferente y no se transfiera cuotas ideales, es, sin duda, un gran avance.

XI. Una adecuada ampliación y difusión de medidas como esta nos ayudarán a prevenir el ingreso de documentos públicos falsos al registro, aunada a la responsabilidad del notario que haya realizado el envío electrónico del parte notarial digital a la Sunarp.

Para el caso de suplantación de identidades, nos queda más que recomendar el uso obligatorio del biométrico a nivel nacional, ya que es la única forma de garantizar las identidades de las partes; ya que, podrá falsificarse un DNI, pero jamás una huella digital.

Estamos convencidos que, con la correcta implementación de estas medidas, podemos dar solución a los casos de fraude inmobiliario. Lo que demuestra que muchas veces las soluciones a los problemas jurídicos no se encuentran solo en la elaboración de complejas teorías o recurriendo al dogmatismo innecesario. En un mundo como el de hoy, es posible recurrir a la tecnología para dar soluciones prácticas y eficaces a grandes problemas jurídicos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (1986). *Curso de Derechos Reales*, Tomo I, Propiedad y Posesión, Madrid: Civitas.
- APARICIO y GÓMEZ SÁNCHEZ, G. (1942). *Código Civil concordancias*, Tomo III, La Reforma (Motivos), Lima: Taller de Linotipia.
- AUBRY, C. y RAU, C.-F. (1897). *Cours de droit Civil francais d'après la méthode de zachariae*, 15.^a edición, París: Marchal et Billard.
- ARRIETA SEVILLA, L. J. (2009). Fe pública registral, doble inmatriculación y usucapión: Comentario a la STSJ Navarra de 28 de abril de 2008 (RAJ 2009, 306), en *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, núm. 47, Navarra, pp. 183-201.
- AVENDAÑO VÁLDEZ, J. (1980). De los Derechos Reales. Anteproyecto del Dr. Jorge Avendaño Valdez, en *Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código Civil*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 763-808.
- BARBERO, D. (1967). *Sistema del Derecho Privado*, Tomo I, Introducción Parte Preliminar-Parte General, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- BIGIO, J. (1990). *Registros Públicos (arts. 2008 a 2045 del Código Civil)*, En: Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, Separata Especial, Diario Oficial El Peruano, publicado el 19 de noviembre de 1990, Lima.
- BULLARD GONZÁLEZ, A. (2010). *Derecho y Economía, El análisis económico de las instituciones legales*, 2.^a edición, Lima: Palestra Editores.
- BULLARD, A. (2011). *La relación jurídico patrimonial, Reales vs. Obligaciones*, 2.^a edición, Lima: Ara Editores.
- CASTILLO ALVA, J. L. (2011). *La falsedad documental*, Lima: Jurista Editores.
- CUENA CASAS, M. (1996). *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona: J. M. Bosch Editor.

- DABUS MALUF, C. A. (2007). Principais limitações ao direito de propriedade no Código Civil de 2002, En *Revista do Advogado*, Año XXVII, marzo, núm. 90, São Paulo, pp. 7-21.
- DELSOL, J.-J. (1878). *Explication Élémentaire du Code Civil*, Tomo I y II, 3 edición, Paris: A. Cotillon & Cie.
- DEL SOLAR LABARTHE, S. (1994). Protección a terceros adquirentes en el Código Civil: orientaciones y desorientaciones, en *Ius Et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la facultad de derecho de la PUCP, Año V, junio, núm. 8, Lima, pp. 159-174.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III: Las Relaciones Jurídico-Reales, El Registro de la Propiedad, La posesión, 5.ª edición, Madrid: Civitas.
- ESCOBAR ROZAS, F. (2001). Mitos en torno al contenido del derecho de propiedad. Análisis crítico del artículo 923 del Código Civil, en *Ius et Veritas*, Revista editada por los estudiantes de la facultad de derecho de la PUCP, año XI, junio, núm. 22, Lima, pp. 106-117.
- (2004). El contrato y los efectos reales (Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado en el Código Civil peruano), en *Estudios sobre el Contrato en General*, 2.ª edición, Lima: ARA Editores, pp. 213-251.
- FALZEA, A. (2006). El principio jurídico de la apariencia, Traducción de Leysser L. León, en *Derecho PUCP*, Revista de la Facultad de Derecho, núm. 59, Lima, pp. 177-212.
- FERNÁNDEZ CRUZ, G. (1994). La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, en *Themis*, Revista de Derecho, noviembre, núm. 30, Lima, pp. 149-173.
- FORNO FLÓREZ, H. (1993). El contrato con efectos reales, en *Ius Et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la facultad de derecho de la PUCP, Año IV, noviembre, núm. 7, Lima, pp. 77-87.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (1993). *Derecho Inmobiliario Registral e Hipotecario*, Tomo I, Madrid: Civitas.
- GETE-ALONSO, M.ª C. (1997). El Derecho Subjetivo (Dinámica), en *Manual de Derecho Civil*, Tomo I, 2.ª edición, Madrid: Marcial Pons, pp. 431-449.
- GIARDINA, F. (2003). Las situaciones jurídicas subjetivas en BRECCIA, Umberto; BRUSCUGLIA, Luciano; BUSNELLI, Francesco Donato; GIARDINA, Francesca; GIUSTI, Alberto; LOI, María Leonarda; NAVARRETA, Emanuela; PALADINI, Mauro; POLETTI, Dianora; y ZANA, Mario, *Diritto privato*, Parte Prima, Turín: Utet.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (1996). *Justificación de la calificación registral en el análisis económico del derecho Civil: La reducción de los costes de transacción*, en La Calificación Registral, Tomo I, Madrid: Civitas.
- GONZÁLES BARRÓN, G. (2008). *Introducción al Derecho Registral y Notarial*, 2.ª Edición, Lima: Jurista Editores.
- (2009). *Derechos Reales*, 2.ª Edición, Lima: Ediciones Legales.
- (2010). *Estudio Preliminar sobre el Derecho Inmobiliario en el Perú*, en: ALVÁREZ CAPEROCHIPI, J. A., *Derecho inmobiliario registral*, Lima: Jurista Editores, pp. 31-161.
- (2015). *La falsificación: Nuevo modo de adquirir la propiedad. Crítica a los tribunales que amparan al tercero que nace del fraude inmobiliario*, Lima: Gaceta Jurídica.

- GORDILLO CAÑAS, A. (2010). *El principio de fe pública registral*, Lima: Jurista Editores.
- HARDIN, G. (1968). The Tragedy of the commons, en *Science*, vol. 162, december, núm. 3859, Utah, pp. 1243-1248.
- HERNÁNDEZ GAZZO, J. L. (1993). Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores, en *Ius Et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la facultad de derecho de la PUCP, Año IV, noviembre, núm. 7, Lima, pp. 185-193.
- HERNANDEZ GIL, F. (1963). *Introducción al Derecho Hipotecario*, Madrid: Rev. De Derecho Privado.
- JOSSERAND, L. (1950). *Derecho Civil*, Tomo I, vol. III, La propiedad y los otros derechos reales y principales, Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires: Bosch y Cía.
- LEFEVRE, R. (2013). *La Filosofía de la Propiedad*, traducción de Juan Manuel González Otero, España: Unión Editorial S.A.
- LEÓN HILARIO, L. L. (2007). *La Responsabilidad Civil, Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2.^a edición, Lima: Jurista Editores.
- MAISCH VON HUMBOLDT, L. (1980). De los Derechos Reales. Anteproyecto de la doctora Lucrecia Maisch Von Humboldt, en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Tomo I, Lima: Fondo Editorial PUCP, pp. 809-891.
- (1984). *Los Derechos Reales*, 3.^a Edición, Lima: Rocarme.
- MANZANO SOLANO, A. (1991). *Derecho Inmobiliario Registral*, Volumen II, Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- MARINONI, L. G. (2008). *Tutela específica de los derechos*, Traducción de Aldo Zela Villegas, Lima: Palestra Editores.
- MEJORADA CHAUCA, M. (2016). Propiedad constitucional, a propósito de la fe pública registral, en *Themis* - Revista de Derecho, agosto, núm. 67, Lima, pp. 233-237.
- MENDOZA DEL MAESTRO, G. (2013). *La fe pública registral y la falsificación de documentos (Apuntes sobre la legitimación aparente y el poder de disposición)*, Lima. Recuperado de: http://www.derechoycambiosocial.com/revista033/FE_PUBLICA_REGISTRAL_Y_FALSIFICACION.pdf (Visitado el 20/12/2015).
- MOISSET DE ESPANÉS, L. (2004). *La publicidad Registral*, 4.^a edición, Lima: Palestra Editores.
- MORALES HERVIAS, R. (2011). *Patologías y remedios del contrato*, Lima: Jurista Editores.
- MORÓN URBINA, J. C. (2003). El nuevo régimen de los actos administrativos en la Ley núm. 27444, en *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Segunda Parte, Lima: Ara Editores, pp. 131-172.
- NICOLÒ, R. (2005). Las situaciones jurídicas subjetivas, traducción de Carlos Zamudio Espinal, en *Advocatus*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, núm. 12, Lima, pp. 103-116.
- PAIS DE VASCONCELOS, P. (2005). *Teoria geral do direito Civil*, 3.^a edição, Coimbra: Edições Almedina.
- PAU PEDRÓN, A. (1995). *Curso de Práctica Registral*, Madrid: Universidad de Comillas.
- PETIT, E. (1983). *Tratado Elemental de Derecho Romano*, traducido por José Fernández González, Buenos Aires: Editorial Albatros.

- PONTES DE MIRANDA, F. C. (1955). *Tratado de derecho privado*, Tomo XI, Rio de Janeiro: Borsoi.
- PORTALIS, J.-É.-M. (2004). *Discours préliminaire du premier projet de Code Civil*, Bordeaux: Éditions Confluences.
- POSNER, Richard A. (2011). Savigny, Holmes, y el Análisis Económico del Derecho de Posesión, en *Themis*, Revista de los estudiantes de la facultad de derecho de la PUCP, núm. 48, Lima, pp. 55-70.
- RODOTÀ, S. (1986). *El Terrible Derecho, Estudios sobre la propiedad privada*, prólogo y traducción de Luis Díez-Picazo, Madrid: Editorial Civitas.
- ROPPO, V. (2007). Situaciones jurídicas y relaciones jurídicas, en *Derecho de las relaciones obligatorias*, Lima: Jurista Editores, pp. 46-60.
- ROSENVALD, N. (2006). *A propriedade aparente ni Código Civil de 2002*, en *De Iure*. Revista Jurídica do Ministério Público do estado de Minas Gerais, Vol. 6, enero-junio, Belo Horizonte, pp. 303-313.
- SALVAT, R. M. (1946). *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Tomo I, Vol. VIII, Buenos Aires: La Ley.
- SIERRA VÁSQUEZ, G. F. (2011). *La insuficiencia de la buena fe para tutelar a los terceros en las adquisiciones a non domino*, Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad Nacional mayor de San Marcos, Lima. Recuperado de: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/2350/1/Sierra_vg.pdf (Visitado el 02/02/2016).
- SORIA ALARCÓN, M. F. (2012). *Registros Públicos, Los contratos con publicidad*, Lima: Jurista Editores.
- TRABUCCHI, A. (1967). *Instituciones del Derecho Civil*, Tomo I, Traducción de Luis Martínez Calcerrada. Madrid: Editorial de Derecho Privado.
- WESTERMANN, H., WESTERMANN, H. P., GURSKY, K.-H., y EICKMANN, D. (1998). *Derechos Reales*, vol. I, 7.^a edición, Traductores Ana Cañizares Laso y otros, Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- WOLFF, M. (1971). *Derecho de Cosas*, tomo III, vol. I, en ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín, *Tratado de Derecho Civil*, Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, 3.^a edición, Barcelona: BOSCH.
- ZATTI, P. (2005). Las situaciones jurídicas subjetivas, traducción de Vladimir Contreras Granda y Gilberto Mendoza del Maestro, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LV, septiembre-octubre, Editora Normas legales, núm. 64, Trujillo, pp. 357-389.

NOTAS

¹ Se afirma que cada derecho real accesorio, limitado o sobre bien ajeno, al ser entendidos como algún tipo de restricción al derecho de propiedad, es decir, se formulan como desmembraciones de la propiedad, ya sea que su origen provenga de la voluntad o por disposición legal, (Álvarez, 1986, p. 18).

² En la lógica de nuestro Código Civil, los derechos reales como el usufructo (art. 999°), uso y habitación (art. 1026°), superficie (art. 1030°) y las servidumbres (art. 1035°), se ubican dentro de lo que se ha denominado «Derechos Reales Principales», siendo un error, dado que dichos derechos reales se suelen definir en conjunto como derechos reales limitados, accesorios o sobre bien ajeno.

³ En la traducción al castellano de la obra de Louis JOSSEMAND, puede leerse que el autor hace la distinción entre diferentes categorías de derechos reales, ubicando así a (i) Las desmembraciones, como el usufructo, uso, etc.; (ii) Cargas de la propiedad, como las servidumbres; y, (iii) Los derechos reales accesorios, como la hipoteca y otros derechos reales de garantía, (Josserand, 1950, p. 21).

⁴ Nacido en el año 1746 y fallecido en el año 1807.

⁵ Traducción libre: El hombre nace con necesidades; tiene que alimentarse y vestirse; tiene, pues, derecho a las cosas necesarias para su subsistencia y su cuidado. He aquí el origen del derecho de la propiedad.

Ninguna persona hubiera plantado, sembrado ni edificado, si sus tierras no hubieran sido separadas, y si a cada individuo no se le hubiera garantizado la pacífica posesión de su territorio.

⁶ Nacido en el año 1915 y fallecido en el año 2003.

⁷ Se entiende por derecho real a un determinado tipo de derecho subjetivo que protege con carácter absoluto el interés de una persona sobre una cosa, (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 81).

⁸ El profesor italiano Alberto TRABUCCHI (1967) explica respecto al derecho subjetivo que: «[e]l titular de un derecho subjetivo puede parangonarse al hombre que tiene el poder de pulsar un interruptor de corriente eléctrica, aprovechándose de una fuerza ajena a él», p. 53; es así que afirma que el derecho subjetivo como prerrogativa proviene de una fuerza ajena al titular que es conferida por el ordenamiento jurídico; dicha fuerza, solo puede ejercerse una vez que el mismo derecho haya sido reconocido. Por ello, Doménico BARBERO (1967) señala que el derecho subjetivo es «[e]l resultado de una protección jurídica actuada para todos por el derecho objetivo, por el ordenamiento jurídico», p. 168.

⁹ Traducción libre: La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre y cuando no se utilice de una manera prohibida según la ley o los reglamentos.

¹⁰ Traducción libre: El propietario de una cosa, en tanto que la ley o los derechos de terceros no se opongan, puede proceder con la cosa según su voluntad y excluir a otros de toda intromisión.

¹¹ Nacido en el año 1803 y fallecido en el año 1883.

¹² Nacido en el año 1803 y fallecido en el año 1877.

¹³ Traducción libre: Las facultades inherentes a la propiedad no son susceptibles de una enumeración detallada. Ellas se resumen en la siguiente proposición: el propietario a su voluntad puede utilizar y disfrutar libremente de su cosa, disponer materialmente en cualquier ocasión de todos los actos jurídicos de la que es susceptible, finalmente, excluir a todos de la participación en el ejercicio de estas diversas facultades.

¹⁴ Traducción libre: usar (*utendi*), de disfrutar (*fruenti*) y de disponer (*abutendi*) de una cosa de la manera más absoluta [...].

¹⁵ En nuestro continente, por ejemplo, el artículo 2507 del Código Civil argentino de 1869, acoge una definición no descriptiva (abstracta) del derecho de propiedad.

¹⁶ «La conclusión principal es que la propiedad debe permitir la exclusión más perfecta al menor costo posible, pero permitiendo, paralelamente, que los terceros estén en la posibilidad de conocer el derecho del que han sido excluidos», (BULLARD, 2010, p. 165).

¹⁷ Nacido en el año 1868 y fallecido en el año 1941.

¹⁸ Traducción libre: «[e]l derecho de propiedad no se reviste más del carácter absoluto e intangible, de que otrora se impregnaba. Él está sujeto, en la actualidad, a numerosas limitaciones, impuestas por el interés público y privado, inclusive por los principios de justicia y del bien común».

¹⁹ Nacido en el año 1911 y fallecido en el año 1986.

²⁰ Hemos realizado la distinción entre la obligación resarcitoria (remedio) en los casos de afectación del derecho de propiedad y la indemnización justipreciada dentro del esquema de la expropiación y la servidumbre minera, dado que tanto la indemnización como el resarcimiento son remedios de contenido y alcance distinto, a pesar que de ellos se haya hecho un uso sinonímico. Por un lado, la indemnización se impone por imperio de la ley, sin mayor

verificación que la del hecho jurídico concreto en el supuesto de hecho normativo; y, por otro lado, el resarcimiento es propiamente el remedio que el ordenamiento ha previsto para la reparación de daños en la responsabilidad aquiliana, lo que supone el análisis de la concurrencia de todos sus elementos, como son: el criterio de imputación, sea subjetivo (art.1969° del Código Civil) u objetivo (art. 1970° del Código Civil); el daño; y, la relación de causalidad, adecuada para la responsabilidad extracontractual (art. 1985° del Código Civil) y próxima para la responsabilidad contractual (art. 1321° del Código Civil).

²¹ Sobre el particular, recientemente, en la sentencia del VII Pleno Casatorio Civil, recaída en la Casación, núm. 3671-2014-LIMA y publicada el 7 de diciembre de 2015 en el diario oficial El Peruano, se estableció «[q]ue el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo».

²² En este tema específico, en la sentencia del IV Pleno Casatorio Civil, recaída en la Casación, núm. 2195-2011-UCAYALI, se estableció que «1. Una persona tendrá la condición de precaria cuando un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo».

²³ Decreto Legislativo, núm. 1192. Artículo 13.- Fijación del valor de la Tasación.

(...) 13.4. En el proceso de Expropiación, la indemnización justipreciada es el valor de la Tasación, constituyendo el precio a pagarse por todo concepto al Sujeto Pasivo.

²⁴ «Primitivamente, estos modos eran tres: la mancipatio y la in jure cesio para la *res mancipi*; la traditio para las *res nec mancipi*. Posteriormente los dos primeros modos fueron abolidos y quedó solo la tradición como modo de transmisión de la propiedad. [...] La idea esencial del sistema era que la voluntad de las partes podía bastar para el perfeccionamiento del contrato, porque este creaba obligaciones y derechos únicamente entre ellas; pero esa voluntad no era suficiente para crear el derecho real de propiedad, porque tratándose de un derecho oponible a todos los miembros de la sociedad (*erga omnes*), su creación solo podía tener lugar con intervención y conocimiento de ellos», (Salvat, 1946, p. 495).

²⁵ «En el Derecho francés antiguo continuó acentuándose la espiritualización de la transferencia de dominio que ya se había iniciado en el Derecho Romano. Se fue introduciendo poco a poco la práctica de agregar en los contratos una cláusula llamada *dessaisine-saisine* (desposesión-posección) en cuya virtud el enajenante declaraba haber abandonado la posesión de la cosa en manos del adquirente, quien a su vez declaraba haberla recogido. [...] la tradición, todavía indispensable para operar la transferencia de propiedad, se convirtió por obra de la cláusula *dessaisine-saisine* en un modo absolutamente espiritual [...] El uso de esta cláusula fue generalizándose a tal punto que con el tiempo se convirtió en una cláusula de estilo y se la consideró sobreentendida en todos los contratos aunque no hubiese sido expresamente consignada», (Forno, 1993, pp. 80 y 81).

²⁶ «Por los primeros (negocios obligacionales) se crean vínculos de obligación que sirven de fundamento o base causal de la transmisión o de la alteración del derecho real que, de manera efectiva, solo se lleva a cabo mediante el negocio dispositivo. Este es el que verdaderamente genera la titularidad real. [...] Supone pues, una absoluta delimitación entre los negocios que tienen eficacia *inter partes* y aquellos otros que generan una eficacia *erga omnes*. [...] Así surge la noción de acto de disposición (*Verfügung*) desligada del contrato, y ello de forma absoluta por la naturaleza abstracta (no causal) del mismo», (Cuenca, 1996, p. 182).

²⁷ Traducción libre: Estos principios, en teoría permitidos en los países de derecho escrito, e incluso en gran parte de los países costumbristas, habían sido cambiados profundamente, al menos en materia inmobiliaria, para los efectos de la práctica, según las disposiciones de algunas costumbres, unido a la cláusula de desposesión-posección, insertadas en los actos notariales, asimilando la simple declaración de tradición que resulta de esta cláusula a la tradición del Derecho romano que suponía un desplazamiento real de la posesión.

²⁸ Traducción libre: La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes [...].

²⁹ Traducción libre: [u]na importante innovación con los principios del derecho romano y del antiguo derecho francés. Anteriormente, la transmisión de la propiedad se producía solo por la tradición; sin embargo, la tradición no siempre era suficiente.

³⁰ «La *sucesión* es la sustitución de la persona titular del derecho por otra persona que pasa a ocupar su lugar, permaneciendo inalterado el derecho», (GETE-ALONSO, 1997, p. 435).

³¹ Basta verificar lo que dispone el artículo 98° del Reglamento de Inscripciones del Registros de Predios, aprobado por resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, núm. 097-2013-SUNARP/SN, cuyo tenor indica que «Las transferencias a favor de terceros efectuadas por el causante antes de su fallecimiento, podrán inscribirse aun cuando en la partida registral del predio se hubiera inscrito la sucesión a título universal, siempre que su inscripción no perjudique a terceros».

³² En nuestra jurisprudencia, este tema ha sido tratado, por ejemplo, en la Casación, núm. 2565-98-LIMA, Casación, núm. 1368-99-LIMA, Casación, núm. 1618-99-LIMA, y en la Casación, núm. 240-2013-JUNIN.

³³ «El registro es el mayor signo de reconocibilidad que se conoce. Este se caracteriza por ofrecer una información perfecta respecto de los sujetos titulares de derechos. Debemos aclarar que al aludir a información perfecta nos estamos refiriendo a los efectos absolutos que el ordenamiento da al contenido de las inscripciones, incluso en el caso que esa información no esté de acuerdo con la realidad», (HERNÁNDEZ, 1993, p. 189).

³⁴ «III. Principio de rogación y de titulación auténtica. Los asientos registrales se extienden a instancia de los otorgantes del acto o derecho, o de tercero interesado [...] La rogatoria alcanza a todos los actos inscribibles contenidos en el título, salvo reserva expresa [...]».

³⁵ «III. Principio de rogación y de titulación auténtica. Los asientos registrales se extienden [...] en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición en contrario».

³⁶ «IV. Principio de especialidad. Por cada bien o persona jurídica se abrirá una partida registral independiente, en donde se extenderá la primera inscripción de aquellas así como los actos o derechos posteriores relativos a cada uno [...]».

³⁷ «Artículo 19.- Asiento de presentación. Los asientos de presentación se extenderán en el Diario por riguroso orden de ingreso de cada título.

El asiento de inscripción se extiende en mérito de la información contenida en la Solicitud de Inscripción. Complementariamente podrán obtenerse del título presentado datos adicionales, siempre y cuando estos no cambien el sentido de la información principal contenida en la citada solicitud [...]».

³⁸ «IX. Principio de prioridad preferente. Los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de estos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación, salvo disposición en contrario.

X. Principio de prioridad excluyente. No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito o pendiente de inscripción, aunque sea de igual o anterior fecha».

³⁹ «V. Principio de legalidad. Los registradores califican la legalidad del título en cuya virtud se solicita la inscripción.

La calificación comprende la verificación del cumplimiento de las formalidades propias del título y la capacidad de los otorgantes, así como la validez del acto que, contenido en aquel, constituye la causa directa e inmediata de la inscripción.

La calificación comprende también, la verificación de los obstáculos que pudieran emanar de las partidas registrales y la condición de inscribible del acto o derecho. Se realiza sobre la base del título presentado, de la partida o partidas vinculadas directamente a aquel y, complementariamente, de los antecedentes que obran en el Registro».

⁴⁰ «VI. Principio de tracto sucesivo. Ninguna inscripción, salvo la primera se extiende sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emana o el acto previo necesario o adecuado para su extensión, salvo disposición en contrario».

⁴¹ «I. Publicidad material

El Registro otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos. El concepto de inscripción comprende también a las anotaciones preventivas, salvo que este Reglamento expresamente las diferencie.

El contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aun cuando estos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo.

II. Publicidad formal. El Registro es público. La publicidad registral formal garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales y, en general, obtenga información del archivo registral [...].

⁴² «VII. Principio de legitimación. Los asientos registrales se presumen exactos y válidos. Producen todos sus efectos y legitiman al titular registral para actuar conforme a ellos, mientras no se rectifiquen en los términos establecidos en este Reglamento o se declare judicialmente su invalidez».

⁴³ «Artículo 2013. Principio de legitimación.- El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras que no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.

[...] La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes».

⁴⁴ VII. Los asientos registrales se presumen exactos y válidos. Producen todos sus efectos y legitiman al titular registral para actuar conforme a ellos, mientras no se rectifiquen en los términos establecidos en este Reglamento o se declare judicialmente su invalidez.

⁴⁵ Artículo 6.- Partida registral. La partida registral es la unidad de registro, conformada por los asientos de inscripción organizados sobre la base de la determinación del bien o de la persona susceptible de inscripción [...].

⁴⁶ Literal a) del artículo 2 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por resolución, núm. 126-2012-SUNARP-SN.

⁴⁷ «Solo pueden acceder al Registro títulos válidos, y para ello se exige como regla general —no exenta de excepciones— la necesidad de forma pública, y siempre un control de legalidad por parte del registrador de los títulos que pretenden obtener publicidad registral», (GÓMEZ, 1996, p. 43).

⁴⁸ Traducción libre: presunción es menos que fe pública. La presunción, por sí sola, no protege al tercero, porque la presunción de elimina, cancelándose el registro, o modificándose, en virtud de la rectificación. La fe pública asegura a todos que la adquisición o el modo de proceder, que se basa en la fe pública que el funcionario tenga, está plenamente protegida.

⁴⁹ Traducción libre: el derecho debe dirigir su centro de atención a la protección de aquellos que adquieran patrimonio en base a una titularidad y legitimación para disponer aparentes, aunque eso represente el sacrificio económico del verdadero titular.

⁵⁰ Traducción libre: El principio básico de los derechos reales es la protección de la apariencia.

⁵¹ Traducción libre: La propiedad está indisolublemente ligada a su prueba, basada en la investigación de la titularidad formal.

⁵² Traducción libre: Razones sociales y económicas justifican el reconocimiento de la eficacia de los actos practicados por persona que se presente como propietaria de un bien sin que lo sea de verdad, por aparentar la titularidad del derecho subjetivo.

⁵³ Criticando a la posesión como medio económicamente eficiente de publicidad: «Estará bien que se obtenga la propiedad mediante la posesión cuando la propiedad no es de nadie, nadie la reclama y no hay título alguno sobre ella, pero una vez que es adquirida mediante esa forma, debe ser suficiente para mantenerla y poder registrar el título para alejar a cualquier entrometido. Este es un método más barato de dar publicidad, que elaborar señales y cercar la propiedad, dejando de lado los mecanismos que se utilizan en el presente, como método requerido para obtener el título de la *terra incógnita*. Este es otro ejemplo del por qué un sistema de derechos posesorios puro es antieconómico», (POSNER, 2011, p. 66).

⁵⁴ El contenido de este ítem constituye una versión íntegramente revisada de la sección que dediqué a la fe pública registral en mi tesis para obtener el título profesional de abogado,

intitulada «Protección registral y nulidad de oficio del título de concesión minera». (http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/1439/1/escajadillo_cfj.pdf) Visitado el 28/03/2016.

⁵⁵ Artículo 427° del Código Penal.- El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días-multa *si se trata de un documento público*, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesentaicinco días-multa, si se trata de un documento privado.

El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas.

⁵⁶ «Se trata de una cuestión técnica, y se procura utilizar los progresos científicos para brindar los soportes más seguros para la conservación de los datos, y la rapidez y facilidad en su consulta, de manera que se haga efectiva la publicidad como forma de proteger la seguridad jurídica». MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *La publicidad registral*, 4.^a edición, Lima: PALESTRA, 2004, p. 50.

⁵⁷ Publicada el 14 de marzo de 2016 en el diario oficial El Peruano.

*(Trabajo recibido el 1-4-2016 y aceptado
para su publicación el 5-5-2016)*

Las reformas en materia del contrato
de arrendamiento de inmuebles
urbanos en Cuba.
Apuntes al Decreto-ley núm. 322/2014
y a la resolución núm. 33/2014

*Reforms in the lease of urban
property in Cuba.
Notes to Decree-Law No. 322/2014
and Resolution No. 33/2014*

por

RAÚL JOSÉ VEGA CARDONA*
*Profesor Asistente de Derecho Civil.
Facultad de Derecho, Universidad de Oriente.
Juez.*

EDILTRUDIS PANADERO DE LA CRUZ**
*Profesora Titular de Derecho Civil.
Facultad de Derecho, Universidad de Oriente.*

RESUMEN: Con la promulgación del Decreto-ley núm. 322 de 2014 modificador de la Ley General de la Vivienda y su Reglamento, contenido en la

* Profesor Asistente de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Cuba. Especialista en Derecho Civil y de Familia con Mención en Actuación Judicial en el año 2013

resolución núm. 33 del propio año, nuevamente el legislador cubano pone en el centro del debate jurídico el tema del arrendamiento de inmuebles urbanos en su más amplia expresión, en tanto la actual regulación abarca no solo las especificidades en sede contractual sino, y sobre todo, las particularidades del ejercicio del arrendamiento como actividad comprendida dentro de las autorizadas para ejercerse como trabajo por cuenta propia. De esta forma el legislador cubano vuelve una vez más sobre sus propios pasos, esta vez para atemperar la regulación jurídica hasta entonces vigente a las nuevas realidades que enfrenta el país. Sin embargo, la repetición de fórmulas legislativas añejas y la asunción de otras nuevas, incitan a la polémica sobre la pertinencia de la norma promulgada, que a nuestro entender, aún dista en materia contractual de responder a la realidad socio-jurídica en el ámbito inmobiliario cubano. Sobre tales temas discurre el presente artículo, con el objetivo de poner sobre el debate, desde una perspectiva de Derecho Comparado, algunos aspectos sobre el actual régimen de la locación de viviendas en Cuba.

ABSTRACT: With the enactment of Decree-Law núm. 322 of 2014 amending the General Housing Act and its regulations, contained in Resolution núm. 33 of the same year, the Cuban legislator again places at the center of legal debate the subject of the lease Urban property in its broadest expression, while the current regulation covers not only the specific contractual headquarters but above all, the peculiarities of the exercise of the lease as an activity within the designated authorized to be exercised as self-employment. Thus the Cuban legislature returns once again his steps, this time to temper the legal regulation previously in force to the new realities facing the country. However, the repetition of stale legislative formulas and the assumption of new ones, inciting controversy over the relevance of the promulgated standard, which in our view, still far in contractual matters to address the socio-legal in real estate Cuban. On such issues running this Article, with the aim of putting on the debate, from the perspective of comparative law, some aspects of the current regime of the location of housing in Cuba.

por la propia universidad. Máster en Derecho Civil por la Universidad de La Habana, diciembre de 2014. Juez Profesional Suplente no permanente de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Santiago de Cuba. Miembro de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC). Dirección institucional: Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Avenida Patricio Lumumba s/n, Santiago de Cuba, (Cuba), C.P. 90500. Correo electrónico: rvega@fd.uo.edu.cu

** Profesora Titular de Derecho Civil y de Familia, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente. Doctora en Ciencias Jurídicas. Ex jueza de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Santiago de Cuba, (Cuba). Vicepresidenta de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia. Miembro del Tribunal Nacional de Grados Científicos para las Ciencias Jurídicas. Dirección institucional: Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Avenida Patricio Lumumba s/n, Santiago de Cuba, (Cuba), C.P. 90500. Correo electrónico: edilpan@fd.uo.edu.cu

PALABRAS CLAVES: Reformas. Arrendamiento de inmuebles urbanos. Locación. Contrato.

KEY WORDS: *Reforms. Lease of urban buildings. Lease. Contract.*

SUMARIO: I. ACOTACIONES AL ÍTER EVOLUTIVO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES URBANOS EN CUBA.—II. LOS CAMBIOS SOBREVENIDOS CON EL DECRETO-LEY NÚM. 322/2014 Y EL REGLAMENTO SOBRE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS, HABITACIONES Y ESPACIOS: 1. CAPACIDAD/LEGITIMACIÓN PARA CONTRATAR EN EL ARRENDAMIENTO URBANO. 2. LOS ELEMENTOS A CONSIGNAR EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, A PROPÓSITO DEL MINIMALISMO CONTRACTUAL EN SEDE DE LOCACIÓN.—III. REGULACIONES INCÓLUMES EN EL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES URBANOS EN CUBA, O ALGUNAS IDEAS PARA UNA FUTURA REFORMA.—IV. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

«Mientras estaba publicándose el presente tratado (...), se ha sancionado el 9 de abril de 1842, una ley que no carece desinterés, y cuya importancia sube de punto atendidas las alteraciones que causa, así en la corte como en otros lugares populosos y especialmente en la capital de este principado».

R. J. POTHIER

(Observaciones sobre la nueva ley de arrendamiento de casas y otros edificios urbanos, en su *Tratado de la Locación-Conducción*).

I. ACOTACIONES AL ÍTER EVOLUTIVO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES URBANOS EN CUBA

Indudablemente el Código Civil cubano de 1987 se erige como uno de los principales escalones evolutivos en la materia que nos ocupa. Justamente iniciamos aquí este breve estudio del devenir histórico, por la importancia que tiene la promulgación de nuestra norma sustantiva civil, particularmente en sede contractual. El Código sancionó en su artículo 389 el régimen legal del contrato de arrendamiento¹, sin distinciones en cuanto a su objeto, y estableciendo además en los artículos 393 y 394 las obligaciones inherentes a los sujetos contratantes². Nótese sin embargo, que la regulación ofrecida sobre este tipo contractual excluye *ab initio* la necesaria especificación sobre el contenido de este contrato, que no constituye tal como señala el legislador cubano «la cesión del bien», sino la cesión del uso o goce sobre el bien. Este señalamiento podría parecer excesivamente preciosista, empero, la importancia de tal definición im-

plica determinar si el arrendamiento está destinado a la utilización del bien y con ello la aplicación a la cosa misma de todos los servicios que puede proveer (*ius utendi*), o si se concertó con el fin de que el arrendatario se apropiase de los frutos producidos por el propio bien (*ius fruendi*), o ambos³. Para GARCÍA GOYENA este punto era el que marcaba la distinción entre arrendamiento y compraventa, cuyo origen se remontaba al derecho romano recepcionado a su vez en la Ley 1 Título 8 de la 6.^a Partida (GARCÍA GOYENA, 1852, 442). A su vez, LÓPEZ DE ZAVALÍA referencia la tesis de ENNECERUS, quien definía que el arrendamiento o locación de cosas podía ser de uso, excluyente del goce de los frutos, y de uso y disfrute (LÓPEZ DE ZAVALÍA, 1992, 19).

No obstante, en sede inmobiliaria, este cuerpo legal desde su promulgación consagró su carácter supletorio en virtud del artículo 8 del propio texto normativo en relación con sus Disposiciones Finales, que desde entonces decretó el régimen especial de las relaciones jurídicas vinculadas a este sector⁴, lo que suponía indudablemente la presencia de otra norma que regulara la relación jurídica contractual entre arrendador y arrendatario cuando esta recayera sobre bienes inmuebles. Es así como el 23 de diciembre de 1988 se promulgó la aún vigente Ley, núm. 65, *Ley General de la Vivienda* (a partir de ahora LGV), que en su artículo 74 autorizaba a los propietarios de viviendas a celebrar al amparo de lo establecido en la legislación civil común, contratos de arrendamiento de hasta dos habitaciones con o sin servicio sanitario propio, mediante precio libremente concertado y sin someterse a aprobación previa alguna. Esta regulación contenía una remisión expresa al régimen general establecido en el Código Civil cubano para el contrato de arrendamiento, y una limitación a la autonomía de la voluntad en tanto solo permitía que este contrato recayera sobre el uso de una parte del inmueble y no sobre su totalidad. Sobre este artículo 74 es que se van a suceder las diversas modificaciones en el ámbito del arrendamiento de inmuebles urbanos en Cuba, y que muestran en ocasiones cómo el legislador vuelve sobre sus propios pasos en el devenir histórico jurídico de la institución.

La primera reforma sobrevenida a la prístina redacción del supramencionado artículo 74 de la Ley General de la Vivienda en Cuba vendría de la mano del Decreto-ley núm. 171 de 1997 *Sobre el arrendamiento de viviendas, habitaciones o espacios*⁵. Resulta interesante la fundamentación ofrecida en los POR CUANTOS del texto legal que sustentó la modificación que se realizaba en esta sede, y que indudablemente respondía a la coyuntura económica que atravesaba el país durante el conocido «Periodo Especial». Así, se especificaba que dentro de las razones para la reforma se encontraba la necesidad, dentro de la coyuntura económica del país, de ampliar y preservar el derecho de los propietarios a arrendar; y propiciar el arrendamiento ante la situación habitacional, de forma tal que coadyuvara a solucionar el problema de la vivienda. Además, el Decreto-ley regulaba la vertiente del arrendamiento como una de las actividades que integraba el llamado trabajo por cuenta propia, y el régi-

men de contravenciones administrativas ante posibles violaciones del contenido normativo. Cuatro aspectos de la referida regulación resultaban relevantes en el ámbito contractual:

1. La eliminación del límite que imponía la LGV sobre el objeto cuyo uso o goce se cedía con el arrendamiento, al permitirse taxativamente la posibilidad de arrendar no solo partes de las viviendas sino estas en su totalidad, aspecto que incuestionablemente se encontraba conectado con los fundamentos expuestos en los POR CUANTOS de la ley;
2. El establecimiento de prohibiciones legales en relación a los sujetos contratantes, al excluirse expresamente a las personas jurídicas y a los representantes de organizaciones, firmas, entidades o países extranjeros acreditados en la República de Cuba;
3. La exclusión del denominado arrendamiento para uso distinto del de vivienda; y
4. La prohibición del subarrendamiento y la cesión de uso de viviendas, habitaciones o espacios, a pesar que en el régimen general del Código, al cual remitía la propia norma jurídica, tales cuestiones resultan permitidas cuando media autorización expresa del arrendador⁶; aspecto que se justificaba bajo el principio que ley especial prima sobre la general.

En el año 2003 se produce en Cuba una importante reforma a la LGV que abarcó varios aspectos del ámbito inmobiliario y que respondía, según precisa PÉREZ GALLARDO, «a la necesidad de atemperar el dictado de sus preceptos a la dinámica social de nuestra cotidianidad» (PÉREZ GALLARDO, 2004, VII). El Decreto-ley núm. 233/2003 *que modifica artículos de la Ley núm. 65, Ley General de la Vivienda*, volvió a transformar el artículo 74 de la Ley cubana, esta vez, para adicionar otras limitaciones y prohibiciones, o volver sobre otras ya superadas⁷. En el ámbito contractual se retomaba la originaria redacción del Decreto-ley núm. 171/1997 en cuanto a la limitación del arrendamiento a dos habitaciones con servicio sanitario propio o sin él, si bien se dejaba la posibilidad de arrendar otros espacios de la vivienda, así como inmuebles en su totalidad pero solo en este último supuesto a ciudadanos cubanos residentes permanentes en Cuba. A su vez, se imponía otra prohibición en cuanto al elemento subjetivo de la relación jurídica contractual, en tanto se excluían de la legitimación para contratar, a los propietarios de viviendas no residentes en el país y a aquellos cuya titularidad había sido obtenida por asignación estatal. Sin embargo, una adición en la citada norma resultó relevante en el régimen jurídico del arrendamiento de inmuebles urbanos en Cuba: la definición de la finalidad de este contrato. El nuevo artículo 74 disponía específicamente que el arrendamiento tuviera como fin único el servicio de hospedaje, regulación que se ha mantenido casi idéntica en cada una de las modificaciones sobrevenidas

al régimen especial de este tipo contractual; aspecto que será objeto de análisis más adelante.

El Decreto-ley núm. 233 de 2003 fue a su vez derogado por el Decreto-ley núm. 275 de 2010 *modificativo del régimen de arrendamientos de viviendas, habitaciones o espacios*. Nuevamente el legislador cubano volvía sobre el artículo 74 de la Ley General de la Vivienda⁸ introduciendo reformas en el régimen especial de la locación de inmuebles urbanos en nuestro país. Esta vez fueron tres los elementos incorporados que incidieron en sede contractual:

1. Se eliminó el límite impuesto sobre la locación de partes del inmueble, retornándose de esta manera la redacción del Decreto-ley núm. 171/1997 sobre el particular;
2. Se ampliaban los fines del arrendamiento al eliminarse del texto legal el adjetivo «único», con lo que desaparecía una importante limitación a la autonomía de la voluntad; y
3. Se permitió el arrendamiento de inmuebles para la realización del trabajo por cuenta propia, con lo que se introdujo en el ordenamiento jurídico cubano el denominado *arrendamiento para uso distinto del de vivienda*.

Esta última reforma resultó trascendental pues incorporó al texto legal una subespecie del contrato de arrendamiento de inmuebles. Las particularidades que presenta distinguen su régimen jurídico de aquel cuya finalidad es la habitacional, siendo entonces esta la nota determinante de este tipo de arrendamiento que se define en sentido negativo, en tanto se configura cuando el destino primordial no es la necesidad de vivienda del arrendatario. En este contrato prima el principio de autonomía de la voluntad que implica la libertad de pactos, particularmente en lo relativo a la definición de la renta y el plazo por el cual se arrienda el inmueble⁹. Dogmáticamente el arrendamiento para uso distinto de vivienda incluye el ejercicio de actividad comercial, de actividades culturales, de ocio, etc., y el arrendamiento por temporada; sin embargo la propia regulación jurídica que ofrecía el Decreto-ley núm. 275/2010 lo limitó evidentemente a las actividades autorizadas legalmente en Cuba para el ejercicio del llamado trabajo por cuenta propia¹⁰.

Por último, debe señalarse que a la vez que fueron realizándose las modificaciones expuestas a la LGV en Cuba se introdujeron también reformas reglamentarias en materia de locación, dirigidas en su generalidad a regular el ejercicio de esta actividad como trabajo por cuenta propia y con esto, todo lo concerniente al ámbito administrativo en lo relativo a la autorización, inscripción, suspensión, etc., del arrendamiento. De tal modo, en el último decenio pueden mencionarse las resoluciones núm. 270/2003, núm. 346/2005, núm. 305/2010 y núm. 283/2011, todas del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda (INV). Sin embargo, dentro de cada una de estas normas administrativas se regulaba

el contenido del contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos, aspecto que apenas sufría modificaciones en cada uno de los Reglamentos pues estaban encaminados más que todo a precisar aspectos sobre la actividad arrendaticia y no sobre el ámbito contractual. Así, entre las resoluciones núm. 270/2003 y núm. 346/2005¹¹, y las subsiguientes¹², nótese que solo existe una adición al precisarse como elemento obligatorio del contrato la necesidad de plasmar la cuantía pactada entre los sujetos contratantes y el deber de custodia del contrato cuando se realizaba por escrito.

II. LOS CAMBIOS SOBREVENIDOS CON EL DECRETO-LEY NÚM. 322/2014 Y EL REGLAMENTO SOBRE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS, HABITACIONES Y ESPACIOS

El 5 de septiembre de 2014 se publicó en la Gaceta Oficial de la República de Cuba el Decreto-ley núm. 322 *modificativo de la Ley núm. 65 de 23 de diciembre de 1988 «Ley General de la Vivienda»*, de conjunto con sus normas complementarias, si bien no entró en vigor hasta 120 días después (enero de 2015) tal como disponía la Séptima de sus Disposiciones Finales. Es, después del ya mencionado Decreto-ley núm. 233/2003 y el Decreto-ley núm. 288/2011¹³, la tercera reforma más trascendental que ha sufrido la actual LGV cubana desde su promulgación, en tanto abarcó la modificación de 30 de sus artículos. La transformación fue dirigida al régimen legal de las acciones constructivas de los inmuebles, los solares yermos, división de viviendas, inmuebles ubicados en zonas geográficas de alta significación para el turismo, entre otros importantes aspectos; y por supuesto, al ámbito del arrendamiento urbano. Una vez más se vuelve sobre la redacción del archicitado artículo 74 de la LGV cubana¹⁴. A su vez, dentro de las normas complementarias se dicta la resolución núm. 33/2014, pero en esta oportunidad por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) al producirse, con la modificación sobrevenida, un cambio en la autoridad competente para autorizar y rectorar el arrendamiento como trabajo por cuenta propia, pues con anterioridad estaba en manos de la Dirección Municipal de la Vivienda y en consecuencia era el Instituto de similar nombre quien se encargaba de promulgar las normas complementarias en esta materia.

De las transformaciones producidas puede reseñarse que no resultan trascendentales dentro del Decreto-ley al mantenerse casi idéntica la regulación anterior, no así en la resolución contentiva del reglamento en la que sí se aprecia un cambio en cuanto a las precedentes. Sin embargo, antes de entrar a analizar a detalle las modificaciones acaecidas no puede dejar de señalarse que si bien resulta clara la intención del legislador de adaptar las normas inmobiliarias a la realidad que hoy vive Cuba, especialmente en lo relativo al necesario reordenamiento territorial y funcional, lo cierto es que muy a nuestro pesar se sigue

modificando la LGV cubana de 1988 cuando sería prudente la promulgación de una nueva norma jurídica de esta naturaleza. Cada aspecto de la ley inmobiliaria cubana ha sido modificado una y otra vez desde su promulgación, lo que hace compleja su aplicación e interpretación por los operadores jurídicos, al estar compuesta por preceptos reformados indistintamente, provocando la coexistencia de regulaciones que atentan contra la coherencia y sistematicidad del ordenamiento jurídico en sede inmobiliaria. A ello debe adicionarse que en el ámbito que nos ocupa, sigue apreciándose una confusión entre normas jurídicas Civiles y administrativas, tal como se tendrá oportunidad de explicar más adelante.

1. CAPACIDAD/LEGITIMACIÓN PARA CONTRATAR EN EL ARRENDAMIENTO URBANO

Este parece ser uno de los primeros aspectos que introduce el nuevo reglamento en el artículo 2 de la resolución núm. 33/2014¹⁵ del MTSS. Sin embargo, nótese que la especificación introducida por el legislador se concreta en el ejercicio de la actividad por cuenta propia a los efectos de los correspondientes trámites administrativos establecidos para ello, y no se enmarca dentro de la exigua regulación del ámbito contractual. Pero, las particularidades propias del arrendamiento de inmuebles urbanos en el contexto cubano nos conminan a sostener la conexidad entre tal regulación y la capacidad/legitimación para el contrato de locación de viviendas en Cuba, en cuanto la indisoluble relación entre el negocio pactado y el ejercicio privado de la actividad conlleva a sostener que para el legislador cubano son coincidentes los presupuestos de validez para el arrendamiento en cualquiera de sus dimensiones.

Ahora bien, debe destacarse que doctrinalmente la capacidad jurídica en el contrato de arrendamiento coincide con la capacidad para contratar en sentido general, y esta, a su vez, con la de obrar, así *v.gr.*, el Código Civil español en su artículo 1263 hace concordar la capacidad para los actos jurídicos y la capacidad para contratar¹⁶. En similar orden se encuentra el Código Civil cubano que si bien no especifica en materia de contratos cuál es la capacidad exigida, lógico resulta la aplicación de la parte general de la norma sustantiva, a entender el artículo 29¹⁷ de nuestra norma sustantiva Civil.

No obstante, en materia de arrendamiento el nudo gordiano no se encuentra en la capacidad para concertar el acuerdo de voluntades, sino en la legitimación para ello, sobre todo ante la presencia de menores de edad e incapaces. Y es que parecería que nos hallamos ante conceptos que en ocasiones parecen confundirse o poseer un mismo significado. Así, puede encontrarse que cierto sector doctrinal supedita la capacidad para arrendar al encuadre del tipo negocial entre actos de administración y actos de disposición. En este orden se destaca la tesis sostenida recientemente por DE PABLO CONTRERAS para quien «la capacidad necesaria para ser arrendador depende de que se considere que dar

una cosa en arrendamiento es un acto de disposición (equivalente a enajenar la cosa) o de mera administración» (DE PABLO CONTRERAS, 2014, 598). Empero, a nuestra estima, puede deslindarse una y otra situación jurídica. La capacidad para contratar, tal como afirma VALPUESTA FERNÁNDEZ (1998, 355), implica la aptitud de la persona para realizar negocios de forma libre y consciente, de manera que se comprenda el alcance de los actos jurídicos. A su vez, la legitimación para contratar se concreta en la especial posición del sujeto frente a la relación jurídica obligatoria que va a concertar y los efectos jurídicos que de ella se deriva. La legitimación supone la idoneidad para ser sujeto activo o pasivo de un contrato determinado, atendiendo no solo a los elementos definidores (legal y doctrinalmente) del tipo, sino a los elementos fácticos. En esencia, es la posibilidad de ser sujeto de una relación jurídica concreta, pues tal como señalara BETTI «problema de legitimación es considerar *quién*, y frente a *quién*, puede correctamente concluir el negocio para que este pueda desplegar los efectos jurídicos conformes a su función y congruentes con la intención práctica normal de las partes» (BETTI, 2000, 203). Por ende, en el ámbito del arrendamiento, las partes pueden ser o no capaces para contratar, y estar legitimadas o no para ello.

Y es justamente en este punto dónde entra la necesaria especificación de la naturaleza de la locación dentro de la llamada distinción funcional de los actos jurídicos Civiles, en cuanto queda claro que los sujetos incapaces no pueden celebrar este contrato, no así sus representantes legales quienes sí poseerán la capacidad necesaria para ello, debiendo entonces definirse si ostentan o no legitimación para contratar, en tanto en palabras del propio BETTI «la representación, en su aspecto normal, expresa una legitimación del representante en interés del representado. Y en el concepto de esta legitimación, construida como simple poder ante otros, se encuadra tanto la representación llamada legal (...), como, al menos en la mayor parte de los casos, la representación conferida por el interesado» (BETTI, 2000, 206).

GHERSI resulta ser uno de los exponentes de la ya mencionada tripartición funcional de los actos jurídicos, al distinguir entre actos de conservación, actos de administración y actos de disposición, según sea la forma del comportamiento del sujeto frente a los bienes. A su juicio, los actos de conservación son actos necesarios ante la constatación de un posible conato perturbador o un acto material de peligro en el uso y disfrute del bien, los de administración son aquellos conectados con el rendimiento o explotación económica, y los de disposición son los que modifican la situación jurídica de la cosa (GHERSI, 1998, 159). En igual sentido se pronuncia LÓPEZ SAN LUIS, para quien esta división conforma la denominada teoría clásica que divide a los actos de acuerdo a su naturaleza y su relación con el resultado económico de la operación que modifique o no el patrimonio de una persona (LÓPEZ SAN LUIS, 1999, 48). No obstante, puede señalarse la postura de PAU PADRÓN que discrepaba sobre

dicha forma de división de los actos jurídicos civiles, al incluir dentro de los de administración, los de conservación y explotación; agrupación que contrapone a los actos de disposición con efecto traslativo o constitutivo, o de modificación físico-jurídica en el bien (PAU PADRÓN, 1996, 724).

De todas maneras en una u otra segmentación, existe un consenso doctrinal en considerar al arrendamiento como un acto de administración, al fundamentarse en que la cosa produce rendimiento sin que su propietario se desprenda de ella, lo que llevó a BORDA a señalar que estamos ante un supuesto de normal explotación del bien. Por ende, como acto de administración no requerirá de la autorización judicial que legitime al representante legal para concertar el contrato en tanto no pone en peligro el patrimonio del incapaz. No obstante, se reconocen supuestos excepcionales en los que la norma imperativa establece la obtención de autorización judicial para proteger el patrimonio de sujetos vulnerables, *v.gr.*, el artículo 121 incisos *c* y *d* del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina¹⁸; o incluso en que inhabilita a los representantes legales para celebrar el negocio jurídico, como sucede con el artículo 1548 del Código Civil español¹⁹. En ambos casos consideramos que no existe una mutación en el arrendamiento como acto de administración en acto de disposición, como parece sostener cierto sector doctrinal²⁰. La locación sigue estando encuadrada dentro del primer grupo, no se vuelve un acto de disposición sobre el bien del representado legalmente, en tanto no hay una modificación en la situación jurídica sujeto-objeto, sino que las normas imperativas imponen límites al poder de decisión del representante, esferas totalmente distintas.

Todo ello nos permite entonces afirmar que para el legislador de la resolución núm. 33/2014 la actividad del arrendamiento, y con ello el contrato que engloba, se encuentra en Cuba dentro de los actos de mera administración de los bienes, al no exigirse la presentación de documento alguno, como pudiese ser el auto o sentencia de Utilidad y Necesidad, que legitime al representante del menor o incapaz a dar en locación el bien de su representado. Ello, a su vez, se encuentra en consonancia con la regulación ofrecida por el Código de Familia cubano en sus artículos 87 y 155²¹, que si bien no resulta explícita en cuanto al acto de arrendamiento, lógico parece ser excluirlo de la correspondiente autorización judicial al no estar contenido taxativamente dentro de aquellos que sí lo requieren. Pese a ello, creemos prudente sostener que existe en materia de tutela una vía por la cual pudiese protegerse el patrimonio del menor o incapaz ante arrendamientos que pudiesen ser excesivamente gravosos, en tanto el apartado segundo del supramencionado artículo 155 de la norma familiar permite someter al arbitrio judicial los actos que comprometan el patrimonio del tutelado. Esta regulación genérica es la que permitiría en determinados casos el escrutinio judicial del contrato de locación de inmuebles, sin embargo ello encuentra un escollo importante, en tanto la regulación de este tipo negocial lo hace perfeccionar solo por el consentimiento imponiéndose la forma escrita *ad*

*utilitatem*²², por lo que la intervención de una autoridad que vele por la protección del interés del menor o incapaz, como pudiese ser el notario, queda relegada a la autonomía de la voluntad, máxime cuando la confusa regulación entre actividad y contrato, legitima al representante a ejercer la actividad arrendaticia sin ninguna especificación o limitación que proteja el patrimonio de estos sectores vulnerables. De todas formas, debe destacarse que la especificación introducida en el Reglamento permite al menos despejar las dudas en cuanto al encuadre del arrendamiento dentro de los actos que no requieren en Cuba autorización jurisdiccional para su ejecución.

2. LOS ELEMENTOS A CONSIGNAR EN EL ARRENDAMIENTO, A PROPÓSITO DEL MINIMALISMO CONTRACTUAL EN SEDE DE LOCACIÓN

Un elemento distintivo del régimen jurídico del contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos en Cuba ha sido la regulación reglamentaria del contenido del negocio, lo que ha conllevado a que en cada uno de los reglamentos sobre la actividad arrendaticia se haya definido qué elementos debía contener el acto de locación. Esta vez, la resolución núm. 33/2014 del MTSS define en su artículo 25 lo que denomina «especificidades a la actividad»²³, resultando este el primer cambio operado con el nuevo régimen legal, en tanto las resoluciones anteriores utilizaban el término «elementos obligatorios del contrato», lo que indudablemente permite afirmar el reforzamiento de una mayor autonomía de la voluntad negocial, en tanto la ausencia de alguno de estos elementos no acarrearía sanción alguna del ordenamiento jurídico por no resultar forzosa su consignación. Sin embargo resulta llamativa la reducción realizada por el legislador cubano de los elementos que anteriormente se consideraban obligatorios y que ahora se denominan especificidades de la actividad. Así, desaparecen de la regulación actual, la plasmación en el contrato de la identificación del arrendatario, la cuantía del pago, la fecha en que se confecciona, y el precepto válvula que permitía incluir cualquier otro particular de interés para las partes; según disponía la derogada resolución núm. 283/2011 del INV en su artículo 36.

Pero de una comparación entre lo que dejó el legislador y lo que fuera eliminado puede concluirse que quizás debió haber sido en sentido contrario la modificación, lo que demuestra una vez más la confusión imperante en el actual régimen jurídico que no permite deslindar con claridad la actividad arrendaticia, del contrato en sí mismo; lo que si bien pudiese justificarse en que la norma en sentido general trata el tema indistintamente, lo cierto es que el artículo 25 del actual reglamento se encuentra dentro del Capítulo VII que el propio legislador denominó «Contrato de arrendamiento», resultando entonces controvertible la técnica legislativa utilizada y el resultado que de ello derivó.

En primer orden, es cuestionable la eliminación de la identificación de las partes contratantes, tanto del arrendatario como del arrendador, sin que resulte comprensible cómo puede concertarse un contrato sin la individualización de los sujetos de la relación jurídica, salvo que nos encontrásemos en los supuestos especiales de contratación entre ausentes, y en todo caso habrá que identificar al representante legal o voluntario del locador o del locatario. En buena técnica, lo que el legislador debió haber eliminado de los elementos a consignar en el negocio jurídico, era la identificación de las personas que acompañan al arrendatario, aspecto que si bien puede trascender al ámbito del ejercicio de la actividad arrendaticia tal como se colige de lo preceptuado del artículo 23 del propio reglamento que preceptúa lo relativo al Libro de Registro de Arrendatarios²⁴, no resulta así en el plano negocial, dónde dicha persona es irrelevante en la relación jurídica, salvo que fuese identificada como co-arrendadora. Lo cierto es que ello resulta una reiteración innecesaria del legislador que no encuentra cabida en la concertación del negocio en concreto.

En segundo lugar, resulta confuso el mantenimiento, de forma separada, dentro de los aspectos a especificar, de la dirección de la vivienda y el objeto del arrendamiento, ¿es que acaso en una norma jurídica concebida para regular el régimen legal de la locación de inmuebles urbanos en Cuba, el contenido principal del contrato además del precio, puede ser otro que la entrega de la vivienda identificada? En todo caso, ambos elementos debieron quedar fusionados en uno solo, ha entender la particularización del inmueble dado en locación, y en todo caso el uso o goce para el que se destinará. Es cierto que la doctrina afirma que este último aspecto no resulta esencial para la configuración del negocio jurídico, pues de no estar expresamente estipulado podrá colegirse según la naturaleza de la cosa dada en locación, la profesión u oficio del locatario, así como del uso o la costumbre; siendo entonces las normas reguladoras de la institución supletorias a la ausencia de pronunciamiento en la *lex privata*²⁵, empero, habrá de coincidirse con la jurisprudencia española que mediante la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1990 y en el ámbito de la locación de inmuebles urbanos, reafirmó la importancia de la calificación del negocio (BAÑULS RIVAS y BAÑULS RIVAS, 1994, 3430).

Pero el tema que venimos analizando es mucho más complejo de lo que parece, pues la técnica legislativa utilizada en la redacción del inciso c) del artículo 25 de la resolución núm. 33/2014 genera muchas más dudas que las que aparenta. El legislador exige en este caso como elemento a especificar, la plasmación del objeto del arrendamiento y la moneda en que se ha pactado, ¿es que acaso para la *mens legislatoris* el objeto del contrato en la locación de inmuebles urbanos se limita al precio o renta?, ¿qué entender entonces por objeto del arrendamiento en Cuba?, ¿es más importante conocer la moneda pactada que la cuantía? Estas resultan ser algunas preguntas claves para poder comprender la exégesis del precepto *in comento*. Y es que el punto del objeto

del contrato en sentido general, y del arrendamiento en particular, discurre por la asunción de posturas dogmáticas que adquieren tintes iusfilosóficos.

La definición del objeto del contrato no encuentra en la doctrina un consenso, a pesar de los ingentes esfuerzos por lograr una visión unitaria sobre el tema. FIORI, resulta ser uno de los estudiosos que ofrece un análisis evolutivo desde el Derecho Romano hasta la postura asumida por el *Code Civile* de Napoleón, el BGB alemán y el *Codice* italiano, tres de las legislaciones civiles paradigmáticas; sin dejar de señalar a aquellos que estiman que la noción del objeto es inútil (FIORI, 2007, 205-260). A su vez, en la dogmática patria DELGADO VERGARA expone que las diversas posiciones sobre tal cuestión pueden resumirse en tres: los que entienden que el objeto del contrato es el fin perseguido y que supone la identificación de los conceptos objeto-causa; los que afirman que el objeto es la cosa, servicio o prestación sobre la que recae el acuerdo de voluntades; y por último, los que sostienen que el objeto es la materia del negocio, es decir la realidad sobre la que este versa. Empero, la propia autora se distancia de tales tesis para afirmar que el objeto del contrato es un bien jurídico, a entender, una esfera de la realidad que puede estar constituida por relaciones, intereses o conductas; y cuyo valor es reconocido por el Derecho para erigirse como tal (DELGADO VERGARA, 2007, 243-254).

Empero, en materia de arrendamiento la discusión es mucho más enrevesada, en tanto la aplicación a la locación por los juristas clásicos de los mismos elementos de la compraventa: *merces, res* y *pretium* o *conventio*²⁶; derivó en la cosificación inicial del objeto de este tipo contractual, aspecto que ha sido mantenido por algunos estudiosos en la actualidad. Así, de los ya citados puede señalarse a DE PABLO CONTRERAS, para quien «pueden ser objeto del contrato de arrendamiento toda clase de cosas, tanto inmuebles como muebles» (DE PABLO CONTRERAS, 2014, 363); y O'CALLAGHAN que solo se limita a sostener que el objeto es la cosa y el precio (O'CALLAGHAN, 2001, 363). Pero, los ataques a este razonamiento se enmarcaron desde la doctrina clásica francesa y tuvieron en POTHIER y DONEAU dos de sus más importantes exponentes, en tanto para el primero «cuando un tal alquila su cosa, es el uso de la cosa, mejor que la cosa misma lo que es objeto de su obligación (POTHIER, 2003, 77); y para el segundo en palabras de FIORI «*res locata* no es simplemente la *cosa* (como en la compraventa) sino el *usus* de la *res corporales* y la *praestatio* de la *opera* (FIORI, 2007, 229). Esta postura ha sido continuada por especialistas en la materia como LORENZETTI para quien el objeto del arrendamiento es la operación jurídica que se deriva de la entrega de la cosa para su uso o goce a cambio del pago de la renta (LORENZETTI, 1999, 343).

A nuestra estima, dogmáticamente puede sostenerse como válida la última de las posturas señaladas, en consonancia con el criterio ya destacado de DELGADO VERGARA, en tanto lógico resulta que en el supuesto de la locación, la renta o precio se paga no por la cosa sino por su uso o goce, y por ende

el objeto del contrato es justamente este, que es sobre el que recae el interés contractual, distinto por supuesto al contenido del programa prestacional que estará compuesto principalmente por la entrega de la cosa y el pago del dinero. Ahora bien, esta postura dogmática no parece ser la acogida por la legislación cubana, particularmente por el Código Civil que en materia de arrendamiento se decanta por la cosificación del objeto del contrato según se colige de los artículos 393 inciso a y 394 inciso d.²⁷. Nótese que incluso parecería que, para el legislador de la norma sustantiva civil patria, solo la cosa integra el objeto no así el precio o renta, cuya obligación de pago se encuentra regulada en el inciso a) del artículo 394 de forma separada al que se refiere al objeto del contrato²⁸. Y es justamente aquí dónde entra a jugar la reforma introducida en el inciso c) del artículo 25 de la resolución núm. 33/2014, que parece discurrir sobre el filo de lo confuso, al generar una dualidad de interpretación con la que no se esclarece ni la postura dogmática ni legal del legislador cubano sobre el objeto del contrato, y particularmente del arrendamiento de inmuebles urbanos. Lo cierto es que en todo caso, autores como DE PABLO CONTRERAS (2014, 605) y BORDA (1994, 465), coinciden en declarar como elemento esencial para la configuración del contrato de locación de inmuebles, el precio o renta a pagar, aspecto que debió quedar consagrado con claridad en la regulación del contenido del negocio jurídico en Cuba, ya fuese de forma cierta y determinada o determinable por las partes con posterioridad. Este elemento es mucho más relevante que el de la moneda pactada²⁹ en tanto el nivel de indeterminación que posee la norma actual permitiría solo la consignación de este último particular con la correspondiente omisión del monto de la renta debida.

Por último, debe afirmarse que la eliminación con la reforma sobrevenida del resto de los elementos que la anterior legislación consideraba obligatorios, a entender: la fecha en que se confecciona el contrato y cualquier otro aspecto que resulte de interés; no repercute en la conformación del negocio objeto de estudio, en tanto no son aspectos esenciales para la concertación del arrendamiento de inmuebles urbanos.

III. REGULACIONES INCÓLUMES EN EL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES URBANOS EN CUBA, O ALGUNAS IDEAS PARA UNA FUTURA REFORMA

Nos parece que para culminar las reflexiones expuestas en este artículo, resulta un imperativo referirse, *grosso modo*, a algunas líneas que debe considerar el legislador patrio para futuras reformas al régimen contractual del arrendamiento de inmuebles urbanos en Cuba y que no se encuentran dentro de lo que hemos expuesto precedentemente. Esto, a partir de aspectos que permanecen inamovibles en la norma jurídica actual y que merecen, al menos, una reflexión

mucho más meditada, no solo a la luz de la doctrina y legislación foránea, sino del contexto cubano actual.

1. Resulta discutible la confusión que se aprecia en el régimen jurídico cubano entre el contrato de locación y la actividad arrendaticia, conceptos que si bien se encuentran indisolublemente conectados, su contenido abarca esferas distintas de actuación. El contrato de arrendamiento trasciende al ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos del individuo, en relación con su autonomía de la libertad; aspecto totalmente diferente al despliegue de la actividad arrendaticia, que en Cuba es calificada como trabajo por cuenta propia, y que se integra por todos aquellos elementos propios del ejercicio no estatal de dicha actividad laboral. En consecuencia, la norma jurídica debería deslindar con especificidad cuál es la esfera propia del acuerdo de voluntades, y cuál trasciende al ámbito administrativo de la locación. Esto, a su vez, repercute en la normativa jurídica que disciplina ambos particulares, pues en el régimen cubano actual tanto el Decreto-ley núm. 322/2014, como la resolución núm. 33/2014, regulan indistintamente uno y otro aspecto, debiendo determinarse el marco jurídico adecuado que evite tal confusionismo. Consideramos que la regulación contractual debe quedar al ámbito del Decreto-ley, no así en el Reglamento, que en tanto norma administrativa se circunscribiría a la relación de la Administración con el titular de la actividad arrendaticia, y todo lo que de ello deriva en cuanto a autorización, control, culminación, etc., de este específico trabajo por cuenta propia³⁰. Esto en consonancia con lo que ya la doctrina ha señalado, especialmente MARTOS CALABRÚS cuando afirma, al referirse sobre régimen español, que «el contrato se rige (o debería regirse) por normas civiles (estatales), y la actividad, por normas administrativas o turísticas (autónomicas). La norma que rige la actividad establece los criterios por los que se considera que hay habitualidad y profesionalidad en un sector económico, y los deberes frente a la Administración; la norma que rige el contrato regula los derechos y obligaciones de las partes» (MARTOS CALABRÚS, 2014, 92).

2. Es cuestionable que el legislador cubano continúe manteniendo como finalidad del arrendamiento de viviendas y habitaciones, el hospedaje tal como reza el actual artículo 74 de la LGV. En primer en el Decreto-ley núm. 322/2014 se continúa apostando (tal como lo hiciera en las dos normativas previas) por una confusión que no tiene cabida en la sistematicidad del ordenamiento jurídico patrio, en tanto el Código Civil cubano distingue con claridad el contrato de arrendamiento, regulado de los artículos 389 al 395, del contrato de hospedaje reconocido en los artículos 438 al 443³¹. Es cierto que la regulación ofrecida por el Código circunscribe como sujeto activo del contrato de hospedaje a las entidades encargadas de prestar este servicio, que en la propia técnica del texto sustantivo parecen no ser otras que las personas jurídicas, según la definición de su artículo 39.1 de dicho cuerpo legal³²; y por ende, podría colegirse que la intención del legislador es extender la prestación de esta actividad a las perso-

nas naturales. A su vez pudiera afirmarse también, que el citado Decreto-ley, como sus precedentes, toma partido en la discutida definición de la naturaleza jurídica del contrato de hospedaje. Así, para cierto sector doctrinal italiano se está ante un tipo o especie de contrato de arrendamiento. ABELLO afirmaba que el hospedaje es un arrendamiento de cosas, en tanto su contenido esencial es el alojamiento sin que las prestaciones accesorias modifiquen la naturaleza contractual (ABELLO, 1993, 43). Este criterio, según señala LÓPEZ DE ZAVALÍA, también fue seguido por RINESSI que lo enmarca dentro de la locación de cosas, ÁLVAREZ ALONSO dentro de la locación de servicios y RICCIO dentro de la locación de obra (LÓPEZ DE ZAVALÍA, 1992, 507). Por su parte PLANIOL y RIPERT sostuvieron que en el alojamiento hay una combinación de contratos inconexos, dentro de los que se encuentra la propia locación de un bien, pero sin que ello implique el reconocimiento de una figura contractual distinta en tanto «es un agregado que comprende 1. un arrendamiento de cosa (por la habitación); 2. una locación de obra (por los servicios del personal); 3. suministros (por la comida, calefacción, etc.); 4. un depósito (por el equipaje) (...). Por tanto, es un error la opinión que se ha sostenido de que pueden crearse contratos innominados y nuevos; todo lo que puede hacerse son combinaciones de contratos, formadas de elementos inconexos entre sí, y ya nominados» (PLANIOL y RIPERT, 1933, 450).

Con todo, desde el enfoque teórico puede sostenerse la individualidad del contrato de hospedaje en relación al arrendamiento, y es que su finalidad es la prestación permanente de un servicio mientras dure el negocio a cambio de un precio cierto y determinado. Estamos en presencia de un tipo contractual que requiere la conjunción de un grupo de elementos: un inmueble concebido para hospedar a una persona, que en consecuencia debe presentar las condiciones mínimas establecidas por las normativas en esta materia, el cumplimiento por el hospedero de obligaciones conexas a la de prestar el alojamiento (limpieza, alimentación, etc.), y la prestación de otros servicios como el de electricidad o telefonía. Es cierto que tanto en uno como en otro se ofrece alojamiento en su acepción gramatical³³, pero en el primero hay una fusión de diversas prestaciones que no se distinguen individualmente, salvo su estudio en particular, con lo que entonces no se estaría escrutando la entidad contractual en sí misma. AGUILAR GUTIÉRREZ define al hospedaje como un contrato cuya finalidad es la de suministrar un servicio a terceros, constituido por prestaciones típicas de diversos contratos nominados sin que pueda por esto desconocerse su individualidad (AGUILAR GUTIÉRREZ, 1966, 107). En similar sentido se pronuncia LORENZETTI, para quien el contrato de hospedaje «es la explotación de un inmueble o parte del mismo, destinado a dar ocupación temporaria de una o más habitaciones, constituya o no una unidad funcional de vivienda, siempre que dicha actividad esté debidamente habilitada, dé a los ocupantes el uso y goce de las habitaciones, y una serie de servicios (...). Es un contrato

atípico, en tanto contiene elementos de la locación, de servicios y de depósito» (LORENZETTI, 1999, 335).

A la individualidad del contrato de hospedaje debe adicionarse las notables diferencias con el régimen jurídico del arrendamiento en materia de responsabilidad Civil y régimen de mejoras e inversiones realizadas por el arrendador o el arrendatario. En el contrato de hospedaje el hospedero asume la responsabilidad por la pérdida del equipaje introducido, en tanto posee la tutela sobre el establecimiento y el deber de custodia sobre las cosas introducidas por el huésped³⁴, no así en el arrendamiento donde el arrendador se limita a entregar el inmueble a los efectos del uso o goce por parte del arrendatario sin que asuma responsabilidad alguna por los efectos que este introduzca a tenor de la finalidad con la que se ha pactado, por ello BORDA afirma que un elemento esencial en la diferencia entre un tipo contractual y otro es justamente que «la habitación en este contrato está bajo la vigilancia del aposentador, en tanto que la cosa locada está al cuidado del locatario» (BORDA, 1994, 439). A su vez, en cuanto al régimen de mejoras e inversiones del inmueble resulta lógico que en el hospedaje siempre quedará a cargo del hospedero y nunca del huésped, salvo, por supuesto, que estas se hayan originado en un hecho dañoso realizado por este último. Por su parte, en el arrendamiento existe una regulación jurídica de compartimentación, en cuanto el arrendador deberá asumir las obras debidas, ya sea las necesarias para entregar la cosa en buen estado físico en aras de hacer propio el uso para el que se ha contratado o denominadas también obras de acondicionamiento³⁵ (a excepción que el arrendatario preste su aquiescencia conociendo el mal estado de la cosa locada), o las derivadas del acuerdo de voluntades en el propio contrato o con posterioridad a este. Por su parte el arrendatario asumirá las obras pactadas en el contrato o las permitidas por la ley o por el propio locador de forma tácita³⁶. *Ergo*, resulta a todas luces clara la diferencia, tanto en el plano dogmático como en el legal, entre un tipo contractual y otro, aspectos que parece desconocer aún el legislador cubano en tanto este elemento continúa inamovible en la nueva normativa jurídica que regula la materia.

3. En consonancia con lo anterior, y una vez deslindado el contrato de arrendamiento del contrato de hospedaje, el legislador deberá repensar la particularización de ciertos aspectos del régimen jurídico del contrato de locación de inmuebles cuya finalidad sea la de vivienda. Este aspecto resulta medular en tanto el mecanismo de concertación de este negocio jurídico está motivado por la satisfacción de la necesidad de vivienda ante la imposibilidad del arrendatario de adquirir un inmueble en propiedad³⁷. Es aquí dónde se manifiesta, en sede de locación, el carácter social del Derecho, que no puede en modo alguno desconocer la norma jurídica que regule tales particulares y cuya manifestación en el arrendamiento urbano ya había señalado en su día ESPÍN CÁNOVAS, al destacar la fisonomía propia de tendencia social de este tipo contractual, frente

a la autonomía y libertad privada consagrada ampliamente por los Códigos Civiles para la generalidad del negocio jurídico en cuestión (ESPÍN CÁNOVAS, 1959-1960, 385).

Ello derivaría en un intervencionismo estatal que limite el ejercicio libre de la autonomía de la voluntad en aspectos como la determinación de la renta, el plazo del contrato o el mecanismo de culminación, de forma tal que se proteja al arrendatario en tanto parte débil, no por la naturaleza del acuerdo de voluntades sino por lo que lo motiva a contraerlo³⁸. Estos tres elementos, si bien no resultan considerados por la doctrina como esenciales para la configuración del negocio en cuestión, deben resultar aspectos de particular regulación jurídica por el legislador en el caso de los arrendamientos para uso de vivienda, de forma tal que pueda sustituirse la *lex privata*, ya fuese de forma imperativa o dispositiva, ante la ausencia de pronunciamiento por los sujetos contratantes según la naturaleza y contenido de la norma. Así, en materia de determinación de la renta el intervencionismo estatal ha impuesto reglas específicas para limitar el empoderamiento del arrendador para lucrar excesivamente con el interés del arrendatario, que en este ámbito adquiere el carácter de necesidad. De esta manera se ha establecido por las legislaciones foráneas que: el precio acordado no puede ser modificado durante la vigencia del contrato de forma unilateral por ninguna de las partes, sino solo cuando existe consenso entre los sujetos contratantes; o se ha restringido el mecanismo de la formación del precio en el contrato³⁹; o la limitación en el tiempo y forma de pago⁴⁰; o se ha dispuesto que ante la indeterminación del alquiler se presumirá la renta declarada por el arrendatario, siempre considerado como parte débil cuando la locación tenga el fin supramencionado⁴¹. *Ergo*, no quedan dudas del régimen especial que en materia de renta o alquiler se aplica en el arrendamiento urbano para uso de vivienda, y que a todas luces desconoce la normativa jurídica objeto de análisis al no ofrecer distingo según la finalidad del acto de locación.

Por su parte, en cuanto al plazo en el arrendamiento para uso de vivienda la tendencia debe ser hacia la consagración de plazos de garantías a favor del arrendatario. El fundamento se encuentra en lo que ya hemos venido destacando sobre la necesidad habitacional, y que en materia de plazos se traduce como la seguridad que tiene el locatario de poder usar la cosa, pero también de poder, en caso de ruptura del acuerdo de voluntades, buscar y encontrar en un plazo prudencial otro inmueble para arrendar. *Ergo*, deberán establecerse plazos mínimos ante la ausencia de pronunciamiento de los sujetos en el contrato, y que tendrán por base la computación del tiempo en el uso o goce del inmueble en cuestión⁴². A su vez, deben establecerse plazos máximos, en tanto el arrendamiento perpetuo desnaturaliza el acuerdo de voluntades y el derecho de propiedad que tiene el locador sobre el bien. Así por ejemplo, lo ha entendido la jurisprudencia española en las sentencias del Tribunal Supremo ibérico de fechas 9 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009, 4585), y, transcribiéndola, la de 14

julio 2010 (*JUR* 2010, 264027) para cualquier tipo de arrendamiento; según señala CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (2011, 291 y sigs.). Y en relación a la culminación del contrato, queda claro que, salvo supuestos excepcionales, no podrá realizarse de forma arbitraria por el arrendatario debiendo establecerse mecanismos de garantía en cuanto a plazos de notificación al arrendador, o periodo para desalojar el inmueble⁴³.

Con todo, consideramos que una legislación proteccionista del locatario basarse en el exacto punto de equilibrio, es decir, que no exista tampoco una salvaguarda desmedida del inquilino, y en el que el arrendador sienta confianza en la obtención de un rendimiento económico justo y sin riesgos añadidos. Es lo que puede denominarse principio de seguridad sinalagmática: el propietario en la obtención de la ganancia debida y el arrendatario en la estabilidad del uso de la vivienda ajena.

4. Por último, y conexas a lo señalado en el apartado anterior, el legislador cubano también deberá particularizar el régimen jurídico del arrendamiento para uso distinto del de vivienda, introducido desde el derogado Decreto-ley núm. 275/2010 y que permanece incólume en la regulación actual. En esta sub especie del contrato de locación de bienes inmuebles adquiere especial importancia el arrendamiento de local de negocio, en el que las especificidades no recaen sobre la determinación de la renta o el plazo en el contrato, en tanto como se señaló previamente prima el principio de autonomía de la voluntad sin cortapisas, sino en los efectos que genera su culminación.

En el arrendamiento de o para local de negocio existe una protección adicional al valor añadido que aporta el locatario durante el tiempo que dure el desarrollo de la actividad comercial en el inmueble arrendado. En consecuencia, con la extinción del plazo contractual la doctrina y legislación foránea reconoce la generación de una obligación indemnizatoria a su favor⁴⁴. Para GONZÁLEZ PACANOWSKA, el fundamento de este derecho se encuentra en el perjuicio que genera al arrendatario la pérdida de la clientela, los gastos producidos por el traslado del negocio, y el posible enriquecimiento del arrendador de aprovecharse de la clientela captada previamente por el locatario (GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1995, 299 y sigs.). A esto habrá de adicionarse el valor añadido por el arrendatario al local, mediante la reinversión de las ganancias obtenidas en la sede física del negocio, y cuya permanencia a su vez, podría haber generado la consolidación del prestigio del servicio o actividad prestada.

Empero, tal derecho a la indemnización genera un número de dificultades que debe resolver la legislación que lo consagre: ¿quién determina la cuantía o monto?, ¿cómo se determina?, ¿es un derecho de carácter dispositivo o imperativo? Las respuestas a estas y otras interrogantes trazarían el camino a transitar en un futuro perfeccionamiento del régimen jurídico en Cuba. A nuestra estima, el principio de autonomía de la voluntad marca este tipo de arrendamiento, por ende, nos encontraríamos ante normas jurídicas que podrían ser sustituidas

por la *lex privata*. En consecuencia, los sujetos contratantes podrán establecer libremente el monto y el procedimiento para su determinación, o incluso su exclusión del acuerdo de voluntades. Ahora bien, ante ausencia de pronunciamiento y una evidente *litis* las partes podrían someterse al arbitrio judicial asistido por las valoraciones de un perito, el que podrá tener como posibles parámetros de cuantificación, el margen comercial medio de la actividad, el tiempo de ocupación del local, la posible ganancia a obtener por el arrendatario de la clientela captada, los gastos de traslado y reinstalación, el valor añadido al inmueble, etc.

IV. CONCLUSIONES

I. El accidentado *íter* evolutivo de la regulación jurídica del contrato de arrendamientos de inmuebles urbanos en Cuba muestra las cavilaciones del legislador patrio que en esta materia ha vuelto sucesivamente sobre sus propios pasos. La actual Ley General de la Vivienda en Cuba ha visto modificado su artículo 74 en cuatro oportunidades hasta la actualidad, contando además con sucesivas reglamentaciones en las que persiste la confusión entre actividad arrendaticia y el contrato de locación como negocio jurídico.

II. Las reformas introducidas con el nuevo régimen legal del contrato de arrendamiento de inmuebles en Cuba, particularmente las establecidas en el Reglamento del Decreto-ley núm. 322/2014, tienden a un minimalismo contractual al disminuir la reglamentación específica de este negocio jurídico. A esto se adiciona que las modificaciones generan más dudas en la interpretación y aplicación de la norma que las que existían con el régimen anterior, al confundirse o eliminarse aspectos propios de la locación.

III. La regulación actual del contrato de locación de inmuebles urbanos en Cuba contiene aspectos que han permanecido inamovibles y que deben ser valorados a los efectos de futuras reformas a su régimen jurídico. Particular mención merecen el deslinde entre actividad arrendaticia y el negocio en cuestión, entre este tipo contractual y el hospedaje, las particularidades del contrato para uso de vivienda en lo que respecta a la determinación de la renta, el plazo o su culminación; así como las especificidades cuando el uso para el que se destina es distinto al habitacional. Ello redundaría en la necesaria perfección normativa que contextualice la locación de viviendas a la realidad cubana actual.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLO (1922). *Trattato della locazione*, tomo II *Locazione di opera*. Nápoles: s. ed.
AGUILAR GUTIÉRREZ, A. (1966). *Síntesis del Derecho Civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México ediciones.

- ALBALADEJO, M. (1977). *Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones, vol. 1.º. La obligación y el contrato en general*. Madrid: Editorial Bosch.
- BAÑULS RIVAS, M., y BAÑULS RIVAS, C. (1994). Legislación especial de arrendamientos urbanos (I). *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 48 (1711), 3424-3445.
- BETTI, E. (2000). *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares S.L.
- BORDA, G. (1994). *Tratado de Derecho Civil-Contratos, tomo I*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2011). Duración del arrendamiento para uso diverso al de vivienda pactado por tiempo indefinido: comentario a la sentencia del TS de 4 de julio de 2010 (RJ 2010, 3907). *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 26, 289-309.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2014). El arrendamiento. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coordinador), *Curso de Derecho Civil, volumen II, Derecho de Obligaciones*. Granada: COLEX, pp. 589-658.
- DELGADO VERGARA, T. (2007). Del objeto del negocio jurídico. Aplicación del concepto al contrato. En: L. B. Pérez Gallardo (coord.). *El derecho de contratos en los umbrales del siglo XXI: memorias de las jornadas internacionales de Derecho de Contratos celebradas en La Habana, Cuba, en el periodo 2001-2007*. Sao Paulo: Academia Brasileira de Direito, MP. Editora, pp. 243-254.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1972). *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, volumen I*. Madrid: Editorial Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (1992). *Sistema de Derecho Civil, volumen II El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1959-1960). Arrendamientos Urbanos regidos por el Código Civil. *Anales de la Universidad de Murcia. Derecho*, volumen 18, 383-454.
- FERNÁNDEZ TABÍO, L. (2006). La dolarización en la economía cubana indicarse [En línea], disponible en <http://www.uh.cu/centros/cese/BT%20-%20Economía%20norteamericana/ILR08.pdf>
- FIORI, R. (2007). El objeto del contrato en la tradición civil. *Revista de Derecho Privado de la Universidad de Externado de Colombia*, núm. 12-13, 205-260.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español, tomo III*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial.
- GHERSI, C. A. (1998). Capítulo VI Consentimiento. En: C. Alberto Ghersi *et al. Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial. Empresas, negocios, consumidores Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Astrea, pp. 147-171.
- GÓMEZ LAPLAZA, M. C. (1993). Artículos 1263 y 1264. En: M. Albaladejo & S. Díaz Alabart (directores). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, vol. 1-B, artículos 1261 al 1280 del Código Civil. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 155-210.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1995). Arrendamiento para uso distinto del de vivienda y locales de negocio en la Ley 24/1994 de Arrendamientos Urbanos. *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, núm. 13. Murcia: s. ed.

- KRIEDEL, HERMANN, y OSENBROUGEN (trads.). (1889). *Cuerpo del Derecho Civil romano. Parte tercera del Digesto o Pandectas del señor Justiniano (de las cosas)*. Barcelona: Jaime Molinas Editor.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J. (1992). *Teoría de los contratos, Tomo III Parte especial (2)*. Buenos Aires: Zavalía Editor.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. (1999). *La capacidad contractual del menor en el derecho francés y español*. Almería: Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones.
- LORENZETTI, R. LU. (1999). *Tratado de los contratos, tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- MARTOS CALABRÚS, M. A. (2014). El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la Ley 4/2013. *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 1, 91-102.
- O'CALLAGHAN, X. (2001). *Compendio de Derecho Civil, Tomo II Obligaciones y contratos, vol. 2.º* Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas S.A.
- PAU PADRÓN, A. (1996). La capacidad en negocios sobre inmuebles. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 634, 723-822.
- PÉREZ GALLARDO, L. B. (2004). Prólogo. En: L. B. Pérez Gallardo, M. Fernández Martínez & Z. Rodríguez Reina. *Ley General de la Vivienda*. La Habana: Editorial Ciencias Sociales.
- PLANIOL, M., y J. RIPERT. (1933). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, volumen II*. La Habana: Cultural S.A.
- POTHIER, R. J. (1841). *Tratado de la locación-conducción*. Barcelona: Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger.
- (2003). *Tratado de las obligaciones*. México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2009). *Principios de Derecho Administrativo General, tomo I*. Madrid: editorial S.A. IUSTEL. PORTAL DERECHO.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (1998). Elementos esenciales del contrato. En: M. R., Valpuesta Fernández (coord.). *Derecho de obligaciones y contratos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 353-374.

NOTAS

¹ Cfr. Código Civil cubano, artículo 389: Por el contrato de arrendamiento el arrendador se obliga a ceder al arrendatario un bien determinado, para su uso y disfrute temporal, por el pago de una cantidad de dinero también determinada.

² Cfr. Código Civil cubano, artículo 393: El arrendador está obligado a: a) Entregar al arrendatario el bien objeto del contrato; b) hacer por su cuenta las reparaciones mayores y urgentes que el bien requiera, sin que ello implique modificaciones esenciales en su forma o destino; c) mantener al arrendatario en el goce pacífico del bien arrendado; y ch) sanear, por evicción o por vicios o defectos ocultos, el bien arrendado, conforme a lo establecido para la compraventa. En los casos en que proceda la devolución del precio, se hace la disminución proporcional al tiempo en que el arrendatario haya disfrutado del bien. Artículo 394: El arrendatario está obligado a: a) Pagar el precio por el arrendamiento en los términos convenidos; b) usar el bien arrendado con la diligencia debida, destinándolo al uso pactado y, en su defecto, al que se infiera de su naturaleza; c) comunicar al arrendador la necesidad

de cualquier reparación mayor o urgente que requiera el bien arrendado; ch) realizar, por su cuenta, las reparaciones menores o corrientes para el uso normal del bien; d) devolver el bien objeto del contrato, al concluir este, en el mismo estado en que lo recibió, con el desgaste normal por el tiempo.

³ Esta distinción es reconocida por algunos Códigos Civiles foráneos, v.gr., Código Civil español, artículo 1543: En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto; Código Civil de Paraguay, artículo 803: La locación tiene por objeto la cesión del uso y goce de una cosa o de un derecho patrimonial, por un precio cierto en dinero. Se aplicarán a este contrato, en lo pertinente, las disposiciones de la compraventa; Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, artículo 1187.- Definición: Hay contrato de locación si una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa, a cambio del pago de un precio en dinero.

⁴ Cfr. Código Civil cubano, Disposiciones Finales: PRIMERA: Sin perjuicio del carácter supletorio de este Código, se rigen por la legislación especial las relaciones jurídicas relativas a (...) la vivienda urbana y rural (...).

⁵ Cfr. Decreto-ley núm. 171/1997, artículo 1 (derogado): Se modifica el artículo 74 de la Ley núm. 65, Ley General de la Vivienda, de 23 de diciembre de 1988, que en lo adelante quedará redactado de la forma siguiente: «Artículo 74: Los propietarios de viviendas podrán arrendar, al amparo de lo establecido en la legislación civil común, viviendas, habitaciones con servicio sanitario propio o sin el, y otros espacios que se consideren parte integrante de una vivienda, mediante precio libremente concertado, previa inscripción en la dirección municipal de la vivienda correspondiente. En ningún caso, el arrendamiento a que se hace referencia en el párrafo anterior, podrá ser realizado a una persona jurídica para ser usado en actividades que se correspondan con los fines para los que haya sido creada dicha persona jurídica. Tampoco podrán ser objeto de arrendamiento, con fines habitacionales u otros, viviendas, habitaciones o espacios a los representantes de organizaciones, firmas, entidades o países extranjeros acreditados en la República de Cuba. Queda prohibido, asimismo, el subarrendamiento y la cesión de uso de viviendas, habitaciones o espacios. Los arrendamientos a que se hace referencia en el primer párrafo de este artículo no podrán concertarse para efectuar actividades lucrativas de carácter comercial, industrial o de servicios».

⁶ Cfr. Código Civil cubano, artículo 395: El arrendatario no puede subarrendar ni ceder por título alguno a tercero el bien arrendado, a menos que medie autorización expresa del arrendador.

⁷ Cfr. Decreto-ley núm. 233/2003 (derogado): Artículo 1. Se modifican los artículos de la Ley núm. 65, Ley General de la Vivienda, de 23 de diciembre de 1988, que se relacionan a continuación y que quedarán redactados de la forma siguiente: Artículo 74: Los propietarios de viviendas podrán arrendar, al amparo de lo establecido en la legislación civil común hasta dos habitaciones, con servicio sanitario propio o sin él, y otros espacios que se consideren parte integrante de una vivienda, mediante precio libremente concertado, previa autorización de la Dirección Municipal de la Vivienda correspondiente. No se autoriza el arrendamiento de habitaciones o espacios por parte de propietarios de viviendas no residentes en el país, ni a aquellos a los que les sea asignada la propiedad de la vivienda por el Estado. El Instituto Nacional de la Vivienda podrá establecer otras causas para no autorizar o para cancelar las autorizaciones de inscripción para arrendar viviendas, habitaciones y espacios. Las direcciones municipales de la Vivienda podrán autorizar también que los propietarios arrienden viviendas completas solo a ciudadanos cubanos residentes permanentes en Cuba. El arrendamiento de habitaciones y viviendas, en su caso, tiene como fin único el de servicio de hospedaje. No podrán arrendarse habitaciones o espacios: a) a los representantes de organizaciones, firmas, entidades o países extranjeros acreditados en el territorio nacional; b) para efectuar actividades lucrativas de carácter comercial, industrial o de servicios; ni c) a personas jurídicas. Queda prohibido, asimismo, el subarrendamiento y la cesión de uso de viviendas, habitaciones o espacios.

⁸ Cfr. Decreto-ley núm. 275/2010 (derogado): Artículo 1. Se modifica el artículo 74 de la Ley núm. 65, Ley General de la Vivienda, de 23 de diciembre de 1988, tal como quedó

modificado por el Decreto-ley núm. 233, de 2 de julio de 2003, el que queda redactado de la manera siguiente: «Artículo 74.- Los propietarios de viviendas podrán arrendar, al amparo de lo establecido en la legislación civil común la vivienda, habitaciones —con servicio sanitario propio o sin él— y espacios que sean parte integrante de la vivienda, mediante precio libremente concertado, previa autorización del Director Municipal de la Vivienda correspondiente. No podrán arrendarse viviendas, habitaciones o espacios a: a) representantes de organizaciones, firmas, entidades o países extranjeros acreditados en el territorio nacional; y b) personas jurídicas. Queda prohibido el subarrendamiento y la cesión de uso de viviendas, habitaciones o espacios. El arrendamiento de viviendas y habitaciones tiene como fin el hospedaje, y pueden ser arrendados a personas para la realización de actividades por cuenta propia, conforme a la legislación vigente».

⁹ Así lo ha entendido la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos en España, que en el apartado 3.º de su preámbulo precisa el por qué debe distinguirse el régimen legal del arrendamiento de vivienda de aquel que no posee esta finalidad: «Este nuevo categorismo se asienta en la idea de conceder medidas de protección al arrendatario solo allí donde la finalidad del arrendamiento sea la satisfacción de la necesidad de vivienda del individuo y de su familia, pero no en otros supuestos en los que se satisfagan necesidades económicas, recreativas o administrativas. Para ello, en la regulación de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda, la ley opta por dejar al libre pacto de las partes todos los elementos del contrato, configurándose una regulación supletoria del libre pacto que también permite un amplio recurso al régimen del Código Civil».

¹⁰ Casi a la par de la promulgación del Decreto-ley núm. 270/2010 se dictó la resolución núm. 32 de 7 de octubre de 2010 de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social (derogada) contentiva del Reglamento del Ejercicio del trabajo por cuenta propia, y en la que se listaba en su Anexo 1 el conjunto de actividades que englobaban tal concepto, dentro de las que se encontraban: la artesanía, la reparación de equipos electrodomésticos, la albañilería, etc., y por supuesto el arrendamiento.

¹¹ *Cfr.* resolución núm. 270/2003 del INV artículos 29 y 30, resolución núm. 346/2005 del INV artículos 28 y 29: El contrato de arrendamiento deberá realizarse por escrito entre las partes, en original con copia para el arrendatario cuando el mismo sea por un periodo superior de treinta días, debiendo contener los aspectos siguientes: a) nombres y apellidos del o de los arrendatarios con expresión del número de identidad permanente o pasaporte; b) dirección de la vivienda; c) objeto del arrendamiento y la moneda en que se ha pactado; d) personas que acompañan al arrendatario con su número de identidad permanente o pasaporte; e) periodo que abarca el arrendamiento; f) fecha en la que se confecciona el contrato; y g) cualquier otro aspecto que resulte de interés para las partes.

Cuando el contrato se realice por un periodo inferior a treinta días podrá efectuarse de forma verbal. No obstante, en todos los casos, deberá realizarse el correspondiente asiento en el Libro Registro de Arrendatarios, tanto de los arrendatarios como de sus acompañantes.

¹² *Cfr.* resolución núm. 305/2010 del INV artículos 29 y 30, resolución núm. 283/2011 del INV artículos 36 y 37: El contrato de arrendamiento se realiza por escrito entre las partes, en original y copia siempre que el arrendamiento es por un periodo superior de 30 días e incluye como elementos obligatorios los siguientes: a) nombres y apellidos del o de los arrendatarios con expresión del número de identidad permanente o pasaporte; b) dirección de la vivienda; c) cuantía del pago; d) objeto del arrendamiento y la moneda en que se ha pactado; e) personas que acompañan al arrendatario con su número de identidad permanente o pasaporte; f) periodo que abarca el arrendamiento; g) fecha en la que se confecciona el contrato; y h) cualquier otro aspecto que resulte de interés para las partes.

Cuando el periodo es inferior a 30 días puede efectuarse de forma verbal. No obstante, en todos los casos, debe realizarse el asiento en el Libro Registro de Arrendatarios. Los arrendatarios conservan copia del Contrato que suscriben.

¹³ El Decreto-ley núm. 288/2011 *modificativo de la Ley núm. 65 de 23 de diciembre de 1988 «Ley General de la Vivienda»* si bien comparativamente modificó menos preceptos que el

Decreto-ley núm. 322/2014 pues abarcó solo 14, su trascendencia es incuestionable en cuanto con la reforma introducida se eliminó un conjunto importante de limitaciones y prohibiciones que recaían principalmente sobre la facultad de disposición de los propietarios de inmuebles urbanos en Cuba, tanto en el ámbito *inter vivos* como en el *mortis causa*.

¹⁴ Cfr. Decreto-ley núm. 322/2014: Artículo 1.- Se modifican los artículos 4, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 24, 34, 61, 62, 63, 67, 73, 74, 108, 109, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 137, 138 y 145 de la Ley núm. 65 «Ley General de la Vivienda», de 23 de diciembre de 1988, los que quedan redactados de la forma siguiente: «Artículo 74.1.- Los propietarios de viviendas podrán arrendar, al amparo de lo establecido en la legislación civil común, su vivienda, habitaciones con servicio sanitario propio o sin él, y espacios incluidos en la descripción de esta, siempre que esté en correspondencia con las regulaciones urbanas y territoriales vigentes, mediante precio libremente concertado, y previa autorización de la Dirección Municipal de Trabajo correspondiente. 2.- No podrán arrendar viviendas, habitaciones y espacios a: a) Representantes de organizaciones, firmas, entidades o países extranjeros acreditados en el territorio nacional; y b) personas jurídicas. Queda prohibido el subarrendamiento y la cesión de uso de viviendas, habitaciones o espacios. El arrendamiento de viviendas y habitaciones tiene como fin el hospedaje, y pueden ser arrendados a personas para la realización de actividades por cuenta propia, conforme la legislación vigente».

¹⁵ Cfr. resolución núm. 33/2014, artículo 2: Pueden ejercer el trabajo por cuenta propia en la actividad de arrendamiento de viviendas, habitaciones y espacios las personas naturales propietarias de un inmueble, quienes pueden hacerse representar en todos sus trámites, conforme a la legislación vigente. En el caso de que el propietario del inmueble esté autorizado a residir en el exterior, de acuerdo con lo establecido en las regulaciones migratorias, o cuando es menor de edad o mayor de edad que haya sido declarado incapacitado judicialmente, su representante legal, a los fines de las regulaciones del trabajo por cuenta propia, se inscribe en la Dirección de Trabajo Municipal como el titular de la actividad de arrendamiento de vivienda, habitaciones y espacios.

¹⁶ Cfr. Código Civil español, artículo 1263: No pueden prestar consentimiento. 1.º Los menores no emancipados. 2.º Los incapacitados.

De todas formas a partir de la redacción del precepto en cuestión, se ha establecido cierto disenso doctrinal en el contexto ibérico sobre si el artículo 1263 del Código Civil se refiere a la capacidad para contratar o a la capacidad para consentir. Dentro de los defensores de la primera tesis se encuentran, entre otros, ALBALADEJO (1977, 376 y sigs.) y DÍEZ-PICAZO (1972, 100). En sentido contrario, BADOSA según señala GÓMEZ LAPLAZA (1993, 160-167), para quien el precepto establece el régimen de la incapacidad para consentir entendida esta como la inaptitud para emitir las declaraciones de voluntad contractuales, distinta de la incapacidad para obligarse por contrato.

¹⁷ Cfr. Código Civil cubano, artículo 29: La plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos se adquiere: a) Por arribar a la mayoría de edad, que comienza a los 18 años cumplidos; y b) por matrimonio del menor.

¹⁸ Cfr. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, artículo 121: Actos que requieren autorización judicial. Además de los actos para los cuales los padres necesitan autorización judicial, el tutor debe requerirla para los siguientes: c. dar en locación los bienes del tutelado o celebrar contratos con finalidad análoga por plazo superior a tres años. En todos los casos, estos contratos concluyen cuando el tutelado alcanza la mayoría de edad; d. tomar en locación inmuebles que no sean la casa habitación.

¹⁹ Cfr. Código Civil español, artículo 1548: Los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados, y los administradores de bienes que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años.

²⁰ Esta parece ser la postura de O'CALLAGHAN (2001, 459) quien afirma que en el caso del artículo 1548 de la norma sustantiva civil ibérica se está ante un negocio que excede el simple acto de administración. En igual sentido se pronuncian DÍEZ-PICAZO y GULLÓN

(1992, 360) para quienes en el precepto *in comento* se conceptúa el contrato como un acto que excede la ordinaria administración, entrando en la esfera de los actos de gravamen.

²¹ Cfr. Código de Familia cubano, artículo 87: Los padres podrán, en interés de los hijos bajo su patria potestad, disponer de los bienes de los mismos, cederlos, permutarlos o enajenarlos por causa justificada de utilidad o necesidad, previa la autorización del tribunal competente, con audiencia del fiscal. Artículo 155: El tutor necesitará autorización del tribunal para: 1) solicitar el auxilio de las autoridades al efecto de internar al tutelado en establecimiento asistencial o de reeducación; 2) realizar actos de dominio o cualquier otro acto que pueda comprometer el patrimonio del tutelado; 3) repudiar donaciones y herencias o aceptarlas, así como para dividir estas u otros bienes que el tutelado poseyere en común con otros; 4) hacer inversiones y reparaciones mayores en los bienes del menor o incapacitado; 5) transigir o allanarse a demandas que se establezcan contra el menor o incapacitado.

²² Cfr. resolución núm. 33/2014 del MTSS, artículo 25: El contrato de arrendamiento se realiza por escrito entre las partes siempre que el arrendamiento sea superior a los treinta (30) días, en original y copia (...). Artículo 26: Cuando el periodo es inferior a treinta (30) días puede efectuarse de forma verbal. No obstante, en todos los casos, debe realizarse el asiento en el Libro de Registro de Arrendatarios. Los arrendatarios conservan copia del Contrato que suscriben.

²³ Cfr. resolución núm. 33/2014 del MTSS, artículo 25: El contrato de arrendamiento se realiza por escrito entre las partes siempre que el arrendamiento sea superior a los treinta (30) días, en original y copia, de conformidad con las regulaciones vigentes para su concertación, a las que se incluyen las especificidades para la actividad, siguientes: a) Dirección de la vivienda; b) objeto del arrendamiento y la moneda en que se ha pactado; c) personas que acompañan al arrendatario con su número de identidad permanente o pasaporte; y d) periodo que abarca el arrendamiento.

²⁴ Cfr. resolución núm. 33/2014 del MTSS, artículo 23: Los propietarios de viviendas o sus representantes, autorizados para arrendar, tienen la obligación de registrar en el Libro de Registro de Arrendatarios los datos del arrendatario con quien conciertan el contrato de arrendamiento, así como de sus acompañantes si los hubiera.

²⁵ Cfr. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, artículo 1194: El locatario debe dar a la cosa locada el destino acordado en el contrato. A falta de convención, puede darle el destino que tenía al momento de locarse, el que se da a cosas análogas en el lugar donde la cosa se encuentra o el que corresponde a su naturaleza. A los efectos de este Capítulo, si el destino es mixto se aplican las normas correspondientes al habitacional

Código Civil cubano, artículo 394: El arrendatario está obligado a: b) usar el bien arrendado con la diligencia debida, destinándolo al uso pactado y, en su defecto, al que se infiera de su naturaleza.

²⁶ El origen de esta tesis puede encontrarse en un pasaje del Digesto atribuido a GAYO en el Digesto, Libro XIX: Título II, párrafo 2, según el cual «la locación y conducción es semejante a la compra y venta y se apoya en las mismas reglas de derecho. Porque así como la compra y venta se celebra, si se hubiere convenido sobre el precio, así también se entiende que se celebra la locación y conducción, si se hubiere convenido sobre el alquiler»; (KRIE-GEL, HERMANN y OSENBRUGGEN, 1889, 950).

²⁷ Cfr. Código Civil cubano, artículo 393: El arrendador está obligado a: a) Entregar al arrendatario el bien objeto del contrato. Artículo 394: El arrendatario está obligado a: d) devolver el bien objeto del contrato, al concluir este, en el mismo estado en que lo recibió, con el desgaste normal por el tiempo.

²⁸ Cfr. Código Civil cubano, artículo 394: El arrendatario está obligado a: a) Pagar el precio por el arrendamiento en los términos convenidos.

²⁹ Este aspecto viene influenciado indudablemente por la doble circulación monetaria que existe en el actual contexto actual, en tanto con la aparición en el año 1993 de una moneda alternativa al peso cubano, el país entró en un sistema de dualidad monetaria que inicialmente se manifestaba en la circulación del CUP y el USD, para luego en el año 2003 y 2004

mediante las resoluciones 65 y 80 del Banco Central de Cuba cambiar esta última moneda por el CUC. Sin embargo debe señalarse que este problema no es novedoso en la historia económica del país pues en 1914 el gobierno cubano emitió la ley que estableció un patrón de oro como unidad monetaria dando fuerza liberatoria al peso oro cubano y la moneda de Estados Unidos, situación que permaneció hasta el año 1950; (FERNÁNDEZ TABÍO, 2006).

³⁰ Sobre este tema debe recordarse la relación de primacía que existe entre la ley y el reglamento en tanto expresión de la potestad reglamentaria de la administración, y que sintetiza SANTAMARÍA PASTOR en: primacía formal, primacía material, primacía objetiva y primacía directiva; clasificación que refuerza la preeminencia del contenido normativo de la ley sobre el reglamento, sin que este último pueda invadir el ámbito de ejercicio de los derechos subjetivos, salvo que esté dirigido a aplicar y desarrollar el contenido previamente establecido en la ley (reglamentos ejecutivos); (SANTAMARÍA PASTOR, 2009, 342-344).

³¹ *Cfr.* Código Civil cubano, artículo 438.1: Por el contrato de hospedaje la entidad encargada de este servicio se compromete a ofrecer alojamiento temporal al usuario en hoteles, casas de descanso u otros establecimientos similares, y este a pagar la tarifa correspondiente.

³² *Cfr.* Código Civil cubano, artículo 39.1: Las personas jurídicas son entidades que, poseyendo patrimonio propio, tienen capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones.

³³ LÓPEZ DE ZAVALÍA precisa que si bien entre el huésped y el arrendatario se encuentra el punto común del alojamiento, la diferencia está en que el huésped es alojado y el locatario se aloja, así «ser alojado (posición del cliente) es encontrar, por la actividad ajena del alojante, el ambiente propicio para el descanso (...); alojarse a sí mismo (locatario de vivienda), es ocuparse de preparar el ambiente»; (LÓPEZ DE ZAVALÍA, 1992, 509).

³⁴ *Cfr.* Código Civil español, artículo 1783: Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas o mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros, por su parte, observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos. Artículo 1784: La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros como por los extraños; pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor.

Código Civil cubano, artículo 443: 1. Las entidades operadoras de hoteles, casas de descanso u otros establecimientos similares, son responsables por la sustracción, pérdida, destrucción o deterioro de las pertenencias de los usuarios. 2. La entidad no responde por la pérdida o sustracción de los objetos de valor, las alhajas y el dinero que no se le hayan entregado en custodia. 3. Esta responsabilidad no es exigible si la pérdida o el deterioro lo causa el propio usuario o se debe a fuerza mayor.

De todas formas debe señalarse que no existe consenso doctrinal en el Derecho español sobre el origen de la responsabilidad por pérdida de equipaje en tanto se afirma que en el hospedaje no hay depósito necesario porque no existe acuerdo de voluntades ni entrega de la cosa entre los sujetos contratantes. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN sostienen esta tesis asumiendo que se trata de una responsabilidad *ex lege*, no derivada de un depósito ni de un acuerdo de voluntades de esta naturaleza; *vid.* (DÍEZ-PICAZO & GULLÓN, 1992, 473).

³⁵ Así lo ha entendido el Tribunal Supremo español, para quien la imposibilidad de entregar el inmueble en las condiciones adecuadas para su explotación según lo definido en el contrato puede conllevar a la nulidad del negocio, *cfr.* sentencia de 1 de junio de 2010 (RC 2005, 266). Ponente SEIJAS QUINTANA: «En el caso que se examina resulta que el local objeto del contrato no ha podido ser entregado en las condiciones pactadas, como consecuencia de las decisiones adoptadas por la Junta de propietarios del edificio donde estaba situado, que han impedido la realización de una serie de obras de acondicionamiento. Pero el arrendador aseguró en el contrato que el local se entregaría conforme a las condiciones pactadas, por lo que el contrato resultó frustrado, por causa que no le resulta imputable al arrendatario y además carece de causa, siendo nulo».

³⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA divide las obras permitidas al locatario en: obras facultativas que atienden a la utilidad o comodidad del arrendatario, incluyendo acá las reparaciones por deterioro; y obras autorizadas por voluntad explícita del locador, por autorización corroborante y por autorización anómala; (LÓPEZ DE ZAVALÍA, 1992, 269 y sigs.).

³⁷ Este resulta ser una de las causales que a juicio de BORDA conllevan a una sobreprotección del arrendatario, pues a su juicio «(...) la notoria tendencia legislativa a proteger al locatario en desmedro del dueño, (...) se acentuó vigorosamente con motivo de la escasez de viviendas originada en procesos económicos complejos, principalmente el encarecimiento de la construcción y el éxodo de la población campesina a las ciudades»; (BORDA, 1994, 434).

³⁸ Este parece ser el sentido de la legislación española en materia de arrendamiento para uso de vivienda, *cfr.* Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos de España, artículo 6: *Naturaleza de las normas*. Son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice.

³⁹ *Cfr.* Ley 820 de 10 de julio de 2003, de la República de Colombia, *por la cual se expide el régimen de arrendamiento de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones*; artículo 18: El precio mensual del arrendamiento será fijado por las partes en moneda legal pero no podrá exceder el uno por ciento (1%) del valor comercial del inmueble o de la parte de él que se dé en arriendo.

⁴⁰ *Cfr.* Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos de España, artículo 17 apartado 2: Salvo pacto en contrario, el pago de la renta será mensual y habrá de efectuarse en los siete primeros días del mes. En ningún caso podrá el arrendador exigir el pago anticipado de más de una mensualidad de renta.

⁴¹ *Vid.* Ley 18.101 de la República de Chile, Ley de arriendo, artículo 20.

⁴² *Cfr.* Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos de España, artículo 9. *Plazo mínimo*. 1. La duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes. Si esta fuera inferior a tres años, llegado el día del vencimiento del contrato, este se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de tres años, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo. El plazo comenzará a contarse desde la fecha del contrato o desde la puesta del inmueble a disposición del arrendatario si esta fuere posterior. Corresponderá al arrendatario la prueba de la fecha de la puesta a disposición. 2. Se entenderán celebrados por un año los arrendamientos para los que no se haya estipulado plazo de duración o este sea indeterminado, sin perjuicio del derecho de prórroga anual para el arrendatario, en los términos resultantes del apartado anterior.

⁴³ *Cfr.* Ley 820 de 10 de julio de 2003, de la República de Colombia, *por la cual se expide el régimen de arrendamiento de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones*; artículo 22. 7. El arrendador podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento durante las prórrogas, previo aviso escrito dirigido al arrendatario a través del servicio postal autorizado, con una antelación no menor de tres (3) meses y el pago de una indemnización equivalente al precio de tres (3) meses de arrendamiento. Cumplidas estas condiciones el arrendatario estará obligado a restituir el inmueble. 8. El arrendador podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento a la fecha de vencimiento del término inicial o de sus prórrogas invocando cualquiera de las siguientes causales especiales de restitución, previo aviso escrito al arrendatario a través del servicio postal autorizado con una antelación no menor a tres (3) meses a la referida fecha de vencimiento (...). Artículo 23. Requisitos para la terminación unilateral por parte del arrendador mediante preaviso con indemnización. Para que el arrendador pueda dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento en el evento previsto en el numeral 7 del artículo anterior, deberá cumplir con los siguientes requisitos: a) Comunicar a través del servicio postal autorizado al arrendatario o a su representante legal, con la antelación allí prevista, indicando la fecha para la terminación del contrato y, manifestando que se pagará la indemnización de ley; b) Consignar a favor del arrendatario y a órdenes de

la autoridad competente, la indemnización de que trata el artículo anterior de la presente ley, dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha señalada para la terminación unilateral del contrato. La consignación se efectuará en las entidades autorizadas por el Gobierno Nacional para tal efecto y la autoridad competente allegará copia del título respectivo al arrendatario o le enviará comunicación en que se haga constar tal circunstancia, inmediatamente tenga conocimiento de la misma. El valor de la indemnización se hará con base en la renta vigente a la fecha del preaviso; c) Al momento de efectuar la consignación se dejará constancia en los respectivos títulos de las causas de la misma como también el nombre y dirección precisa del arrendatario o su representante; d) Si el arrendatario cumple con la obligación de entregar el inmueble en la fecha señalada, recibirá el pago de la indemnización, de conformidad con la autorización que expida la autoridad competente.

⁴⁴ Cfr. Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos de España, artículo 34: artículo 34. *Indemnización al arrendatario*. La extinción por transcurso del término convencional del arrendamiento de una finca en la que durante los últimos cinco años se haya venido ejerciendo una actividad comercial de venta al público, dará al arrendatario derecho a una indemnización a cargo del arrendador, siempre que el arrendatario haya manifestado con cuatro meses de antelación a la expiración del plazo su voluntad de renovar el contrato por un mínimo de cinco años más y por una renta de mercado. Se considerará renta de mercado la que al efecto acuerden las partes; en defecto de pacto, la que, al efecto, determine el árbitro designado por las partes.

*(Trabajo recibido el 28-10-2015 y aceptado
para su publicación el 13-11-2015)*

RESOLUCIONES DE LA
DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 7-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro de la propiedad de Sant Boi de Llobregat

CALIFICACIÓN REGISTRAL: INCOMPATIBILIDAD DEL REGISTRADOR. PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS Y OBJETO.

Como cuestión previa debe volver a recordarse que, conforme a los artículos 66, 324 y 326 de la LH, el recurso tiene por objeto exclusivamente la revisión de las calificaciones denegatorias o suspensivas emitidas por los registradores de la propiedad. En ningún caso es el cauce para discutir sobre la correcta llevanza y organización de la oficina registral, ni sobre supuestas infracciones cometidas por el registrador en el archivo y custodia de los libros y legajos que, conforme a la legislación hipotecaria, han de llevarse en los Registros de la propiedad.

El artículo 102 del RH prohíbe al registrador calificar los documentos que se presenten cuando tengan algún interés en los mismos. En tanto el precepto no realiza mayores aclaraciones sobre qué ha de entenderse por la expresión «algún interés», ha de acudir a otras normas de nuestro ordenamiento que guarden analogía con este caso. Los registradores actúan de forma independiente y bajo su responsabilidad personal (art. 18 de la LH), pero sujetos al principio de imparcialidad. Si hay un caso en el que esas notas adquieren una especial relevancia, es el de la función judicial. En este ámbito, el artículo 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al regular las causas o motivos de abstención y, en su caso, de recusación, de los jueces, considera como tales, situaciones en las que entre alguna de las partes y el juez exista o haya existido algún procedimiento judi-

cial, o el hecho de que haya sido sancionado disciplinariamente en un expediente instado por los mismos (arts. 219.4.a, 5.a y 8.a).

En principio, con arreglo a los artículos 230 y 231 de la LH, las certificaciones estarán referidas a los asientos de los libros de inscripciones y, en su caso, a los del libro diario. No obstante, el artículo 342 del RH extiende el ámbito de las certificaciones que puede expedir el registrador a los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse archiveros naturales. Tampoco debe olvidarse que a la hora de expedir la publicidad formal el registrador debe valorar dos aspectos fundamentales: que en el peticionario de la información concurra el interés legítimo para acceder al conocimiento de los datos registrales, y que se respete la normativa sobre protección de datos personales.

Lo que se pretende es conocer el contenido de la nota de calificación que en su momento recayó sobre diferentes documentos públicos y privados que se presentaron en distintas fechas en el Registro. Este objetivo ha quedado suficientemente satisfecho y cumplido con la certificación por fotocopia de los asientos de presentación y de las notas puestas a su margen, en las que constan reproducidas esas calificaciones (art. 435 del RH). En este sentido debe tenerse en cuenta que no hay una obligación legal expresa de conservación y archivo de las notas de calificación expedidas por el registrador. Distinto es el caso de la certificación de los legajos de documentos públicos o de documentos privados a que se refiere el artículo 410 del RH. En este caso, y siempre previa la calificación del interés que concurre en el peticionario, el registrador deberá expedir la correspondiente certificación o justificar su negativa. Ahora bien partiendo de estas premisas, hay que señalar que la negativa del registrador a expedir certificación de las escrituras públicas que han motivado los diferentes asientos de presentación relativos a la finca 4.444, es plenamente coherente con lo establecido en el citado artículo 342 del RH: «También podrán expedir los registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales», dado que los registradores de la propiedad no son los archiveros naturales de estos títulos. Por último, respecto de la solicitud de certificación del acta de toma de posesión del Registro por parte del actual registrador titular, y del libro inventario a que aluden los artículos 400 y 401 del RH, debe igualmente confirmarse el criterio del registrador, dado que, ni forman parte del objeto de la publicidad formal (asientos de los libros de inscripciones y del libro diario, y documentos respecto de los que el registrador es archivero natural), ni tampoco concurre en los recurrentes interés legítimo suficiente.

Resolución de 11-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro de la propiedad de Albacete, número 1

RENOVATIO CONTRACTUS: SIGNIFICADO Y ALCANCE. CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FISCALES: ALCANCE. HERENCIA: TÍTULO SUCESORIO.

Nuestro Derecho consagra entre sus principios básicos la libertad de contratación tanto en los pactos que puedan celebrar las partes —arts. 1255 y 1257 del Código Civil— como en la libertad de forma en que los mismos pueden desenvolverse en el tráfico jurídico, si bien esa libertad de forma tiene un límite en los efectos y las vinculaciones entre las partes en tanto no se adopte una forma pública en los términos del artículo 1218 del Código Civil, cuyo objeto y finalidad es ser oponible

frente a terceros. Además, en esta libertad contractual de formas de los negocios jurídicos, deben respetarse los principios configuradores que consagra el artículo 1261 del Código Civil, es decir, que no hay contrato sino cuando concurren los elementos esenciales del mismo: consentimiento, objeto y causa. El objeto del contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie, de manera que la indeterminación en cuanto a la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato siempre que sea posible determinarlo sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes. Así pues, el artículo 1261 del Código Civil debe ser entendido en sus justos términos: debe distinguirse entre el *quantum* y el objeto mismo como esencia del negocio. Existe una discrepancia esencial entre el contrato privado y la parte dispositiva de la escritura relativa al objeto de la compraventa, que plantea si nos encontramos ante un reconocimiento de contrato anterior o ante una «*renovatio contractus*». La corrección llevada a cabo por las partes, va más allá de una mera rectificación, porque el tratamiento que el ordenamiento da a los solares y a los edificios divididos horizontalmente es tanto a efectos civiles como fiscales notablemente diferentes. En presencia de una escritura, la alternativa es clara: o es reconocitiva si encaja en el artículo 1224 del Código Civil o es constitutiva si queda fuera de los supuestos que claramente alude el artículo 1224 del Código Civil. Es más, si la reproducción no coincide con el original intencionadamente habrá un nuevo negocio y no una simple declaración confesoria o de reconocimiento. El citado precepto es aplicable (por su antecedente histórico) a las escrituras que cumplen una función estrictamente de reconocimiento, de manera que la solución no se aplica a los casos de sucesiva documentación de la *lex contractus*, cuando los documentos sean discordantes entre sí. Para tal caso, la regla debe ser la contraria, de manera que la nueva reglamentación de intereses sustituye a la anterior. Así lo pone de manifiesto la sentencia de 3 de noviembre 1982 y lo ha recogido la resolución de 13 de mayo de 2015. En consecuencia, nos encontramos ante una auténtica «*renovatio contractus*».

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 art. 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal —como ocurre en la aceptación de una hipoteca unilateral efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social (resolución de 23 de abril de 2007)—, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes —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. La doctrina de este Centro Directivo (resolución de 21 de octubre de 1987) ha dicho que estando sujeto un documento presentado a la liquidación por dos impuestos, el de Transmisiones

Patrimoniales y el de Sucesiones, no basta con la nota acreditativa del ingreso por el primero de ellos, sino que deberá acreditarse la liquidación también por el segundo, no obstante que la gestión de ambos impuestos haya sido transferida a las Comunidades Autónomas de manera que un mismo organismo sea competente para liquidarlos, lo que no es argumento suficiente en contra.

En la escritura no se realiza un testimonio en relación de las circunstancias del título sucesorio —como ocurre posteriormente con el que sí se hace de los contratos de arrendamiento de las fincas especiales a los efectos de acreditar la posesión— aunque se relate por la exposición de los comparecientes. Además se manifiesta que se acompañarán a la copia que de la escritura se expida y se ponen a disposición con el escrito de recurso, pero no se han presentado en el Registro con el resto de la documentación calificada, por lo que no habiéndose hecho testimonio en relación de los citados títulos sucesorios, y ateniéndose la registradora para su calificación a la documentación presentada en el Registro, no cabe más que confirmar este defecto señalado en la nota.

Ciertamente que, como alega el recurrente, la fecha de fehaciencia del documento es la de fallecimiento de uno de los otorgantes (24 de agosto de 2005), y así se dice en la escritura, pero no se acredita con el certificado de defunción del citado señor, que no se incorpora a la escritura ni se acompaña a la documentación presentada.

Resolución de 11-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro de la propiedad de Segorbe

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO: EFECTOS.

Sentado que se trata de una sustitución fideicomisaria de residuo «*eo quod supererit*», tienen aplicación los artículos 781 y siguientes del Código Civil y, por lo tanto, los bienes sujetos a la sustitución fideicomisaria forman parte del inventario de la herencia de la fideicomitente —doña A. S. G.— de manera que la línea sucesoria de esos bienes está marcada por esta causante y no por la de su esposo don P. C. A. En consecuencia, los bienes sometidos al fideicomiso de residuo no deben formar parte del inventario de la herencia de don P. C. A. porque una vez fallecido sin haber dispuesto de ellos *inter vivos* a título oneroso, son de la propiedad de los herederos fideicomisarios. Así pues, las renunciaciones que los herederos hayan podido realizar, deberán serlo con los requisitos exigidos para las renunciaciones ordinarias a la herencia de doña A. S. G. Respecto de los documentos privados aportados al procedimiento de división de herencia, en los que se producen algunas renunciaciones de herederos de uno y otra causante, sin intervención por parte de notario ni del juez o del secretario del Juzgado, el artículo 1008 del Código Civil en su redacción anterior a la reforma de hecha por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, establecía que la repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el juez competente para conocer de la testamentaria o del abintestato, siendo que la doctrina y jurisprudencia («Vistos») han determinado que tal renuncia cuando lo fuera por escrito ante el juez competente, ha de ser expresa, clara y contundente, sin dejar resquicios de duda, de determinación o condicionante alguno, no precisándose que el documento auténtico sea documento público, pero sí que se trate de un documento que indubitadamente proceda del renunciante.

Resolución de 12-4-2016

(BOE 02-06-2016)

Registro de la propiedad de Huelva, número 1

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: RESERVA DE RANGO PARA DOCUMENTO SUBSANATORIO DE LA FALTA DE TRACTO SUCESIVO.

Como ya precisaron las resoluciones de 23 de octubre de 1998, 5 de abril de 1999, 23 de octubre, y 13 de noviembre de 2001, dado el alcance del principio de prioridad, básico en un sistema registral de fincas (*cf.* 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 (*cf.* arts. 24 y 25), sin que puedan obstaculizar su inscripción otros títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad. La cuestión planteada en el presente caso debe resolverse conforme a la doctrina de esta Dirección General expresada en la resolución de 12 de noviembre de 2010, según la cual la alternativa más lógica y congruente con una aplicación ponderada de todos los principios e intereses en juego, y también con las normas hipotecarias vigentes, es la de entender que el documento presentado en el Diario en primer lugar (la compraventa) gana prioridad no solo para sí, sino también para los documentos presentados con posterioridad cuando estos sean necesarios para su despacho a fin de subsanar el concreto defecto de falta de tracto sucesivo que impedía su inscripción, siempre que el disponente del primer documento presentado sea causahabiente del titular registral, y ello aunque tal atribución de prioridad suponga dotar al documento subsanatorio (reconstructor del tracto) de preferencia sobre el intermedio contradictorio que se presentó antes, pero después del subsanado.

Resolución de 12-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro de la propiedad de Cogolludo

CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA DEL REGISTRADOR. INMATRICULACIÓN: LEGISLACIÓN DE MONTES Y PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

Como ya señalara este Centro Directivo (resoluciones señaladas en los «Vis-tos») el artículo 22 de la Ley de Montes establece que toda inmatriculación o inscripción de exceso de cabida en el Registro de la propiedad de un monte o de una finca colindante con monte demanial o ubicado en un término municipal en el que existan montes demaniales requerirá el previo informe favorable de los titulares de dichos montes y, para los montes catalogados, el del órgano forestal de la Comunidad Autónoma; pero no basta para que sea exigible el citado informe que se trate de inmatriculación de fincas ubicadas en un término municipal donde existan montes demaniales, sino que es preciso que la finca a inmatricular sea monte o colinde con un monte demanial o monte ubicado en un término munici-

pal donde existan montes demaniales. Por tanto, en este punto, y en este concreto expediente en el que no se ha puesto de manifiesto ningún indicio de que la finca a inmatricular sea un monte ni linde con monte alguno, el recurso ha de ser estimado y revocada la calificación registral. Avanzando decididamente en la senda de la protección registral del dominio público, incluso del no inscrito debidamente, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la LH, al dar nueva redacción a diversos artículos de la LH, prevé que, en todo caso, el registrador tratará de evitar la inscripción de nuevas fincas o de la representación gráfica georreferenciada de fincas ya inmatriculadas cuando tuviera dudas fundadas sobre la posible invasión del dominio público.

Resolución de 13-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro de la propiedad de Álora

URBANISMO: INSCRIPCIÓN DE TRANSFERENCIAS 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, 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 de 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.

Nos encontramos ante una actuación sistemática que afecta tanto a la finca de origen de las unidades de aprovechamiento transmitidas como a la finca destinataria de las mismas y en la que quedan reflejados los aprovechamientos objetivo y subjetivo del sector. Ahora bien, si las actuaciones urbanísticas, sean sistemáticas o asistemáticas, tienen como objetivo la ordenación del territorio basada en los principios de equidistribución y justa distribución de beneficios y cargas, que ha de garantizar a todos los propietarios de suelo de cada área urbanística el porcentaje susceptible de apropiación correspondiente, tal objetivo podría quedar fácilmente estéril si posteriormente los particulares pueden comerciar libremente con dichos porcentajes sin tener en cuenta las propias limitaciones derivadas del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, ya que este régimen es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por

la legislación sobre ordenación territorial y urbanística. Por ello es indispensable que el planeamiento prevea la posibilidad de efectuar transferencias y que la fijación del aprovechamiento subjetivo sea el correcto, para lo que debe partirse del tipo fijado en el Plan debidamente aprobado. Tal delimitación afecta de modo directo al objeto de la transmisión documentada en la escritura y su determinación requiere intervención administrativa, en este caso la autorización.

Entre los requisitos necesarios tanto desde el punto de vista del principio de especialidad, como desde la perspectiva de los principios de tracto sucesivo, folio real y coordinación de la publicidad registral con la legislación urbanística, resulta evidente que es condición necesaria para el reflejo en el Registro de la propiedad de las transferencias o distribución de aprovechamiento urbanístico entre varias fincas, ya sean del mismo titular o de titulares distintos, ya pertenezcan a un mismo Registro o a varios, la perfecta identificación no solo de la finca de origen, sino también de la finca o fincas de destino, de forma que el aprovechamiento cedido o transferido desde la finca de origen a la de destino pueda ser identificado no solo por su contenido concreto, medido en número de unidades de aprovechamiento, en función de los parámetros sobre edificabilidad y usos que establezca la legislación urbanística aplicable, sino también por la ubicación concreta en que ese aprovechamiento podrá ser materializado identificando inequívocamente la finca de destino. Ahora bien, acreditados los anteriores requisitos, en tanto las fincas afectadas por el Plan permitan determinar actualmente el aprovechamiento subjetivo correspondiente sería posible su transmisión como facultad que el derecho de propiedad sobre una finca determinada atribuye a su titular. Pero la determinación del aprovechamiento tanto de la finca de origen como de destino, sean estas las aportadas al plan sean las resultantes de su ejecución, no queda sin más sometida a la voluntad del titular o de los titulares de la mismas, sino que en todo caso requerirá su conformidad con la legislación y el planeamiento urbanístico circunstancias que solo podrán acreditarse mediante la intervención de la Administración actuante. Por tanto, para obtener la inscripción en el Registro de la propiedad de las transferencias de aprovechamiento urbanístico entre fincas distintas es necesario, por un lado, que la legislación urbanística aplicable admita o prevea esta posibilidad (*cfr.* art. 33 del Real Decreto 1093/1997) y, además, que cuando dicha legislación exija una autorización previa o la obtención de una licencia específica o la inscripción en un registro administrativo, dicha autorización, licencia o inscripción en el correspondiente registro administrativo se hayan obtenido previamente, pues las mismas constituyen «requisito de acceso al Registro de la propiedad de la transmisión o distribución» del aprovechamiento urbanístico.

Resolución de 13-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro de la propiedad de Valladolid, número 5

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: ORDEN DE DESPACHO DE LOS TÍTULOS. HIPOTECA: DIFERENCIAS ENTRE HIPOTECA DEL ARTÍCULO 153 Y LA DEL ARTÍCULO 153.BIS.

De conformidad con lo establecido en los artículos 19 de la LH y 111 de su Reglamento, si la calificación del registrador del título primeramente presentado hubiere puesto de manifiesto la existencia de defectos subsanables, los interesados podrán, entre otras posibilidades, subsanar los mismos, con mantenimiento de la

preferencia al despacho en primer lugar de tal título, durante todo el periodo de vigencia de su asiento de presentación. Solo cuando la devolución del documento defectuoso, una vez subsanados los defectos, tenga lugar después de caducado el asiento de presentación, se requerirá nueva presentación del título, la cual surtirá sus efectos de prioridad desde la fecha del nuevo asiento. Ahora bien, estos supuestos de alteración por calificación conjunta del orden de despacho deben ser objeto de interpretación estricta, en el sentido que solo pueden ir referidos a aquellos títulos que contengan una auténtica subsanación del documento primeramente presentando a que se refieren, debiendo excluirse aquellos otros que supongan de una u otra forma una alteración o modificación siquiera encubierta de su contenido. La registradora debió limitarse a calificar si se habían subsanado todos los requisitos de una de las dos modalidades de hipoteca posibles según su apreciación, sin entrar en otro tipo de valoraciones, y comprobado que así había ocurrido respecto a la clase de hipoteca alegada como convenida, atribuirle la prioridad registral correspondiente a la fecha de presentación de la escritura de constitución de hipoteca. No obstante, constituyendo el objeto de este recurso decidir acerca de si con la escritura aportada en tercer lugar se ha llevado a cabo una auténtica subsanación aclaratoria de la escritura de constitución de hipoteca o bien una modificación del tipo de hipoteca primeramente constituido, es preciso analizar si de las cláusulas de la escritura original se puede extraer una conclusión acerca del probable tipo de hipoteca convenido. La falta de un pacto novatorio de las obligaciones subyacentes en el momento de asentarse en la cuenta, de tal manera que estas pierdan su exigibilidad aislada, siendo sustituidas con pleno alcance novatorio por una obligación sustantiva e independiente como es el saldo resultante de la cuenta; constituye un argumento más en favor de la consideración de la voluntad contractual de constituir una hipoteca de las previstas en el artículo 153.bis de la LH, ya que solo en esta hipoteca no tiene lugar la indicada novación de las obligaciones garantizadas. Del conjunto de las cláusulas expuestas puede extraerse como conclusión más razonable que la voluntad contractual inicial de las partes fue la constitución de una hipoteca de las reguladas en el artículo 153.bis de la LH, como confirmaron las partes en la escritura de rectificación y complemento posterior, a la que, por tanto, se le debe atribuir un carácter meramente aclaratorio y no modificativo.

Resolución de 14-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro de la propiedad de Briviesca

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: CASOS EN QUE CONCURRE VERDADERA INTERRUPCIÓN.

Tiene este expediente por objeto determinar si ha habido verdadera interrupción de tracto que sea susceptible de ser subsanada por vía de expediente de dominio. Para casos similares al que nos ocupa, existen numerosos pronunciamientos de este Centro Directivo, que no siempre llegan a la misma solución, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una primera línea doctrinal que no admite la interrupción del tracto, ni consecuentemente el expediente de dominio, cuando el promotor del expediente es adquirente del heredero del titular registral, exigiría dos requisitos: en primer lugar, que el promotor haya adquirido del heredero único o de todos los herederos del titular registral, y en segundo lugar, que no exista una extraordinaria dificultad para otorgar la documentación que permita completar la

cadena de titularidades y conectar al titular registral con el promotor del expediente. La segunda línea doctrinal, aparece enunciada, entre otras, por resolución de 23 de septiembre de 2003, según la cual: «Un caso como el presente, en el que por más que la parquedad de datos del auto objeto de calificación sea clamorosa resulta, y así se reconoce por recurrente e informantes, el actual titular de la finca y promotor del expediente la adquirió de una de las herederas de los titulares registrales, no cabe confundirlo con el que contemplaba la resolución de 4 de enero de 2002, en el que todos los herederos de dichos titulares eran transmitentes. Aquí quien ha transmitido es una de las varias herederas de aquellos. En el primero de los casos no puede entenderse interrumpido ese tracto registral cuando la propia legislación hipotecaria admite la inscripción directa del negocio traslativo otorgado por todos los herederos del titular registral (cfr. art. 20 de la LH en relación con el 209.1º de su Reglamento), en tanto que en el segundo, desde el momento en que existe una partición de herencia previa son diferenciables dos títulos sucesivamente necesarios para la inscripción, aquella partición y la posterior transmisión por quien en ella resulte adjudicatario de la finca. Ya no está en manos del actual titular subsanar las deficiencias formales del primero de ellos por la vía del artículo 1279 del Código Civil pues no tiene acción directa más que frente a su vendedora, no frente a los coherederos de la misma y cuyo consentimiento sería necesario para esa protocolización del cuaderno particional privado que la propia Registradora considera necesaria (...)».

Por último, cabría plantearse cuál habría de ser la solución a la cuestión planteada si en el caso que el expediente para la reanudación del tracto interrumpido se hubiera iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la LH. El artículo 208 de la LH en su apartado primero establece que «no se entenderá producida la interrupción del tracto sucesivo cuando la persona a cuyo favor hubiera de practicarse la inscripción haya adquirido su derecho directamente del titular registral o sus herederos. En tal caso, la inscripción únicamente podrá practicarse mediante la presentación del documento en que se hubiera formalizado la adquisición, declaración o constitución del derecho, objeto de la inscripción solicitada». Y parece razonable entender que solo se excluye la existencia de propia interrupción del tracto cuando la persona a cuyo favor hubiera de practicarse la inscripción haya adquirido su derecho directamente del titular registral o de todos sus herederos, pues, en tal caso, bastaría aportar el título sucesorio, y no necesariamente el particional con adjudicaciones concretas, para acreditar que la legitimación registral que ostentaba el causante sobre la finca en cuestión ha pasado al conjunto de los llamados a su herencia.

Resolución de 18-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro de la propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 3

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN: ENGALABERNO.

Las situaciones, que según los casos reciben denominaciones como las de «casas superpuestas», «casas a caballo», «casas empotradas», o la más técnica de «engalabernos», pueden configurarse jurídicamente por distintas vías, atendiendo a las diferentes circunstancias del caso concreto. Ahora bien, esta libertad de configuración debe moverse dentro del respeto a las exigencias estructurales del sistema y a los límites derivados de la trascendencia «*erga omnes*» del *status* jurídico de los bienes, y en este sentido deben tenerse en cuenta las siguientes consideracio-

nes: a) que el dominio de un terreno se extiende a todo el espacio delimitado por la proyección vertical de sus linderos (arts. 348, 350, 592, etc., del Código Civil), quedando excluida la individualización como objeto jurídico susceptible de dominio de los volúmenes absolutamente desconectados de la superficie terrestre. La definición de los objetos de derechos dominicales debe guardar paralelismo con la aptitud para el aprovechamiento independiente y con la exigencia social de no disminuir injustificadamente las potencialidades económicas o de goce de los bienes; b) que es principio básico de nuestro Ordenamiento el de accesión de lo edificado al suelo (arts. 353 y 358 del Código Civil), de modo que toda pretendida excepción no podrá ser reconocida jurídicamente si no cuenta con respaldo legal suficiente, y c) que la articulación jurídica elegida no puede desconocer las características físicas de la situación contemplada de modo que no cabe considerar como unidades jurídicas absolutamente independientes, lo que no son sino partes inseparables de un todo, único respecto del cual pueda predicarse la individualidad fáctica.

El expediente declara justificado el dominio de la finca con la descripción reseñada al principio de este Fundamento, ahora bien para proceder a su inmatriculación y de conformidad con lo anteriormente expuesto debe entenderse necesaria la agrupación de ambas fincas y la modificación del título constitutivo de propiedad horizontal (*cf.* arts. 5, 12 y 17.1 de la Ley sobre propiedad horizontal), o bien la modificación de la finca inscrita de forma que incorpore a su descripción la superficie de 107 metros construida sobre su planta, propiedad de don R. G. G., pues como ya se ha dicho el dominio de un terreno se extiende a todo el espacio delimitado por la proyección vertical de sus linderos, con carácter previo a una agrupación de dichos metros al edificio que se pretende inmatricular, realizando para ello las operaciones oportunas, de forma que se adecue, cumpliendo los requisitos antes mencionados, la realidad física y jurídica de los inmuebles con la registral. Lo que no cabe es inmatricular por medio del expediente de dominio, sin efectuar las anteriores operaciones y presentar simultáneamente los documentos públicos que las recojan, una finca que se ubica, aunque sea en parte, sobre otra previamente inmatriculada, y sin que el hecho de que el titular de esta última haya sido notificado en el expediente altere la antedicha conclusión, pues en todo caso va a ser necesario su consentimiento expreso —y, en su caso, el de todos los demás titulares registrales—, debidamente formalizado, o subsidiariamente, una sentencia judicial en procedimiento en el que todos ellos hayan sido demandados.

En cuanto a la necesidad de coincidencia total y absoluta entre la descripción de la finca que consta en el auto y la certificación catastral, esta Dirección General ha tenido ocasiones de pronunciarse en muchas ocasiones. En este sentido la dicción del artículo 53 de la Ley 13/1996 es clara y terminante, cuando impone que en lo sucesivo no se inmatriculará ninguna finca en el Registro, si no se aporta junto al título de inmatriculación, certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en dichos títulos.

Resolución de 19-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro de la propiedad de Guadalajara, número 3

OBRA NUEVA ANTIGUA: REQUISITOS.

En el presente expediente, en base a todos los hechos que resultan del expediente debe considerarse que estamos en presencia de una obra nueva «por

antigüedad», pues en la escritura se hace mención expresa a la antigüedad de la edificación, a su acreditación por certificación catastral descriptiva y gráfica, a la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir, y sin que altere dicha consideración el hecho de que se protocolice la licencia de legalización de la obra y la licencia de primera ocupación, pese a las dudas que ello haya podido plantear a la registradora.

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, no solo 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, sino, también la aportación del certificado expedido por técnico competente en el que se acredite la terminación de la obra y el ajuste de la descripción de la obra al proyecto para el cual se obtuvo licencia. 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, ni tampoco el mencionado certificado emitido por técnico competente.

En cuanto al segundo de los defectos alegados por la registradora de la propiedad, esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente (resolución de 8 de febrero de 2016), sobre el ámbito de aplicación del artículo 202 de la LH tras la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, y en este sentido señala que el precepto proclama, de manera clara, general y sin excepciones, que «la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica». Desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la resolución 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. Esto último ocurre en el caso que nos ocupa, al constar representada dicha porción de suelo ocupada por la edificación en la certificación catastral descriptiva y gráfica que figura incorporada en la escritura. En estos casos, las coordenadas resultan por referencia o en relación a las del plano o finca sobre el que se representa la edificación, quedando suficientemente satisfecha la exigencia del artículo 202 de la LH, siendo esto lo que se manifiesta en la escritura y sin que en la nota de calificación se señale lo contrario. 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. Solo será exigible en los casos en que la edificación se encuentre finalizada. Además tampoco afecta propiamente al concepto ni al proceso de «coordinación

geográfica» entre la finca registral y el inmueble catastral, ya que el atributo de «finca coordinada» o «finca no coordinada» se califica y predica respecto del contorno perimetral de la finca.

El último de los defectos alegados por la registradora de la propiedad es el relativo a la falta de aportación del certificado de eficiencia energética. El certificado de eficiencia energética es exigible no solo a los edificios de nueva construcción como ocurría con la normativa anterior, sino también a los edificios existentes. Por tanto, en el presente caso no es exigible el certificado de eficiencia energética, ya que se trata de una obra nueva antigua 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.

Resolución de 19-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro de la propiedad de Madrid, número 16

DERECHO DE REVERSIÓN: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Este Centro Directivo ha señalado (*cf.* resolución de 26 de noviembre de 2001) que son tres los hitos del *iter* de la reversión, todos ellos susceptibles de acceso registral: la cualidad de expropiado, la existencia del derecho de reversión declarada por la Administración o por los tribunales de Justicia y la consumación del derecho de reversión mediante la transferencia del derecho de propiedad al reversionista. Como señala la sentencia de la Sala Tercera del TS de 19 de septiembre de 2014, «(...) el derecho de reversión es un derecho autónomo, que no nace en el momento de la expropiación (aunque la expropiación sea presupuesto necesario para su existencia), sino cuando se dan los requisitos que la Ley establece en el momento en el que se pretende ejercer tal derecho, siendo jurisprudencia consolidada de esta Sala que el nacimiento del derecho de reversión, debe sujetarse siempre a la norma que esté vigente en el momento de su ejercicio. Debe por tanto atenderse al régimen jurídico que en la actualidad establece el artículo 55.3 de la Ley sobre expropiación forzosa respecto de los requisitos de ejercicio del derecho de reversión. Dicho precepto, en su redacción actual, establece como requisito esencial para que se consume el ejercicio de la reversión, el pago o consignación del justiprecio. Pero también señala que dicho pago o consignación ha de hacerse en el plazo de tres meses desde su determinación en vía administrativa, «bajo pena de caducidad del derecho de reversión». En el caso objeto de este recurso ha quedado acreditado en el expediente administrativo correspondiente que los reversionistas no han cumplido con la obligación de pagar el justiprecio en este plazo preclusivo de tres meses (ni siquiera en el plazo de prórroga de cuarenta y cinco días que se les concedió al efecto). Por tanto se han cumplido los presupuestos determinantes de la caducidad y consiguiente extinción del mencionado derecho de reversión. Ciertamente, es regla general que para la cancelación de un asiento registral se presupone bien el consentimiento del titular del derecho reflejado en dicho asiento, bien la pertinente resolución judicial supletoria. (*cf.* arts. 1, 40 y 82 de la LH). Pero, no es menos cierto que dicha regla tiene importantes excepciones y una de ellas es cuando el derecho inscrito se haya extinguido por imperativo del propio título inscrito, o por disposición directa de la ley (art. 82 de la LH).

Resolución de 19-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro de la propiedad de Barcelona, número 3

PUBLICIDAD FORMAL: PROTECCIÓN DE DATOS.

En el presente expediente, se configura un contrato de arrendamiento en el que el arrendatario renuncia de manera expresa al derecho de adquisición preferente, siendo esta circunstancia legalmente aceptable en cuanto a su objeto, al exceder de los cinco años previstos en el mencionado artículo 25 de la ley reguladora de los arrendamientos urbanos. De esta manera, una vez analizada la valoración practicada por el registrador sobre la eficacia de la cláusula de renuncia del derecho de adquisición preferentes (cuya existencia e integridad, como ya hemos dicho no ha sido controvertida por los interesados) son aplicables las limitaciones y salvaguardas que, en orden a hacer valer la debida protección de datos personales, introduce la normativa de protección de datos, que impide ofrecer publicidad registral con datos protegidos, como pudieran ser entre otros, los relativos al precio de la operación donde el solicitante no ha sido parte interviniente ni tampoco ostenta un derecho relevante. Y esto porque, el registrador (tal y como imponen, entre otros, los arts. 221, 222, y 227 de la LH, y el art. 332 de su Reglamento, así como la doctrina de este Centro Directivo) debe comprobar el interés legítimo del demandante de la publicidad en relación a los extremos contenidos en los libros del Registro, máxime cuando dichos datos pudieran afectar a cuestiones protegidas por la normativa aplicable —como es el caso— de ahí que el Registrador no puede revelar de manera indiscriminada el contenido de los asientos, debiendo quedar bajo su responsabilidad la publicidad de los mismos.

Resolución de 20-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro de la propiedad de Barcelona, número 11

CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA: RECURSO FRENTE A SU DENEGACIÓN.

La posibilidad de entablar recurso contra la negativa a emitir una calificación sustitutoria ha sido admitida por este Centro Directivo en las recientes resoluciones de 25 de mayo, y 24 de junio de 2015, ya que dicha negativa se encuadra dentro de las decisiones que debe tomar el registrador en el seno del procedimiento registral, siendo en definitiva otra calificación más.

Tanto el citado artículo 19 bis, como el artículo 6 del Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención de registrador sustituto, señalan que estos podrán solicitar la intervención del registrador sustituto mediante la aportación a este del testimonio íntegro del título presentado y de la documentación complementaria o de su original que tendrá derecho a retirar del Registro donde se hubiera presentado. No es preciso pues motivar el desacuerdo como sucedería en un trámite de alegaciones propio de un recurso, ni hay por tanto necesidad de entrar a desarrollar con profundidad las causas que opone a los antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho de la nota de calificación. En consecuencia debe desestimarse el primero de los obstáculos en los que basa el registrador su resolución de inadmitir la sustitución.

En cuanto al segundo de los motivos recogidos en la nota, es decir en cuanto a quién debe entenderse por interesado y por lo tanto legitimado a los efectos de solicitar la sustitución, la doctrina de este Centro Directivo se ha decantado por extender esta cualidad al notario autorizante del título objeto de calificación. El artículo 19.bis se inserta dentro de la fase de solicitud de la inscripción y no de recurso, es decir se incardina dentro del procedimiento registral, y si bien el notario no está facultado para instar la inscripción salvo que sea también presentante del documento en los términos que resultan de la letra d) del artículo 6 de la LH en relación con el artículo 39 de su Reglamento no es menos cierto que es uno de los destinatarios de notificación de la calificación negativa por lo que si el notario autorizante del documento puede recurrir debe entenderse igualmente legitimado para instar la calificación sustitutoria.

Resolución de 20-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro de la propiedad de Vielha

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CADUCIDAD CONVENCIONAL.

La cláusula debatida es reproducción literal de la contenida en la escritura que motivó la resolución de 13 de marzo de 1999 y no parece que existan motivos para variar, en cuanto a este punto, la doctrina allí sentada en la que se admitía la caducidad convencional de los derechos reales. De cuanto antecede se concluye la admisión clara en nuestro ordenamiento de la caducidad convencional en los derechos reales y pese a la dificultad que entraña a veces la interpretación de si se trata de un supuesto de caducidad convencional del derecho o tan solo del asiento, en el supuesto del expediente («caducará de pleno derecho la presente condición») ha de optarse por la caducidad de la condición resolutoria en garantía del precio aplazado. Es cierto, como afirma la registradora, que la condición resolutoria forma parte del precio y por ello una condición resolutoria en garantía de precio aplazado debe acceder al Registro conjuntamente con la adquisición del dominio, salvo consentimiento del vendedor en escritura pública (art. 82 LH, y resolución de 28 de mayo de 2005). Pero en supuestos como el presente en que se ha establecido un plazo de caducidad convencional del derecho real que ha transcurrido ya al tiempo de la presentación, cabe la inscripción del dominio adquirido sin la condición resolutoria, de otra forma se estaría reflejando en el Registro un derecho inexistente y, además, como señala la doctrina, la sumisión a una espera indefinida o excesivamente prolongada es inadmisibles. Es una objetiva inadmisibilidad o una objetiva deslealtad del retraso, el elemento último de la prescripción y de la caducidad y la característica esencial de la pretensión tardía o extemporánea.

Resolución de 21-4-2016

(BOE 02-06-2016)

Registro de la propiedad de Getafe, número 1.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN.

Debe distinguirse entre la cancelación de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado de compraventas y cancelación de hipotecas en garantía de

cualquier clase de obligación (ambos supuestos regulados en el artículo 82, párrafo quinto, de la LH) de la cancelación de asientos relativos a derechos que tuviesen un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, que es un plazo de caducidad (opción, retroventa, retracto convencional, es decir, derechos de modificación jurídica), regulado en el artículo 177 del RH. En el caso de condiciones resolutorias pactadas para garantizar obligaciones distintas del pago del precio aplazado en las compraventas no podría aplicarse por analogía el artículo 177 del RH, ya que se trata de supuestos distintos (derechos de modificación jurídica y condiciones resolutorias en garantía de obligaciones de hacer y no hacer) y en ningún caso sería de aplicación el párrafo quinto del artículo 82 de la LH, referido a la condición resolutoria en garantía de precio aplazado, de estricta y restringida interpretación según este Centro Directivo (*cf.* resolución de 25 de marzo de 2014), pues se trata de una norma excepcional frente al principio general que consagra el artículo 82 de la LH en su párrafo primero: para cancelar es necesario el consentimiento del titular registral o resolución judicial en procedimiento en que se haya dado audiencia al mismo (arts. 20 de la Constitución Española, y 20 y 82 de la LH).

Limitados a lo que constituye la nota de calificación y al recurso, como señala el registrador en su nota, el cómputo del plazo de los cinco años del reiterado artículo 177 habría de realizarse a partir del vencimiento del plazo en que pudo ejercitarse la acción resolutoria, tal y como señala para un pacto de retro la resolución de este Centro Directivo de 17 de marzo de 2008: «podrá ser cancelado si han transcurrido cinco años desde que terminó su plazo de ejercicio», y no desde que pudo ejercitarse la acción. Señala con acierto el registrador que la aplicación de los artículos 1964 del Código Civil en la redacción anterior a la Ley 42/2015, de 5 de octubre, el artículo 1964 vigente y la disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015 citada harían que la prescripción de la acción resolutoria, iniciada el 26 de julio de 2010, es decir, antes de la entrada en vigor de la Ley 42/2015 solo tuviera lugar cinco años después de la vigencia de la misma, es decir el 7 de octubre de 2020 y no cinco años desde el momento en que pudo ejercitarse. Efectivamente, de conformidad con la disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, el nuevo plazo de prescripción del artículo 1964 del Código Civil debe computarse desde la entrada en vigor de la nueva Ley (7 de octubre de 2015), sin perjuicio de que de acuerdo con los plazos establecidos en la legislación reformada, la prescripción se produzca con anterioridad.

Resolución de 21-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro de la propiedad de Vélez-Málaga, número 1

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

El registrador en su nota de calificación considera que no queda verificada la debida identidad entre las dos descripciones de las fincas, tal y como se incluyen en el título principal, en relación a las que resultan del antetítulo. Es evidente que no puede existir —y así, exigirse— identidad plena y absoluta entre ambas descripciones, puesto que en ese caso no necesitaría juicio alguno por parte del registrador en su calificación, siendo por ello preciso una identificación razonable entre ambos modelos descriptivos, tanto en lo relativo a superficie, como en su ubicación, identificación y demás elementos definitorios de la finca. De manera

añadida, y analizando el caso planteado, las semejanzas entre ambas descripciones exceden de las discrepancias, por lo que la aseveración del registrador, tal y como resulta formulada en su nota de calificación, y a la vista de los hechos planteados no puede sostenerse, ya que si bien debe existir identidad entre ambas descripciones, la exigencia de correspondencia plena no puede ser confirmada porque ello, como ha quedado señalado, eliminaría el juicio de valor que la redacción del artículo 205 parece querer imponer al registrador.

La aportación de certificación catastral descriptiva y gráfica, como requisito propio de la inmatriculación, así como instrumento imprescindible para incorporar la representación gráfica de la finca a los libros del Registro, sigue siendo requisito esencial para practicar la primera inscripción —tanto en sentido material como formal— de una finca en los libros del Registro, y por ello, el defecto debe ser mantenido.

Resolución de 22-4-2016

(BOE 02-06-2016)

Registro de la propiedad de Torrelaguna

CONTRATOS EN QUE INTERVIENE LA ADMINISTRACIÓN: MODIFICACIÓN.

Como consecuencia de determinada promoción urbanística realizada por el Ayuntamiento de El Vellón, don V. I. H. U., en su propio nombre y derecho, compró a dicho Ayuntamiento la finca registral número 5738 —mediante escritura otorgada el día 24 de mayo de 2007—, que se inscribió a su nombre. En la inscripción consta la siguiente limitación dispositiva, derivada del punto 9 del pliego de condiciones administrativas que rigió la adjudicación de dicha finca: «(...) c) el adjudicatario no podrá enajenar, donar o transmitir por cualquier procedimiento, salvo la herencia, la parcela adjudicada a terceras personas físicas o jurídicas, a través de documentos públicos o privados, en el plazo de siete años contados desde la fecha de formalización de la escritura... Se considerará transmisión la aportación del inmueble a una persona jurídica y la posterior transmisión de las participaciones representativas del capital social. (...) e) Si por necesidades económicas o de otra índole el adjudicatario quisiese enajenar su parcela en dicho plazo de siete años, quedará obligado a la enajenación de la misma a el Ayuntamiento de El Vellón, por el precio. (...) f) Desde los siete hasta los doce años contados desde la formalización de la escritura pública el adjudicatario que venda la parcela deberá abonar al Ayuntamiento de El Vellón la cantidad de veinticuatro mil euros. g) El incumplimiento de los puntos a), b), c) y f) del presente artículo generará la reversión automática de la propiedad de la parcela al Ayuntamiento de El Vellón». Mediante la escritura calificada, autorizada el día 5 de noviembre de 2012, se elevaron a público los acuerdos adoptados el mismo día por la junta general universal de la sociedad «Iuris Tantum, S.L.», por los que se aumentó el capital social mediante aportación de la finca registral número 5.738. La registradora manifiesta su negativa a la cancelación de la limitación dispositiva referida y a la enajenación de la finca que, a su juicio, la contraviene porque considera que no se acredita que se trate de uno de los supuestos en que se puede modificar el contrato conforme a la Ley de Contratos del Sector Público. El citado Ayuntamiento, en sesión de Pleno celebrada el día 30 de junio de 2011, acordó modificar el referido pliego de condiciones, dejando sin efecto el punto 9 del mismo, relativo a la limitación dispositiva inscrita. A la vista de la jurisprudencia más reciente del TS, cabe concluir en la

estimación de la impugnación de la calificación, pues resulta con claridad que el contrato del que se elimina la limitación dispositiva es un contrato de naturaleza privada, sujeta al Derecho privado.

Resolución de 22-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro de la propiedad de La Bañeza

TITULARIDAD *OB REM*: PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

La configuración jurídica de una finca registral con el carácter de «*ob rem*» de otras trae como consecuencia esencial que su titularidad viene determinada mediatamente por la titularidad de las fincas principales al igual que ocurre con las servidumbres prediales; la titularidad de la finca «*ob rem*» corresponde pues a quien ostente la titularidad de la finca principal. Dicha consecuencia no depende del disponente por sí solo, ya que la alteración o modificación de la configuración jurídica de la titularidad «*ob rem*» deberá haber sido efectuada y consentida por todos sus titulares; de ahí se desprende que el único consentimiento contractual preciso es el consentimiento prestado al negocio traslativo del elemento principal, sin que precise un consentimiento adicional para que se entienda asimismo transmitida la titularidad «*ob rem*» de la finca o cuota de finca vinculada y sin que la omisión de toda referencia a ella pueda considerarse que excluye la transmisión de la cuota vinculada. Por ello, a lo sumo, la omisión en un título traslativo de toda referencia al elemento o cuota «*ob rem*» podría determinar la calificación negativa del mismo, por omisión de uno de los elementos que integran el derecho transmitido, si el registrador pudiera tener duda fundada acerca de la identidad de la finca o del negocio celebrado. Sin embargo no parece haberse producido así en el caso concreto, dado que según resulta de la nota de calificación y del informe del registrador la cuota «*ob rem*» figura inscrita a nombre de persona distinta del transmitente. Este Centro Directivo ha admitido en diversas resoluciones (10 de marzo, y 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 26 de noviembre de 1992, 10 de septiembre de 2004, 13 de septiembre de 2005 y 19 de junio de 2010) la posibilidad de rectificar el contenido del Registro sin necesidad de acudir al procedimiento general de rectificación antes apuntado, siempre que el hecho básico que desvirtúa el asiento erróneo sea probado de un modo absoluto con documento fehaciente, independiente por su naturaleza de la voluntad de los interesados, pues en tales casos bastará para llevar a cabo la subsanación tabular la mera petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido. Pero en tanto no se aporte dicha documentación deberán mantenerse los principios de legitimación y tracto sucesivo.

Resolución de 22-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro de la propiedad de Valls

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTO.

En el caso que nos ocupa puede acudir a alguno de los procedimientos indicados en este último punto (arts. 199 y 201.1 de la LH) para obtener la inscripción.

ción del exceso resultante de la representación gráfica catastral de la finca que se aporta. No puede rechazarse a efectos de tales procedimientos la utilización de una representación gráfica catastral por el motivo de exceder un 10% de la cabida inscrita. Como señala 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 (*cf.* 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 tal y como ha quedado expuesto.

Resolución de 25-4-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Valencia, número 6

URBANISMO: AFECCIÓN REAL POR GASTOS DE URBANIZACIÓN.

En sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia, en fecha 27 de diciembre de 2005, número 1.129/2005, en el seno del procedimiento ordinario número 791/2004 de resolución contractual y de división de cosa común, seguido por la sociedad «Provelan, S.L.» contra las sociedades «Construcciones Ángel Pallas, S.L.» y «Desarrollo Urbano Metropolitano, S.A.», que tenían la consideración de agente urbanizador, se acordó, entre otros pronunciamientos, la división material de la finca registral 75.321 formando dos parcelas denominadas «A» y «B»; la disolución de la comunidad existente entre todos sus titulares. En la misma sentencia, se acuerda la distribución entre las dos fincas formadas por división material, de la afección urbanística derivada del proyecto de reparcelación que grava la finca matriz, la citada registral 75.321 finca resultante del citado proyecto.

La aprobación definitiva del proyecto de equidistribución, da lugar al nacimiento a las fincas de resultado que, desde ese mismo momento, se afectan al pago de los gastos de urbanización en la proporción que individualmente les corresponda. La naturaleza del crédito urbanístico y de su garantía real, en la terminología utilizada por la legislación urbanística ha sido, y sigue siendo objeto de una amplia discusión doctrinal. La jurisprudencia del TS ha ido perfilando la configuración de dichas figuras. En este sentido son fundamentales las sentencias de 15 y 21 de julio de 2014 y 23 de julio de 2015, cuyo contenido, en lo que aquí interesa es el siguiente: En cuanto a la naturaleza jurídica del crédito por obras de urbanización, se está ante una obra de condición pública, la cual debe realizarse conforme a un proyecto aprobado por el Ayuntamiento, cosa que confiere naturaleza administrativa al contrato, en atención a la naturaleza administrativa de la Junta de Compensación y a la naturaleza pública de la obra; En cuanto al carácter de garantía real de la obligación, 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 enci-

ma de cualquier otro derecho inscrito con anterioridad, por lo que cabe hablar de una hipoteca legal tácita. La constancia registral de la afección marca el momento a partir del cual la preferencia se predica «*erga omnes*», y se extiende incluso, a cargas anteriores inscritas. Puesto que la carga urbanística se asigna en función del aprovechamiento atribuido, por lo que su división debe conservar el criterio de proporcionalidad respecto a la finca resultante que no solo se determina en función de la superficie, y dado que, como se ha dicho anteriormente, la afección no solo garantiza la retribución y beneficio del urbanizador y la garantía legal es de interés público, con importantes privilegios y efectos «*erga omnes*» desde su inscripción, su alteración debe requerir la intervención del órgano administrativo que tiene legalmente atribuida la dirección y control del procedimiento urbanístico.

Resolución de 25-4-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Lepe

CONCURSO DE ACREEDORES: ACREDITACIÓN DE LAS FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES. FINCA REGISTRAL: DESCRIPCIÓN.

Para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 de la Ley 24/2001 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. Es cierto que no consta en la escritura que se haya presentado al notario testimonio de la resolución judicial por la que fue nombrado dicho administrador concursal, ni tampoco que este le haya exhibido el documento acreditativo de su condición de tal que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 29 de la Ley Concursal, le ha debido entregar el letrado de la Administración de Justicia. Sin embargo, sí que manifiesta el notario que dicho nombramiento resulta inscrito en el Registro Público de Resoluciones Concursales, según consulta telemática que incorpora. Además declara el notario autorizante del título que ha tenido a la vista auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 17 de mayo de 2013 por el que se aprueba el plan de liquidación, del que deduce fotocopia y lo incorpora a la matriz, reproduciéndolo en la copia presentada a inscripción. El referido plan de liquidación aprobado en el auto está suscrito por los dos administradores concursales que comparecen en el otorgamiento de la escritura. Debe por tanto considerarse con estos dos medios de prueba suficientemente acreditado el nombramiento y vigencia del cargo de administradores concursales, a los efectos de los exigido por el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y por el artículo 166 del RN. Como pone de manifiesto el escrito de recurso, el notario autorizante del título calificado hace constar que los administradores concursales están «facultados para este acto en virtud de las atribuciones inherentes a su cargo para la fase de liquidación del con-

curso, y por estar prevista la venta directa de los bienes inmuebles del concursado en el correspondiente Plan de Liquidación, aprobado por Auto del Juzgado antes mencionado de fecha 17 de mayo de 2013. Me exhiben dicho Auto así como una copia del Plan de Liquidación, de los que deduzco fotocopias que incorporo a esta matriz». Y en el párrafo siguiente manifiesta: «Yo, el Notario, los considero según intervienen con facultades representativas suficientes para esta escritura de compraventa». Estas dos manifestaciones cumplen adecuadamente las exigencias del juicio de suficiencia, sobre todo si se tiene en cuenta que nos encontramos ante un caso de representación orgánica que, por su propia naturaleza, extiende su ámbito a todos los actos propios de su función institucional.

La exigencia de que las resoluciones dictadas por los letrados de la Administración de Justicia aparezcan siempre firmadas por el funcionario que la emite se deduce con toda claridad de lo establecido en el artículo 208.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otro lado, como señaló la resolución de 11 de julio de 2011, la ausencia de sello del Juzgado o Tribunal constituye una formalidad extrínseca del documento que genera dudas sobre la autenticidad del mismo y por lo tanto calificable por el registrador. Sin perjuicio del margen de libertad que se reconoce a la administración concursal en la ejecución del plan de liquidación, se suelen prever ciertos requisitos en el mismo cuyo cumplimiento ha de ser acreditado de forma objetiva para que el concreto acto de realización de alguno de los bienes del concursado pueda acceder al Registro. Y en este caso tal acreditación no puede realizarse con la copia de una diligencia de ordenación que carece de los mínimos requisitos formales que garanticen su autenticidad.

Esta Dirección General ha manifestado que 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 (*cf.* 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. La recurrente señala a este respecto que el hecho de que en la oferta que consta en el expediente se hablara de un local y, sin embargo, en la escritura se describan tres, tiene su origen en la circunstancia de que esas tres fincas registrales descritas en la escritura aparecen englobadas en una sola referencia catastral. Lo que ocurre es que no solo se da esta discrepancia, sino que también varía el número de policía (en la oferta se habla del número 50 y en la escritura del 58). Si se considera la trascendencia que antes se ha visto que tenía la publicidad de la oferta a través del anuncio publicado en el tablón del Juzgado, se entenderá que no pueda accederse a la inscripción sin que se aporte alguna prueba documental que despeje cualquier duda sobre la identidad entre la finca respecto de la que se hizo la oferta y la que definitivamente ha sido enajenada en la escritura calificada, defecto por otra parte fácilmente subsanable.

Resolución de 25-4-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Murcia, número 3

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: FORMALIDADES. HIPOTECA CAMBIARIA: CANCELACIÓN.

No hay ninguna duda de que la calificación se realizó dentro de plazo pues el documento fue presentado en el Registro el día 1 de diciembre de 2015, calificado

el día 5 de diciembre de 2015, es decir, a los nueve días hábiles de haberse presentado el documento, si se excluyen los sábados, o los once si se los incluye [art. 48.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, vigente hasta el 2 de octubre de 2016 en que los sábados pasarán a ser inhábiles (art. 30 y disposición adicional 7.a)]. La tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución queda cumplida mediante la interposición del recurso pues la notificación defectuosa por falta de plazo no produce otro efecto que admitir la posibilidad de interponer el recurso cuando se tenga por conveniente, aunque no indefinidamente. En la práctica ello supone que no corren los plazos para interponer el recurso o realizar cualquier otra actuación procesal y que serán admisibles cualquiera que sea la fecha de presentación por el interesado. Evidentemente la posibilidad de impugnar no se puede extender hasta el infinito y tiene sus límites derivados de los principios de seguridad jurídica y de buena fe (pueden verse sobre esta cuestión las SSTs de 20 de febrero y de 17 de noviembre de 2008).

El defecto señalado de no poder cancelarse la hipoteca al hallarse extendida nota marginal de expedición de certificación de cargas ha de confirmarse tanto por la dicción literal de los artículos 131 de la LH y 688.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuanto por la reiterada doctrina de este Centro Directivo.

De la documentación y manifestaciones aportadas no resulta con claridad si el banco certificante es o no el tenedor de la letra, cuestión trascendental cuando de cancelar una hipoteca cambiaria se trata, ya que el tomador no necesariamente ha de ser el tenedor, pues puede haber sido endosado el pagaré, en cuyo caso el titular del crédito (endosatario) sería el acreedor hipotecario, según consta en la inscripción. Dicho de otra forma: el tomador puede pagar ilegítimamente al librador habiendo sido endosado el pagaré. De constar que el tenedor es la entidad bancaria certificante, como señaló este Centro Directivo en su resolución de 31 de mayo de 2003, sería suficiente la certificación bancaria vía artículo 45 de la Ley Cambiaria y del Cheque, como medio para suplir la inutilización de los títulos garantizados con la hipoteca cambiaria. No debe olvidarse que en las hipotecas cambiarias no es suficiente acreditar el pago de los efectos, sino que es imprescindible evitar la posibilidad de que circule el título garantizado con su garantía, que se prestó, debe recordarse, a favor de los tenedores actuales o futuros de los títulos (pagarés en este caso). En cuanto a la cancelación derivada de los pactos especiales de la escritura de constitución de hipoteca que establecen, por un lado, la cancelación por carta de pago otorgada por el primer tomador de la letra (la primera persona a la que ha de hacerse el pago de los pagarés) y, por otro, por el transcurso del plazo de tres años, a contar desde el vencimiento de cada uno de los indicados pagarés, no se consideran aplicables en el supuesto concreto objeto de este recurso.

Resolución de 26-4-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Ejea de los Caballeros

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: CALIFICACIÓN UNITARIA. CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FISCALES: ALCANCE.

Con carácter previo hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo según la cual, la subsanación del defecto y la práctica en su caso de la inscripción

solicitada no son obstáculo para la interposición del recurso contra la calificación del registrador. Ciertamente, la secuencia de los hechos pone de relieve una actuación atípica por parte del registrador, ya que si realiza una calificación sobre el negocio objeto de inscripción, calificación que debía haber sido global y unitaria, como tiene reiteradamente declarado esta Dirección General, y abarcando por consiguiente también los aspectos fiscales del documento, no se entiende como en un momento posterior realiza esa segunda calificación limitada a los aspectos fiscales. Ahora bien, también tiene declarado este Centro Directivo que la exigencias formales sobre la calificación ceden ante el superior principio de legalidad que establece el acceso al Registro de los documentos que no reúnan los requisitos prescritos por el ordenamiento por lo que la sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y a la misma presentación no afectan a su validez sin perjuicio de las responsabilidades que pueda asumir el registrador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del RH (resolución de 12 de marzo de 2014).

Como también tiene declarado este Centro Directivo no resultando supuestos de expresa no sujeción al Impuesto o de clara causa legal de exención fiscal, si para salvar su responsabilidad el registrador exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes los que podrán manifestarse al respecto al recibir la comunicación impuesta por ley, sin que corresponda a esta Dirección General el pronunciarse, máxime cuando en la propia escritura, frente a lo manifestado en el recurso, se constituye una condición resolutoria «incluso frente a terceros» (cláusula 6.5) y se incluye una solicitud expresa de inscripción «de los negocios jurídicos que quedan formalizados en la presente escritura».

Resolución de 28-4-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Lora del Río

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Tiene este expediente por objeto determinar si ha habido verdadera interrupción de tracto que sea susceptible de ser subsanada por vía de expediente de dominio. Para casos similares al que nos ocupa, existen numerosos pronunciamientos de este Centro Directivo, que no siempre llegan a la misma solución, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una primera línea doctrinal que no admite la interrupción del tracto, ni consecuentemente el expediente de dominio, cuando el promotor del expediente es adquirente del heredero del titular registral, exigiría dos requisitos: en primer lugar, que el promotor haya adquirido del heredero único o de todos los herederos del titular registral, y en segundo lugar, que no exista una extraordinaria dificultad para otorgar la documentación que permita completar la cadena de titularidades y conectar al titular registral con el promotor del expediente. La segunda línea doctrinal, aparece enunciada, entre otras, por resolución de 23 de septiembre de 2003, según la cual: «Un caso como el presente, en el que por más que la parquedad de datos del auto objeto de calificación sea clamorosa resulta, y así se reconoce por recurrente e informantes, el actual titular de la finca y promovente del expediente la adquirió de una de las herederas de los titulares registrales, no cabe confundirlo con el que contemplaba la resolución de 4 de enero de 2002, en el que todos los herederos de dichos titulares eran trans-

mitentes. Aquí quien ha transmitido es una de las varias herederas de aquellos. En el primero de los casos no puede entenderse interrumpido ese tracto registral cuando la propia legislación hipotecaria admite la inscripción directa del negocio traslativo otorgado por todos los herederos del titular registral (*cf.* art. 20 de la LH en relación con el 209.1º de su Reglamento), en tanto que en el segundo, desde el momento en que existe una partición de herencia previa son diferenciables dos títulos sucesivamente necesarios para la inscripción, aquella partición y la posterior transmisión por quien en ella resulte adjudicatario de la finca. Ya no está en manos del actual titular subsanar las deficiencias formales del primero de ellos por la vía del artículo 1279 del Código Civil pues no tiene acción directa más que frente a su vendedora, no frente a los coherederos de la misma y cuyo consentimiento sería necesario para esa protocolización del cuaderno particional privado que la propia registradora considera necesaria (...). En el caso que nos ocupa, el auto aprobatorio del expediente simplemente determina la relación causal directa entre el titular registral y el demandante en el expediente, sin más apreciación o consideración, por lo que la señalización del defecto en cuestión por parte de la registradora es perfectamente válida. Cualquier otra circunstancia que pudiera justificar alguno de los casos antes mencionados que habilitasen al expediente de dominio debieron haberse aportado al título presentado, no siendo suficiente su alegación y justificación en el trámite del recurso. Si está justificada o no esa interrupción o la enorme dificultad para su consecución dependerá de las condiciones fácticas expuestas, pero para ello deberá ser precisa una nueva presentación de dicha documentación para que pueda procederse a una nueva calificación.

Por último, cabría plantearse cuál habría de ser la solución a la cuestión planteada si en el caso que el expediente para la reanudación del tracto interrumpido se hubiera iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la LH. El artículo 208 de la LH en su apartado primero establece que «no se entenderá producida la interrupción del tracto sucesivo cuando la persona a cuyo favor hubiera de practicarse la inscripción haya adquirido su derecho directamente del titular registral o sus herederos. En tal caso, la inscripción únicamente podrá practicarse mediante la presentación del documento en que se hubiera formalizado la adquisición, declaración o constitución del derecho, objeto de la inscripción solicitada».

La citación a los cotitulares es un trámite esencial del expediente, tal y como establece el artículo 278 del RH y a fin de evitar la eventual indefensión de los mismos, como eventuales titulares registrales, la registradora debe velar por su cumplimiento. Por ello, el defecto debe ser igualmente mantenido. De igual modo, en caso de haberse tramitado el procedimiento conforme a las previsiones del nuevo expediente notarial, regulado tras la Ley 13/2015 en el nuevo artículo 208 de la LH sería indispensable el trámite de citación a todos los titulares del dominio según la última inscripción vigente (números 3.º y 4.º de la regla segunda del nuevo art. 208).

Por último, se expresa por la registradora en su nota de calificación la necesidad de expresar el título de adquisición, así como el estado civil (y en su caso, el régimen económico matrimonial y la identidad del cónyuge) del promotor y declarado como titular en el expediente. A tenor de lo señalado en los artículos 9 de la LH y 51 de su Reglamento, los títulos sujetos a producir asientos en el Registro deberán expresar, entre otras circunstancias, el título por el que se adquiere (determinando así la naturaleza de la adquisición), así como el estado civil y demás circunstancias personales definitorias del sujeto o sujetos adquirentes. Todo este conjunto de datos identificativos resultan absolutamente indispensables para la

práctica de la inscripción y por ello es necesario que consten expresados. En este sentido, el defecto debe ser igualmente mantenido.

Resolución de 28-4-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Murcia, número 8

DERECHO DE REALOJO O RETORNO: ARTÍCULO 15 DEL RH.

Se plantea, en suma, la naturaleza de los derechos de indemnización y realojo reconocidos por la legislación urbanística a los sujetos afectados por una actuación de transformación urbanística. El artículo 160 del anteriormente vigente Decreto Ley 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, en idénticos términos a la actual norma vigente, considera gasto de urbanización a «... las indemnizaciones a propietarios y arrendatarios y demás gastos que procedan para la extinción de servidumbres y derechos de arrendamiento, la destrucción de construcciones, instalaciones y plantaciones y el cese de actividades, incluso gastos de traslado, cuando cualquiera de ellos sea incompatible con el planeamiento urbanístico o su ejecución, así como para satisfacer los derechos de realojo y retorno, cuando sean procedentes...», y se valorarán con independencia del suelo, según el artículo 175.

El artículo 87, apartados g y h, de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia, regula como deberes de los propietarios de suelo urbano sin consolidar incluidos en cada unidad de actuación, conforme a lo dispuesto en la legislación estatal: «g) Garantizar los derechos de realojo y retorno de los ocupantes legales de viviendas que constituyan su residencia habitual. h) Indemnizar a los titulares de derechos sobre las construcciones y edificaciones que deban ser demolidas y las obras o instalaciones que no puedan conservarse». En similares términos impone igual deber el artículo 98, a los propietarios de suelo urbanizable como deberes vinculados a la transformación urbanística. El artículo 184, apartado f), por su parte, considera como gasto de urbanización: «Las indemnizaciones a propietarios y arrendatarios y demás gastos que procedan para la extinción de servidumbres y derechos de arrendamiento, la destrucción de construcciones, instalaciones y plantaciones y el cese de actividades, incluso gastos de traslado, cuando cualquiera de ellos sea incompatible con el planeamiento urbanístico o su ejecución, así como para satisfacer los derechos de realojo y retorno, cuando sean procedentes».

En cuanto al derecho de realojo, su regulación se recoge en el actual 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, en su artículo 19, norma de carácter básico. El reconocimiento del derecho al realojamiento se hace depender, en primer lugar, de que la ocupación del inmueble sea conforme a la legalidad, elemento que será determinante no solo para garantizar el derecho sino también para precisar el título con el que se debe hacer la entrega de la vivienda de reemplazo, pues, como dispone el apartado 1.a) del mencionado artículo 19, cuando la actuación urbanística se realice mediante el sistema de expropiación, «la entrega de la vivienda de reemplazo (se realizará) en el régimen en que se viniera ocupando la expropiada»; si bien, en los casos en que la actuación urbanística se lleve a cabo a través de un sistema diferente a la expropiación, parece razonable que se

siga el mismo criterio, el apartado b del citado artículo, se limita a establecer que el promotor deberá garantizar el realojamiento, en las condiciones que establezca la legislación aplicable. La garantía del realojo en favor de los ocupantes legales de vivienda no puede preverse ni ser exigido sin cobertura legal. El derecho de realojamiento es, personal e intransferible de su titular, aunque la norma básica estatal lo reconoce también, como excepción, a los herederos forzosos y al cónyuge supérstite, siempre y cuando acrediten que comparten con el titular en términos de residencia habitual, la vivienda objeto del realojo.

Se pueden diferenciar las tres fases o estados que configuran este particular derecho personal. Así en un primer momento, como consecuencia de la inclusión del inmueble en el ámbito de actuación urbanística, la Administración actuante identificará a los ocupantes legales, mediante cualquier medio admitido en derecho y les notificará la inclusión del inmueble en la correspondiente actuación, otorgándoles un trámite de audiencia que, en el caso de que exista también un plazo de información pública, coincidirá con este. Una segunda fase, de derecho efectivo, con plena virtualidad, que se origina con su reconocimiento por parte de la Administración, como resultado de un procedimiento. Y, finalmente, su estado de ejercicio y efectividad, traducido en la entrega de la vivienda sustitutiva, en principio, bajo el mismo título y derecho por el que viniera ocupando legalmente la vivienda afectada, si bien, cuando no sea materialmente posible ofrecer una vivienda por cada una de las viviendas afectadas por la actuación, bien en el mismo ámbito de actuación, o, si no es posible, lo más próximo al mismo, los titulares del derecho de realojamiento tendrán derecho a su equivalente económico.

En este punto ha de plantearse la aplicación del artículo 15 del RH, en la redacción dada por el artículo 1 del Decreto 393/1959, de 17 de marzo. La resolución de 3 de octubre de 2005, interpretando el citado artículo 15, parte de la consideración del derecho de retorno como derecho derivado de un contrato de arrendamiento vigente y vinculado a la demolición o rehabilitación del edificio. El fundamento de la publicidad registral del derecho de retorno sería evitar los posibles perjuicios que durante la reconstrucción de la finca se puedan ocasionar al antiguo arrendatario. En este sentido, la STS de 28 de junio de 2004 admite la vinculación del adquirente de la finca al derecho de retorno pactado entre el anterior propietario y el arrendatario, constatado registralmente por nota marginal. Los derechos personales de retorno y realojamiento, si bien, no son equivalentes participan de semejante naturaleza, llegándose a afirmar que puede definirse el retorno como un derecho de realojamiento que se ejerce por el arrendatario sobre el mismo inmueble antes ocupado y con motivo de su reedificación o rehabilitación. Debe, por ello, admitirse la aplicación analógica del precepto. Lo que no debe confundirse es el derecho de realojo o retorno de origen convencional, cuya eficacia y alcance respecto a terceros requerirá una clara estipulación y constancia registral, con el derecho de realojamiento o retorno reconocidos por la legislación urbanística, que están condicionados al estricto cumplimiento de los requisitos legales y cuya satisfacción corresponde a los sujetos previstos en tal regulación, lo que es evidente, excede del convenio entre partes.

En lo que se refiere a los derechos de indemnización, ciertamente, no puede admitirse el carácter real y consiguiente inscripción, con eficacia frente a tercero, de los derechos discutidos en el presente expediente, al faltar la nota esencial de poder directo e inmediato sobre cosa inmueble, atribuyendo únicamente al titular, por razón del bien, eso sí, el derecho a percibir una prestación de otro sujeto.

Resolución de 3-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Roa

COMUNIDADES DE REGANTES: EJECUCIÓN POR VÍA DE APREMIO. MONTES PÚBLICOS: CARACTERES.

La cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar si puede o no inscribir un acta de subasta pública de una finca que no está inscrita. Corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el exclusivo objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la ley, evitando que el titular registral sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal, y en este sentido —como una garantía más del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva— debe ser entendido el artículo 99 del RH, en congruencia con los artículos 1, 20 y 40 de la LH. Por tanto, si el registrador entiende que determinada autorización o informe es uno de aquellos trámites o incidencias esenciales del procedimiento cuya falta vicia el acto administrativo que ponga fin al procedimiento, entra dentro de sus facultades el recabar que se le justifique tanto su existencia como la emanación del órgano competente y sin que ello pueda entenderse como una revisión de las razones del pronunciamiento, positivo o negativo, que contuvieren, que sí quedarían al margen de sus facultades de calificación (*cf.* resoluciones de 27 de enero de 1998, y 1 de junio de 2012). Frente a esa exigencia cabe recurrir en vía potestativa o judicial.

Las comunidades de regantes son entidades administrativas, esto es como parte de la Administración Pública Hidráulica. En el presente caso, estamos ante un acta de subasta pública expedida por la Comunidad de Regantes del Canal de Riaza de finca que no está inscrita como consecuencia de un procedimiento administrativo de apremio. No obstante y como señala la registradora en su nota de calificación, esta finca que se pretende inscribir es la parcela 3020 polígono 3 que ya consta inscrita como parte de la finca registral 5.844. Por tanto la inmatriculación pretendida por el interesado no es posible en el presente caso. En base a lo expuesto para poder inscribir el documento presentado, es necesario como señala la registradora llevar a cabo la previa segregación de la parcela 3020.

El régimen jurídico de los montes demaniales son inalienables, inembargables e imprescriptibles (art. 14). Como consecuencia de ello debe confirmarse el defecto de la registradora en el sentido que no es posible practicar la anotación preventiva de embargo de un monte de utilidad pública salvo, como añade, se acuerde su desafectación en los términos previstos en los artículos 14 de la Ley de Montes y 19 de la Ley 3/2009, 6 de abril, de montes de Castilla y León.

Hay que empezar destacando que los montes, públicos o privados cumplen una clara función social, por lo que su derecho de propiedad está claramente delimitado. En este sentido las facultades dominicales ordinarias de la propiedad forestal estarán sometidas a los siguientes límites: la libre disposición por los propietarios privados para enajenar sus terrenos, se condiciona al ejercicio del derecho tanteo y retracto a favor de la administración forestal. Los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración que recoge la Ley de Montes y re-

conocen y en algunos supuestos amplían las legislaciones de las distintas Comunidades Autónomas. En línea con lo anterior, corresponde a los propietarios de los montes o fincas enclavadas o colindantes con un monte público la obligación de comunicar la transmisión que se pretende efectuar a fin de facilitar el ejercicio de tal derecho. Así lo señala el punto 4 del artículo 25 de la Ley de Montes. Y el punto 5 impone a notarios y registradores un claro deber de colaboración señalando que no autorizarán ni inscribirán, respectivamente, las correspondientes escrituras sin que se les acredite previamente la práctica de dicha notificación de forma fehaciente.

Otras de las cuestiones que también alega la registradora es la necesidad de hacer constar si la finca está o no arrendada a efectos de practicar las notificaciones que regula el artículo 22.4 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos. La finca objeto del recurso es un monte de dominio público que es un bien inalienable y por tanto no podrán ser objeto de arrendamiento, por lo que este defecto solo procedería si se tratara de un bien patrimonial, no demanial.

Las comunidades de regantes, ante el impago pueden ejercitar, con toda la fuerza de la Ley la vía de apremio contra sus deudas. El procedimiento es el establecido en la Ley General Tributaria y el Reglamento General de Recaudación, y para su puesta en práctica se establece en el artículo 209.4 del citado Reglamento, que para la aplicación del apremio, las comunidades de regantes tendrán facultad de designar a sus agentes recaudadores, cuyo nombramiento se comunicará al Ministerio de Economía y Hacienda.

Resolución de 3-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Almería, número 3

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: NEGATIVA A PRACTICARLO.

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. Naturalmente el objeto de recurso en estos casos va a ser exclusivamente la decisión sobre si procede o no la práctica del asiento de presentación, sin prejuzgar sobre la futura calificación que el registrador deberá en su momento llevar cabo respecto al acceso del título presentado a los libros de inscripciones. Dados los efectos que sobre el principio de prioridad registral produce el asiento de presentación en el Libro Diario (arts. 17 y 24 de la LH), es lógico que el legislador no quiera que dicho asiento se extienda mecánicamente con la sola aportación del título correspondiente al Registro. Es por ello que el registrador ha de analizar cada documento, con el objeto de decidir si procede o no su efectiva presentación al Diario. 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.

Resolución de 3-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Lleida, número 1

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO: ACREDITACIÓN.

En el momento en que el bien adquirido con sujeción a un régimen económico matrimonial extranjero sea objeto de un acto de disposición no es posible mantener la indeterminación y en consecuencia debe acreditarse el contenido y la vigencia del Derecho extranjero concreto aplicable al caso. En relación a la prueba del Derecho extranjero, sobre la que no existe un instrumento en vigor ni en la Unión Europea ni en la Conferencia de La Haya, pese a los intentos realizados al efecto, 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). Debe tenerse en cuenta que el régimen de la prueba del Derecho extranjero por órganos jurisdiccionales queda regulado en el artículo 33 de dicha Ley, que no modifica ni afecta a las reglas específicas sobre aplicación extrajudicial, en particular al artículo 36 del RH. La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del RH. 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. No podemos confirmar el defecto señalado por la registradora de la propiedad porque habiendo el interesado constituido e inscrito la hipoteca a su favor en virtud del régimen de separación de bienes, no se le puede exigir posteriormente que se le debió demandar y requerir de pago a su esposa cuando el bien consta inscrito a su nombre con carácter privativo, reforzando también este criterio, el hecho de que la finca en cuestión no es su vivienda familiar habitual según consta en el historial registral y en la nota simple expedida.

Resolución de 3-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Valdepeñas

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO: ACREDITACIÓN.

En el momento en que el bien adquirido con sujeción a un régimen económico-matrimonial extranjero sea objeto de un acto de disposición no es posible mantener la indeterminación y en consecuencia debe acreditarse el contenido y la vigencia del Derecho extranjero concreto aplicable al caso. Como ya ha indicado este Centro Directivo en diversas resoluciones (*cf.* resoluciones de 3 de enero de 2003, 26 de febrero de 2008 y 15 de julio de 2011) el singular régimen de constancia del régimen económico-matrimonial de los cónyuges extranjeros en la inscripción de los bienes y derechos que adquieren, previsto en el artículo 92 del RH difiere el problema para el momento de la enajenación posterior, pues en tal momento es preciso el conocimiento del Derecho aplicable al caso concreto, en cuanto a las reglas que disciplinan el régimen de disposición del bien y requisitos que el mismo impone. Probado debidamente el Derecho extranjero y en el supuesto de que fuera admisible el carácter de bienes privativos por donación, ninguna dificultad existiría en admitir con prueba del carácter privativo, la donación del dinero mediante escritura formalizada el día anterior.

Resolución de 4-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Palencia, número 2

DESLINDE VOLUNTARIO: REQUISITOS.

Ni antes ni después de la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la LH aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, y la de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria) se regula el deslinde voluntario realizado de común acuerdo por los colindantes en cuanto a sus lindes exclusivas. Pero esta posibilidad era perfectamente factible, tanto porque es una «facultad» que el artículo 384 del Código Civil concede al propietario de una finca, cuanto porque el principio de libertad civil (art. 1255 del Código Civil) permite todo lo que no está prohibido y no perjudica a tercero y porque para la rectificación de los lindes de las fincas inscritas no existía regulación específica en la LH, a diferencia de lo que ahora ocurre con los artículos 200 y 201 de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la LH aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario. Teniendo en cuenta que para la concreción de linderos se ejercita por los interesados una facultad inherente al dominio habría sido más ortodoxo utilizar para la prestación de los consentimientos una escritura pública mejor que un acta, dado lo dispuesto en el artículo 198 del RN, vigente al tiempo del otorgamiento, precepto que ha sido elevado a la categoría legal por el artículo 49 de la Ley del Notariado introducido por la disposición final 11.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio.

De la documentación aportada parece desprenderse que la modificación afecta exclusivamente a los límites «*inter partes*» de las fincas delimitadas, por lo que, como señalan las SSTs de 3 de noviembre de 1989, 16 de octubre de 1990 y 27 de enero de 1995 no es precisa la intervención de los colindantes con cuyas fincas no existe confusión de linderos. En cuanto a las dudas manifestadas por la registradora, debe tenerse en cuenta la reiterada doctrina de este Centro Directivo que afirma que las dudas sobre la identidad de la finca deben estar justificadas, es decir, fundamentadas en criterios objetivos y razonados.

Resolución de 4-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Huelva, número 3

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan solo de aquellas derivadas de la vida en común. Por ello, si bien si cabe proceder a liquidar el régimen económico-matrimonial transmitiendo o adjudicando bienes privativos, dicha circunstancia debe implicar la extinción de las relaciones económicas o patrimoniales derivadas de la vida en común de los esposos, como pudieran ser las relativas a la adjudicación de la vivienda habitual o de otros bienes adquiridos durante el matrimonio.

Resolución de 4-5-2016
(BOE 6-6-2016)
Registro de la propiedad de Coria

INMATRICULACIÓN ARTÍCULO 205: REQUISITOS.

En el presente caso, en el que se pretende la inmatriculación por la vía del artículo 205, en virtud de titulación que no solo se ha presentado en el Registro de la propiedad con posterioridad al 1 de noviembre de 2015, sino que incluso también ha sido otorgada con posterioridad a dicha fecha, no cabe duda que la normativa vigente y aplicable al presente procedimiento registral es la contenida en el nuevo artículo 205 de la LH tras su reforma por la Ley 13/2015.

Frente a la anterior redacción del artículo 205 de la LH, relativa a la posibilidad de obtener la inmatriculación en virtud de «títulos públicos otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos», ahora, la nueva redacción legal exige que se trate de «títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público». En cuanto a la forma documental para acreditar la previa adquisición, ya no basta cualquier medio de acreditación fehaciente, categoría amplia dentro de la cual el RH, en alguna de sus sucesivas reformas, ha considerado comprendidos incluso a simples documentos privados que reunieran los requisitos del artículo 1227 del Código Civil. Y en cuanto al momento temporal en que debía haberse producido la previa adquisición por el ahora transmitente, no se exigía ninguna antelación mínima con respecto a la fecha del otorgamiento del título público traslativo y que opera como inmatriculador. Ahora, en cambio, con la nueva redacción legal, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Este Centro Directivo ya se planteó la cuestión, que ahora resulta especialmente relevante en el presente recurso, de «si sería admisible acreditar esa previa adquisición mediante acta de notoriedad, que es un título público, tramitada de conformidad con el artículo 209 del RN». Y se consideró que ya no será admisible la simple declaración de la notoriedad del hecho de que una determinada persona es tenida por dueña de una determinada finca, como venía admitiendo el artículo 298 del RH, sino que, conforme a las exigencias expresadas en el nuevo artículo 205 de la LH, y a la regulación del artículo 209 del RN, será necesario que, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha, siempre y cuando, como señala el mismo precepto reglamentario, tales extremos le «resultasen evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso». Debe destacarse aquí que la doctrina reiterada de este Centro Directivo que rechaza la fabricación de títulos *ad hoc* con la exclusiva o principal finalidad de obtener la inmatriculación por la vía simplificada del artículo 205 de la LH, no es aplicable al presente caso, en el que en ningún modo cabría hablar de fabricación de títulos, sino de rectificación de un título previo de herencia y otorgamiento de un acta de notoriedad complementaria.

Debe señalarse que solo tiene sentido y fundamento legal que el registrador suspenda una inscripción en base a las posibles dudas sobre la identidad de la fin-

ca cuando tales dudas resulten de comparar una descripción registral inscrita con otra nueva descripción cuya inscripción se pretende ahora respecto de la misma finca ya inmatriculada, o cuando, refiriéndose a una finca todavía no inmatriculada, tales dudas resulten de comparar la descripción de la finca que se haga en el título inmatriculador con la que se haga en el título previo de adquisición a que se refiere el artículo 205, o con la que conste en la preceptiva certificación catastral descriptiva y gráfica.

Resolución de 4-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Mataró, número 1

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO INSCRIBIBLE.

En el supuesto de hecho a que se refiere esta resolución 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, es el testimonio del auto de homologación del convenio transaccional que pone fin al procedimiento iniciado. Esta Dirección General en las resoluciones más recientes sobre la materia 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, a la que siguieron en esta misma línea las resoluciones 5 de agosto de 2013, 25 de febrero de 2014, y 3 de marzo, y 2 de octubre de 2015. Esta Dirección General ha señalado 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 transaccional 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, no es menos cierto que para que dicho acuerdo sea inscribible en el Registro de la propiedad deberán cumplirse los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria. En el supuesto de este expediente, no consta sin embargo que se haya alcanzado por los cónyuges un acuerdo plasmado en el convenio regulador, ni el acuerdo ha sido aprobado judicialmente en un proceso de crisis matrimonial: separación, nulidad o divorcio.

Resolución de 5-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Amposta, número 2

PROHIBICIÓN DE DISPONER: EFECTOS.

Se debate en este expediente la posibilidad de inscripción de un auto de adjudicación en ejecución de una deuda garantizada con una anotación preventiva de embargo cuando con posterioridad al embargo se anotó una prohibición de disponer derivada de unas actuaciones en procedimiento penal. La seguridad jurídica y la responsabilidad patrimonial universal han de permitir que se evite la responsabilidad de un bien con circunloquios y actuaciones que impidan la reali-

zación de dicho bien para el pago de las deudas. Como señaló la resolución de 22 de febrero de 1989, haciéndose eco de las SSTs de 21 de febrero de 1912, y 22 de marzo de 1943 y resoluciones de este Centro Directivo de 7 de enero de 1928 y 7 de febrero de 1929 el rigor normativo, sin embargo, ha sido objeto de matización cuando se trata de actos de disposición o enajenación posteriores a la prohibición pero extraños a la voluntad del titular afectado por la anotación, es decir cuando vienen impuestos en procedimientos judiciales o administrativos de apremio u otros que impongan una condena o conducta sobre el bien o derecho sometido a la prohibición de disponer o enajenar. Por lo expuesto, si bien acierta la registradora al considerar el interés público protegido con las anotaciones preventivas de prohibición de disponer dictadas en procedimientos penales, al haber sido tenido en cuenta ese interés por el juez ejecutante que entendió sobre la alegación realizada por el propietario, no cabe sino entender que la adjudicación en la subasta no estaba afectada por la prohibición.

En cuanto a la cancelación de la anotación de prohibición de disponer, se sigue el criterio ya marcado por este Centro Directivo (*cf.* resoluciones de 8 de junio de 2010, 3 de agosto de 2011, y 28 de enero de 2016), de impedir el acceso registral de los actos dispositivos realizados con posterioridad; permitir la inscripción de los actos anteriores a la prohibición de disponer, con arrastre de esta, salvo que se trate de anotaciones de prohibición de disponer ordenadas por autoridades administrativas y penales, en cuyo caso también se impide la inscripción de dichos actos anteriores; y sin afectar, ni impedir la inscripción, sin arrastre de la prohibición, cuando se trate de actos que sean el desenvolvimiento de asientos anteriores a la prohibición de disponer, como ocurre en el presente caso, en el que el decreto de adjudicación trae causa de una anotación preventiva de embargo anterior a la prohibición de disponer.

Resolución de 5-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Roquetas de Mar, número 3

INMATRICULACIÓN ARTÍCULO 205: REQUISITOS.

Debe decidirse en este expediente si se puede practicar la inmatriculación de una finca mediante una escritura de aportación a una sociedad cooperativa, cuando el título previo de adquisición previo es una escritura de aportación a la sociedad de gananciales en la que no se menciona de forma expresa causa alguna. Además, la descripción de la finca en ambos títulos notariales no coincide con la que resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica que se aporta.

Como acertadamente señala el registrador en su nota de calificación, a los efectos de la inmatriculación por título público conforme a dicho precepto, el registrador ha de calificar no solo el título público traslativo e inmatriculador, sino también el título público previo de adquisición. Y a tal efecto, cabe recordar aquí que es doctrina reiterada de este Centro Directivo (resoluciones en «Vistos») que para que la aportación a la sociedad de gananciales constituya un título y modo de transmitir el dominio, no basta la mera manifestación de los cónyuges al respecto sino que es necesario reflejar la causa.

Entre los requisitos exigidos por el nuevo artículo 205 de la LH, está el de que «exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del registrador y, en todo caso, en la descripción contenida en el título inmatricu-

lador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto». Lo que sí ha de tenerse en cuenta, a la hora de interpretar el grado de identidad que se exige legalmente, es que, como se señaló en la resolución de 4 de agosto de 2014, según criterio que sigue siendo aplicable tras la Ley 13/2015, tal identidad ha de referirse a la ubicación y delimitación geográfica perimetral de la finca, pero no necesariamente a los elementos físicos, tales como las edificaciones, ubicados en el interior de ella, ni tampoco a la identidad del titular catastral, pues «desde la Ley 13/1996, se ha decidido claramente evitar que surjan nuevas fincas registrales por inmatriculación que no sean coincidentes *ab initio*, en su ubicación y delimitación geográfica, con uno a varios inmuebles catastrales concretos».

En el presente caso, el registrador, en su nota de calificación, transcrita más arriba, expresa con todo detalle los motivos por los que tiene indicios fundados —incluso certeza— de que la finca que se pretende inmatricular coincide con otra previamente inmatriculada. Este Centro Directivo, en su resolución de 17 de noviembre de 2015, ya consideró que «cuando la disposición derogatoria única de la Ley 13/2015, de 24 de junio, dispone que “quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley”, ha de interpretarse que deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del Título VI del RH, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior Título VI de la LH, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios que, ahora, por ello, han de entenderse íntegramente derogados a partir del 1 de noviembre de 2015». Por ello, ante la negativa del Registrador a practicar la inmatriculación pretendida por cualquier de las vías reguladas en el nuevo Título VI de la LH, el legitimado para ello podrá, bien recurrir judicialmente contra la calificación registral ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal conforme al artículo 324 de la LH —si lo que pretende es la revisión judicial de la calificación registral—; o bien hacer uso de lo dispuesto en el nuevo artículo 198, que, tras enunciar los diferentes procedimientos —y entre ellos, el de inmatriculación— para lograr la concordancia entre el Registro de la propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral, señala que «la desestimación de la pretensión del promotor en cualquiera de los expedientes regulados en este Título no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquel». Pero lo que ya no cabe, en modo alguno, es la aplicación de lo dispuesto en los artículos 300 y 306 del RH.

Resolución de 5-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Málaga, número 8

SEGREGACIÓN: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA.

Este Centro Directivo ha venido señalando el problema de derecho intertemporal planteado por la presentación en el Registro en la actualidad, de una segregación realizada durante la vigencia de la regulación anterior, como sucede en el supuesto de hecho de este recurso, entendiéndose que debe resolverse en el sentido de que la segregación es un acto jurídico cuya inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura

o la sentencia en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior —*cfr.* disposiciones transitorias tercera y cuarta del Código Civil—. Ahora bien, la exigencia de tales requisitos deberá conciliarse con los efectos jurídicos de los actos de segregación o división conforme a la legislación vigente a la fecha en que se produzcan, ya que el hecho de que tales efectos no se hayan consumado o agotado es presupuesto, conforme se ha dicho anteriormente, para la aplicación excepcional de la retroactividad.

Esta Dirección General en su resolución de 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el Registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento. La posible aplicación analógica a los actos de parcelación, del régimen registral de acceso de edificaciones fuera de ordenación o asimilado —actual art. 28.4 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre— debe hacerse conforme a la propia naturaleza de los actos jurídicos de división o segregación de fincas. En particular, debe atenderse al carácter puramente fáctico o de hecho que presenta la terminación de la obra, elemento decisivo para computar los correspondientes plazos de prescripción, aunque la misma se declare de forma fehaciente y con plenos efectos jurídicos en un momento posterior; respecto a la naturaleza eminentemente jurídica que tienen los actos de división o segregación, presupuesto para la actuación de parcelación, cuya fecha fehaciente se ha de referir a la de escritura pública de su otorgamiento. Se comprende así la exigencia para inscribir cualquier acto de división o segregación de fincas o, en términos urbanísticos, un acto de parcelación —*cfr.* art. 26 de la Ley de Suelo—, del correspondiente título administrativo habilitante previsto en la norma autonómica de aplicación, sea licencia, declaración de innecesariedad, declaración de improcedencia de la adopción de medidas de protección de legalidad urbanística o cualquier otro que dicha normativa regule.

Resolución de 5-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Madrid, número 44

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: ÁMBITO.

Como ha quedado señalado, la doctrina de este Centro Directivo, aunque algo vacilante se ha consolidado en los últimos años, señalando que el convenio regulador de carácter privado, objeto de aprobación judicial, solo puede suponer un título inscribible, en materia de liquidación del régimen económico matrimonial, en aquellos negocios que puedan tener carácter familiar, como pudiera ser la liquidación del patrimonio ganancial, así como —en los supuestos del régimen de separación de bienes— la adjudicación de la vivienda habitual y otros bienes accesorios a ella, destinados a la convivencia y uso ordinario de la familia, y en general para la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges derivadas de la vida en común. Fuera de estos casos, todo acto o negocio debe recogerse en el instrumento típico para ello, la escritura pública, y su inclusión en el convenio regulador aprobado por el juez no le concede categoría de documento judicial, quedándose en la consideración de un mero contrato privado.

Resolución de 6-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Madrid, número 8

DESHEREDACIÓN: EFECTOS.

El problema de fondo radica en dilucidar si, desheredados los hijos del testador, y conservando sus descendientes ulteriores su derecho a la legítima (*cf.* art. 857 del Código Civil), basta con afirmar el desconocimiento de si existen tales descendientes ulteriores o es preciso algún tipo de acreditación de este extremo. Hay que partir del principio general de que, dada la dificultad, o incluso a veces la imposibilidad de probar los hechos negativos, a efectos registrales no puede exigirse una prueba de tal naturaleza. Incluso esta doctrina de la innecesariedad de probar tales hechos negativos ha sido mantenida por esta Dirección General en el supuesto de premoriencia de un heredero legitimario al señalar que no es preciso justificar que haya dejado descendientes que ostenten derecho a la legítima (resolución de 3 de marzo de 1912). La cuestión ha sido suficientemente esclarecida desde hace tiempo por este Centro Directivo en las resoluciones citadas en los Vistos y cuya doctrina debe ahora reiterarse una vez más. En efecto, es doctrina con más de un siglo de antigüedad (en concreto a partir de la resolución de 2 de diciembre de 1897), que ni el Código Civil, ni la legislación especial, ni la LH exigen que la persona o personas instituidas nominativamente como herederos o nombrados legatarios en un testamento acrediten, para adquirir los derechos inherentes a esa cualidad, que el testador no dejó a su fallecimiento otros herederos forzosos si el instituido o los instituidos reunían ese carácter; o que no dejó ningún heredero forzoso si el nombrado era una persona extraña, por cuya razón no han establecido procedimientos destinados a obtener la justificación de semejante circunstancia negativa. Si inicialmente esa doctrina se aplicaba a supuestos en los que junto a la designación nominal de unos herederos existía otra hecha cautelarmente por circunstancias —la institución, junto con unos hijos específicamente designados, de los demás que en el futuro pudiera tener el testador— pasó igualmente (resolución de 26 de junio de 1901) a aplicarse al supuesto de designación hecha simplemente por circunstancias —la institución hecha a favor de los hijos de determinada persona—, pero partiendo de la base de que los que concurrían como tales a la partición acreditaban estar incluidos en el llamamiento.

Resolución de 6-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Arganda del Rey, número 1

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

En lo relativo a la extensión de la función calificadora y de la extensión objetiva del recurso, debe reiterarse que el registrador de la propiedad no podrá enjuiciar en el ejercicio de tal función asientos ya practicados, al quedar bajo el amparo de los tribunales (art. 1, párrafo tercero, de la LH) no pudiendo, por tanto, tampoco extenderse a los mismos el recurso.

Como se ha dicho anteriormente por este Centro Directivo (*cf.* resoluciones de 13 de julio, y 13 de octubre de 2009), conviene para mayor claridad distinguir los conceptos de inexactitud registral y error. Existe inexactitud cuando concurre

cualquier discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral (*cf.* art. 39 de la LH), y existe error cuando, al trasladar al Registro cualquier dato que se encuentre en el título inscribible o en los documentos complementarios se incurre en una discordancia. A su vez, los errores pueden ser materiales y de concepto: son materiales cuando se ponen unas palabras por otras pero no se altera el verdadero sentido de una inscripción ni de sus componentes básicos. En caso contrario el error es de concepto. En el presente supuesto, si existe una inexactitud, podría rectificarse mediante la aportación del documento público del que resulte la misma; y si se estima que hay un error lo procedente será aportar el título que causó la inscripción u otro título rectificatorio, sin que en ningún caso baste la mera instancia ni manifestaciones de los interesados.

Resolución de 9-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Medina Sidonia

INMATRICULACIÓN ARTÍCULO 205: REQUISITOS.

En cuanto al primero de los defectos señalados —falta de coincidencia de la descripción de la finca en los títulos con la de la certificación catastral—, ha de tenerse en cuenta que entre los requisitos exigidos por el nuevo artículo 205 de la LH, está el de que «exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del registrador y, en todo caso, en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto». Por tanto, si se pretende inmatricular, conforme al artículo 205 de la LH, una delimitación perimetral de suelo distinta de la que resulte de la certificación catastral descriptiva y gráfica que se aporte, lo procedente será promover y obtener previamente, conforme a los cauces previstos en la legislación catastral, la correspondiente alteración catastral previa que desemboque en una nueva certificación catastral descriptiva y gráfica que ya sí cumpla, en cuanto a la ubicación, delimitación y superficie, el requisito de identidad con la descripción contenida en el título inmatriculador, tal y como exige el artículo 205 de la LH.

En cuanto al segundo de los defectos señalados por la registradora, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que los requisitos exigidos para la inscripción de las 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 (obras nuevas «antiguas») son aplicables a los supuestos de inmatriculación de edificaciones.

Resolución de 9-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Alicante, número 3

HERENCIA: APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO.

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). Debe tenerse en cuenta que el régimen de la prueba del Derecho extranjero por órganos jurisdiccionales queda regulado en el artículo 33 de dicha Ley, que no modifica ni afecta las reglas específicas sobre aplicación extrajudicial, en particular al artículo 36 del RH. 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. En base a este planteamiento sigue siendo aplicable la reiterada doctrina de este Centro Directivo sobre la prueba del Derecho extranjero. En este sentido (*vid.*, las resoluciones de 15 de julio de 2011, 2 de marzo, y 14 de noviembre de 2012, y 20 de julio de 2015), la calificación sobre la aplicación del Derecho extranjero queda sometida necesariamente a su acreditación ante el registrador ya que, al igual que en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (*cf.* art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), también lo ha de ser en el notarial y registral (*vid.*, entre otras, las resoluciones de 17 de enero de 1955, 14 de julio de 1965, 27 de abril de 1999, 1 de marzo de 2005 y 20 de enero de 2011).

En el caso de este expediente la herencia es anterior al 17 de agosto de 2015, fecha de aplicación del Reglamento (UE) número 650/2012. 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 francesa. El Registrador cuestionó inicialmente la acreditación de la norma extranjera aplicable. Es doctrina de esta Dirección General 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. Ahora bien, el citado precepto no contiene un *numerus clausus* de medios de prueba. Resulta excesiva la exigencia de una traducción jurada del certificado de vigencia de ley extranjera ya que el Notario asume expresamente la responsabilidad de conocer suficientemente la legislación francesa en este punto, declarando que, conforme a la meritada legislación, las cláusulas de los testamentos de los causantes son suficientes para permitir la partición (cláusulas por otra parte recogidas en testamentos otorgados ante notario español y en lengua española) y prevalecerá dicha aseveración salvo que el registrador disienta de la misma y lo motive expresamente por conocer también, bajo su responsabilidad, suficientemente la legislación extranjera aplicable, cuestión esta que no se ha planteado.

Resolución de 11-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Madrid, número 45

BIENES GANANCIALES: DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO.

La disolución y extinción de la comunidad termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero, o comuneros, a quien o quienes, se adjudica el bien entero, o cada una de las porciones materiales que resulten de su división. La extinción o disolución de la comunidad ordinaria en nuestro Derecho puede tener lugar, bien por la división de la cosa común, bien por la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no), en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales por cualquier título de adquisición, incluyendo la renuncia de un comunero, y también por su adjudicación a uno que compensa el derecho de los demás. La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado que declara comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. Esta última idea expresa lo que se conoce como el llamado principio de subrogación real, enunciado con carácter general en los artículos 1346.3 y 1347.3 del Código Civil («Son bienes gananciales... Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común»).

Este Centro Directivo ha señalado la posibilidad de la aplicación analógica de la regla 4.^a del artículo 1346 del Código Civil (que atribuye carácter privativo a los bienes y derechos adquiridos en ejercicio de un derecho de retracto privativo, aunque la adquisición se haya realizado con fondos comunes), criterio que «cabría extender, por concurrir la misma *«ratio iuris»*, a los casos en que los comuneros convienen que se adjudique la cosa a uno de ellos indemnizando a los demás (solución que esta Dirección General ha aplicado a los supuestos de partición de herencia con exceso de adjudicación: *Vid.*, resolución de 14 de abril de 2005), por entender, con una parte cualificada de nuestra doctrina, que tales adquisiciones son desenvolvimientos naturales del derecho de cuota (*cf.* art. 1523 del Código Civil), y que coordina con la tesis sostenida por el TS en su sentencia de 28 de mayo de 1986 sobre la naturaleza de la comunidad ordinaria (en el sentido de que cada comunero tiene la propiedad total sobre la cosa, limitada por el concurso de las otras propiedades totales de los demás)».

Junto a lo anterior se ha de recordar que la regulación del régimen económico-matrimonial que contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad. En ese marco de libertad es en el que se enmarcan el pacto de atribución de ganancialidad recogido en el artículo 1355 del Código Civil y el negocio de aportación de bienes del patrimonio privativo de cualquiera de los cónyuges al patrimonio común ganancial. Así, afirma la resolución de 29 de marzo de 2010 que «(...) en el caso específico del pacto de atribución de ganancialidad previsto en el artículo 1355 del Código Civil, en puridad, no se produce un desplazamiento directo de bienes concretos entre masas patrimoniales diferentes, dado que aquellos son adquiridos directamente como bienes gananciales, por lo que a tal pacto, en rigor, no le son de aplicación las reglas propias de la transmisión de derechos, sin perjuicio de que el desequilibrio patrimonial que se derive del empleo de bienes o dinero privativo para costear la adquisición genere a favor del patrimonio privativo del que estos procedan un derecho de reembolso para el reintegro de su valor actualizado en el momento de su liquidación, conforme a lo previsto en el artículo

1358 del Código Civil, salvo que la atribución de ganancialidad se efectúe en compensación a otra atribución equivalente procedente del patrimonio privativo del otro cónyuge, como fórmula de pago de un crédito ganancial, por pura liberalidad o por cualquier otra causa lícita distinta de las anteriores (...). Por su parte, con respecto a la aportación a la sociedad de gananciales, se ha afirmado igualmente por este Centro Directivo que los amplios términos del artículo 1323 del Código Civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquellos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto —entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada con sus propios elementos y características—, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (arts. 609, 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil, siendo preciso que los elementos constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial, y especialmente su causa que no puede presumirse a efectos registrales (*vid.*, arts. 1261.3º y 1274 y sigs. del Código Civil), han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible.

Resolución de 11-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 10

HERENCIA: APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO.

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). Debe tenerse en cuenta que el régimen de la prueba del Derecho extranjero por órganos jurisdiccionales queda regulado en el artículo 33 de dicha Ley, que no modifica ni afecta las reglas específicas sobre aplicación extrajudicial, en particular al artículo 36 del RH. 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. En base a este planteamiento sigue siendo aplicable la reiterada doctrina de este Centro Directivo sobre la prueba del Derecho extranjero. En este sentido (*vid.*, las resoluciones de 15 de julio de 2011, 2 de marzo, 14 de noviembre de 2012, y 20 de julio de 2015), la calificación sobre la aplicación del Derecho extranjero queda sometida necesariamente a su acreditación ante el registrador ya que, al igual que en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (*cf.* art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), también lo ha de ser en el notarial y registral (*vid.*, entre otras, las resoluciones de 17 de enero de 1955, 14 de julio de 1965, 27 de abril de 1999, 1 de marzo de 2005, y 20 de enero de 2011).

En este caso, a la sucesión del fallecido, nacional kuwaití y residente en Kuwait, se le aplicaría su ley nacional en atención a la fecha de fallecimiento, pero no variaría la solución adoptada tras la entrada en aplicación del Reglamento (UE) número 650/2012, en cuanto los elementos de la sucesión conducen, en conjunto, asimismo al ordenamiento de Kuwait. Por lo tanto, hay dos elementos a valorar. Uno de carácter formal, se fundamenta en los artículos 76 y 78 del RH, y se refiere al título sucesorio —testamento español, más documento kuwaití— que exige que en la inscripción se haga constar la fecha de defunción, el contenido del Registro de últimas voluntades. Otro, el derecho material. En este, al regirse la sucesión por la ley nacional del causante no es posible extrapolar las instituciones sucesorias españolas tales como la preterición o el efecto de la premoriencia. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, que el certificado de «limitación de herederos» en el que se confirma la fecha de fallecimiento del causante y se especifican individualmente quiénes son los herederos, se encuentra expedido por el Ministerio de Justicia de Kuwait, departamento de certificaciones y legalizaciones, firmado por el juez del Departamento, juez don Abdullah ABDULAZIZ ALDUAJI, con las correspondiente legalizaciones diplomáticas. Junto al certificado de «limitación de herederos» se acompaña un certificado de «partición de herencia», en el que expresamente se refiere al indicado certificado de «limitación de herederos», se determinan las cuotas hereditarias correspondientes a la viuda, hijos y nietos del causante, certificado firmado por notario don Nazer ALAZEMI, jefe de la Sección de Herencias, con los correspondientes sellos de legalización diplomática.

Resolución de 12-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la Propiedad de San Clemente

CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. INMATRICULACIÓN ARTÍCULO 205: REQUISITOS.

Ciertamente, la calificación registral ha de ser unitaria y global (art. 258.5 de la LH), por lo que el registrador de la propiedad debe extremar su celo para evitar que una sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y a la misma presentación, genere una inseguridad jurídica en el rogante de su ministerio incompatible con la finalidad y eficacia del Registro de la propiedad. Pero, por una parte, también tiene declarado este Centro Directivo que las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad. Como ha reiterado esta Dirección General, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Por último, este Centro Directivo ha dicho en reiteradas ocasiones que la calificación debe estar suficientemente motivada.

El registrador, además de otro defecto que no es objeto del presente recurso, suspende la inscripción porque para la inmatriculación de la porción de suelo que no lo estaba previamente es necesario un título traslativo, sin que a su juicio pueda estimarse como tal la disolución de comunidad y adjudicación derivada de la construcción del edificio en régimen de «comunidad valenciana». Este Centro Directivo ha determinado en resolución de 18 de abril de 1988 que es inscribible

la modificación de la comunidad ordinaria sobre un solar para hacer constar que cada comunero construye su propio elemento privativo y que se fijen «*ab initio*» las cuotas sobre los elementos comunes y los demás particulares del régimen de la propiedad horizontal. También ha reiterado este Centro Directivo (resoluciones en «Vistos») que la extinción de comunidad ordinaria es un título traslativo a los efectos de la inmatriculación, salvo en aquellos casos en los que el mismo había sido habilitado «*ad hoc*» con una instrumentalización del título a los efectos de la intabulación. De este análisis sobre la «comunidad valenciana» se puede concluir en que se produce una efectiva adquisición porque existe una auténtica mutación jurídico real. Así ocurre con la constitución de la propiedad horizontal en general precedida de una comunidad ordinaria o de una «comunidad valenciana», y el título constitutivo se acompaña de una efectiva adjudicación. En la «comunidad valenciana» lo que ocurre es que tal título y adjudicación tienen lugar «*ab initio*». Por tanto, la adquisición se provoca cuando se inicia la construcción aunque se documente e inscriba ahora. Ciertamente el artículo 205 de la LH exige «título traslativo» y es verdad que la forma más simple de acreditar una adquisición es la de la «traslación del derecho real de un titular a otro», esto es la del cambio del sujeto. Pero también ha de serlo la del cambio de objeto cuando es extintiva del derecho anterior porque recae sobre objeto distinto.

Resolución de 12-5-2016
(BOE 6-6-2016)
Registro de la Propiedad de Manilva

INMATRICULACIÓN ARTÍCULO 205: REQUISITOS.

Cuando el registrador ha de calificar si existe identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos, la ley, al utilizar la expresión «a su juicio» es claro que le está otorgando cierto margen de apreciación, o lo que es lo mismo, cierta flexibilidad en la apreciación de la identidad. Por tanto, la fundamentación de una calificación negativa de tal identidad no puede limitarse a la simple constatación de que exista alguna diferencia de superficie o de algún otro dato descriptivo de la finca entre ambos títulos, sino que habrá de expresar, y de modo motivado como toda calificación, que a juicio del registrador no existe la identidad exigida por la ley, o que al menos, tiene dudas fundadas sobre ella.

El segundo requisito de identidad descriptiva exigido por el artículo 205 de la LH se refiere al que ha de existir «en todo caso, en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto». Aquí el legislador, al emplear la expresión «en todo caso» en lugar de la de «a su juicio», ya no otorga al registrador el mismo margen de apreciación, ni la misma flexibilidad en la apreciación de la identidad que en el otro caso analizado. Lo que verdaderamente se plantea y discute en el presente caso es si tal identidad ha de referirse a la delimitación geográfica del inmueble catastral que existía al tiempo de la certificación incorporada al título inmatriculador, o a la que exista al tiempo de solicitarse la inmatriculación, es decir, al practicarse el asiento de presentación registral con tal finalidad. En primer lugar, ha de señalarse que la actuación de la registradora al solicitar y obtener por sí misma nueva certificación catastral actualizada es plenamente correcta, pues, con independencia de que haya pasado o no el año de vigencia de la certificación catastral a que se refiere el artículo 84.2 del texto refundido de la Ley de Catastro

Inmobiliario, lo cierto es que el apartado 8º de la resolución conjunta entre este Centro Directivo y la Dirección General del Catastro, de fecha 26 de octubre de 2015, establece que «para inscribir la representación geográfica de la finca aportada por los interesados y calificar su correspondencia gráfica con la parcela catastral de acuerdo con los criterios establecidos en la LH, el registrador deberá tener en cuenta la descripción catastral vigente en el momento de la inscripción, a cuyo fin podrá consultar en la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro la información catastral disponible sobre las fincas afectadas y obtener la certificación catastral descriptiva y gráfica actualizada de las mismas, sin que la apreciación de la falta de correspondencia pueda basarse exclusivamente en diferencias en la identidad de los titulares catastrales y registrales de las fincas colindantes». En consecuencia, este segundo defecto ha de ser confirmado, siendo necesario para proceder a la inmatriculación la subsanación de dicho defecto bien mediante la rectificación del título inmatriculador o bien mediante la rectificación del Catastro. Distinta hubiera sido la conclusión si la modificación catastral sobrevenida se hubiera limitado, por ejemplo, a la rectificación de alguno de los datos alfanuméricos que constan en la certificación catastral pero con mantenimiento pleno de la geometría georreferenciada del inmueble, como viene ocurriendo cuando el Catastro, por razones de congruencia, sustituye la cifra de la superficie que antes se expresada en la parte alfanumérica de la certificación, por la que resulta geométricamente de la parte gráfica.

Resolución de 12-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Arrecife

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: APLICACIÓN PONDERADA DEL 671 DE LA LEC.

La cuestión objeto de este expediente es determinar si es inscribible un testimonio de decreto de adjudicación y de mandamiento de cancelación de cargas dictados en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que, tras quedar desierta la subasta, se adjudica la casa hipotecada al acreedor por el 60% del valor de tasación de la finca. La finca subastada es la vivienda habitual del deudor.

Sentado pues que puede y debe calificar el registrador si el efectivo importe de adjudicación de la finca en el procedimiento se acomoda al previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede ahora evaluar si en el presente caso, y puesto que la subasta quedó desierta por falta de licitadores y se trata de vivienda habitual, la adjudicación debió realizarse por el 60% del valor de tasación, como sostiene el recurrente, o por la cantidad que se ha liquidado como debida al ejecutante por todos los conceptos, que en el presente caso es inferior al 70% pero superior al 60% del valor de subasta. En concreto, dicha cantidad debida equivale al 68,53% del valor de subasta de la finca. En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código Civil que señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado, cuando,

como es el caso del presente expediente, por el hecho de que la deuda sea ligeramente inferior al 70% del valor de subasta, se permita al acreedor adjudicarse la finca por el 60% y seguir existiendo un saldo a su favor, o deuda pendiente a cargo del ejecutado que se ve privado de su vivienda habitual, siendo así que si la deuda fuera del 70% la adjudicación se realizaría por dicho importe, quedando pagada la deuda, mientras que si el saldo de la deuda fuera algo inferior al 70% del valor por el que hubiera salido a subasta, la adjudicación se produciría por el 60%. Por ello, debe también atenderse al espíritu y finalidad de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que fue la de aumentar la protección a los ejecutados en el caso de ejecución de su vivienda habitual, así como a los criterios de interpretación sistemática y contextual, comparando la redacción de los artículos 670 y 671 citados, y concluyendo que la redacción literal del artículo 671 ha de ser interpretada en el mismo sentido que la del artículo 670, es decir, que el ejecutante tiene derecho a pedir la adjudicación del inmueble por el 70% del valor de subasta, o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le debe por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento de su valor de subasta.

En base a todo lo expuesto, y a los concretos efectos que la ley confiere a las resoluciones de este Centro Directivo, se estima que la interpretación ponderada y razonable del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para evitar un resultado literal contrario al espíritu y finalidad de la ley, habrá de ser la de que «si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le deba al ejecutante por todos los conceptos, con el límite mínimo del 60 por cien del valor de subasta».

Resolución de 12-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Inca, número 2

SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

La cuestión a que se refiere este expediente ha sido objeto de un dilatado tratamiento por parte de esta Dirección General. Dictada la sentencia en rebeldía procesal de los demandados, tal y como consta en la propia resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone: «Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que, dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros públicos». Es decir, aun cuando conste acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (*cf.* resoluciones citadas en el «Vistos») según la cual, cuando una sentencia se hubiere dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. No cabe pues la inscripción, como alega la recurrente, ni siquiera haciendo constar la posibilidad de rescisión. En los tres supuestos a los que se hace referencia en el artículo 501, el de fuerza mayor ininterrumpida y en los dos de desconocimiento de la demanda y del pleito, el emplazamiento o citación ha sido practicado correctamente, en el primer caso con éxito

y en los otros dos sin él. Como resulta claramente del primer número del citado artículo 501.1, la existencia de fuerza mayor determinante de la incomparecencia, y en consecuencia de la declaración de rebeldía, es compatible con el hecho de haberse efectuado la notificación de la demanda personalmente.

La situación de rebeldía procesal es compatible con el hecho de haberse practicado personalmente la notificación de la demanda, deberá entenderse igualmente compatible su mantenimiento en el caso de que la notificación de la sentencia sea también personal, ya que el artículo 502 requiriere únicamente que tal situación se prolongue hasta el momento de dictarse la sentencia y que esta alcance firmeza, para que el rebelde tenga derecho a ejercitar la acción de rescisión. En segundo lugar por la dicción literal del artículo 502, apartado 2. Este apartado contempla la prolongación de los anteriores plazos, tanto el plazo de veinte días, en caso de notificación personal, como el de cuatro meses en caso de notificación edictal, aunque dicho apartado 2 del artículo 502 es equívoco en su redacción, la referencia al «apartado anterior», no parece que pueda interpretarse reduciendo la posibilidad de prolongación al número 2 del apartado 1 del repetido artículo sino a tal apartado en su totalidad y así se pronuncia la generalidad de la doctrina. Ciertamente la jurisprudencia ha marcado la necesidad de interpretación restringida de la posibilidad de rescisión por su naturaleza de extraordinaria y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza (SSTS de 2 y 3 de febrero de 1999), ya que en caso contrario el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución Española quedaría totalmente enervado (sentencia de 12 de mayo, y 30 de octubre de 1999), pero no corresponde al registrador su valoración, ni la posibilidad de prolongación del plazo de ejercicio de la acción por la existencia de fuerza mayor, ni, como se ha dicho, puede presumirse su inexistencia del hecho de haberse notificado personalmente la sentencia.

Resolución de 13-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Getafe, número 1

TUTELA: ACTUACIÓN DEL CÓNYUGE TUTOR DE SU CONSORTE.

Frente a la regla de la coadministración o administración compartida del patrimonio ganancial (art. 1375 del Código Civil), las facultades de administración y disposición de los bienes gananciales se transfieren por ministerio de la ley al cónyuge designado tutor del consorte incapaz (art. 1387 del Código Civil). Ese cónyuge administrador tiene plenas facultades pero, en todo caso, para realizar actos de disposición sobre determinados bienes, incluidos los inmuebles, necesita autorización judicial conforme al artículo 1389 del Código Civil. En cuanto a los bienes propios del cónyuge incapacitado, el consorte tutor está sometido a las limitaciones propias de la tutela (arts. 271 y 272 del Código Civil), entre las que figura la exigencia de autorización judicial para enajenar o gravar bienes inmuebles (art. 271.2º); y, en cuanto a los bienes gananciales, las limitaciones aplicables son las establecidas para el cónyuge administrador, entre las cuales, como se ha señalado, se incluye la exigencia de autorización judicial (*cfr.* art. 1389 del Código Civil). La norma es de aplicación tanto en caso de que el cónyuge tenga la administración del patrimonio ganancial por resolución judicial.

Según la jurisprudencia del TS y la doctrina de esta Dirección General (*vid.*, sentencias y resoluciones citadas en «Vistos»), la sociedad de gananciales es una comunidad germánica o en mano común («*Gemeinschaft zur gessamten Hand*»), en la que el derecho que ostentan los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división material mientras dura la comunidad. Por ello, es plenamente ajustada a Derecho la calificación del registrador en la medida en que, ni siquiera con autorización judicial, es admisible la venta de un 50% de una finca que tenga carácter ganancial. En el caso al que se refiere este expediente, la tutora solicita autorización para enajenar bienes gananciales y el juez concede autorización para enajenar la totalidad de cada una de las fincas y no la inexistente cuota sobre el bien ganancial pretendidamente perteneciente al esposo incapaz. El hecho de que el auto relativo a la celebración de la subasta y consiguiente adjudicación se refiera únicamente a la mitad de cada una de tales fincas no puede llevar a la conclusión de su acceso al Registro. La autonomía de la voluntad en el otorgamiento de la escritura pública de compraventa posterior no puede enervar el requisito legal de la autorización o aprobación judicial respecto de la enajenación de la totalidad de uno o varios bienes gananciales.

Resolución de 13-5-2016

(BOE 6-6-2016)

Registro de la propiedad de Cunit

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DE ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Esta Dirección General en su reciente resolución de 15 de febrero de 2016, ya tuvo ocasión de afirmar que: «...no hay duda, y así se afirmó en las resoluciones de 20 de marzo, y 28 de mayo de 2014, que tras la redacción dada al artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal por la Ley 8/2013, de 26 de junio, la realización de algún acto de división, segregación o agregación, con la finalidad recogida en dicho precepto, respecto de pisos, locales o anejos que formen parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal requiere la previa autorización administrativa como acto de intervención preventiva que asegure su adecuación a la norma de planeamiento. Sin embargo este requerimiento no es pleno, ya que se condiciona en el inciso final del párrafo primero de la letra b) antes transcrito a que «concurran los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo» (actualmente, artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo), precepto con el que está estrechamente relacionado, operando ambos de forma complementaria...». En el presente expediente, no obstante, concurre un dato añadido, y es que no solo se declara la división un elemento de propiedad horizontal con incremento de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, sino que además se declara el cambio de uso, de local comercial a vivienda, lo que supone un dato cualificado por su relevancia desde el punto de vista de los parámetros urbanísticos. Por ello la normativa sustantiva de aplicación, el artículo 187 bis del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, en su redacción actual, solo requiere una comunicación previa en los cambios de uso de edificios e instalaciones, o incluso para «la formalización de operaciones jurídicas que, sin constituir o modificar un régimen de propiedad horizontal, simple o compleja, significan un incremento del número de viviendas, establecimientos u otros elementos suscep-

tibles de aprovechamiento privativo independiente respecto a los autorizados en una licencia urbanística anterior», pero exceptuando según el artículo 187.1.e), el cambio a uso residencial, que exige como título administrativo habilitante, la licencia urbanística.

Este Centro Directivo, a partir de su resolución de 17 de octubre de 2014 ha admitido la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento. Resulta claro entonces, a tenor del contenido de la resolución administrativa incorporada a la escritura, la procedencia de aplicar el régimen registral del artículo 28.4 de la Ley estatal de suelo, a los actos contenidos en la escritura calificada, esto es, cambio de uso de local y división en dos viviendas de una finca registral, debiendo procederse a la inscripción con constancia de la situación urbanística declarada en la resolución administrativa, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 28.4.b) 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, al establecer que «los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción, en la nota de despacho, y en la publicidad formal que expidan, la práctica de dicha notificación».

Resolución de 17-5-2016

(BOE 9-6-2016)

Registro de la propiedad de Villacarriedo

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE. EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SIN INDEFENSIÓN DEBE SER OBJETO DE CALIFICACIÓN POR EL PROPIO REGISTRADOR A LA HORA DE PRACTICAR O NO LOS CORRESPONDIENTES ASIENTOS REGISTRALES.

En este sentido se ha manifestado en reiteradas ocasiones esta Dirección General al entender que «la aplicación de esta doctrina en el ámbito de la herencia yacente, es cierto que este Centro Directivo había exigido, para poder considerar cumplimentado el tracto sucesivo (*cf.* arts. 20 de la LH, y 166.1 del RH, por analogía), el nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente en procedimientos judiciales seguidos contra herederos indeterminados del titular registral. Y se había justificado esta exigencia precisamente en que el registrador debe señalar como defecto que impide la inscripción la falta de intervención en el procedimiento del titular registral, ya que lo contrario le originaría indefensión, con vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (*cf.* art. 24 de la Constitución). Con posterioridad se ha aclarado, para adecuar esa doctrina a los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia (véanse, por todas, las resoluciones de 27 de julio de 2010, y 10 de enero de 2011, citadas en los «Vistos»), que la exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento, y por ende no se haya dirigido contra él la demanda, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indetermi-

nados es puramente genérico, y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

En el presente supuesto el único llamado a la herencia conocido, don E. R. R., como heredero universal renuncia a la misma, según resulta del propio mandamiento. Siguiendo tal doctrina constitucional, cabe concluir que la actuación judicial ha sido suficientemente garantista para entender cumplidos los requisitos hipotecarios en la traba del embargo, al haber identificado al llamado a la herencia, así como haber entendido con el mismo el procedimiento, pese a su posterior declaración unilateral en relación al llamamiento hereditario.

Resolución de 17-5-2016

(BOE 9-6-2016)

Registro de la propiedad de Vélez-Málaga, número 3

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: TRACTO ABREVIADO EN LA TRANSMISIÓN DE ACTIVOS EN OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN BANCARIA.

Como ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General en su resolución de 9 de octubre de 2014, tales modificaciones estructurales de las sociedades, «a través de las operaciones de fusión, escisión total o parcial o cesión global de activos, producen, en sus respectivos ámbitos, una sucesión universal en un patrimonio, o en partes de patrimonio, de una sociedad por otra (cfr. arts. 22, 68, 69 y 81 de la Ley 3/2009, de 2 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). En todos estos supuestos la eficacia de la transformación respectiva se produce con la inscripción en el Registro mercantil (cfr. arts. 47, 73 y 89.2 de la reseñada Ley 3/2009), y con ello el efecto legal de la transmisión en bloque de todos los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades absorbidas, extinguidas, y también de las segregadas a favor de las sociedades beneficiarias. En este sentido no hay duda del carácter constitutivo de la inscripción de tales operaciones en el Registro mercantil, tal y como ha declarado la STS (Sala Tercera) de 21 de mayo de 2012, con cita de otras anteriores: (...) Por tanto, la inscripción (en este caso en su modalidad de cesión global de activos) en el Registro mercantil provoca «*ope legis*» el efecto del traspaso en bloque y por sucesión universal del patrimonio de la sociedad cedente a favor de la sociedad cesionaria (cfr. art. 89, núm. 2, de la citada Ley 3/2009). En su traslación al Registro de la propiedad de estos negocios, resulta aplicable el artículo 16 de la LH, conforme al cual «los dueños de bienes inmuebles o derechos reales por testamento u otro título universal o singular, que no los señale y describa individualmente, podrán obtener su inscripción, presentando dicho título con el documento, en su caso, que pruebe haberles sido aquel transmitido y justificando con cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en él los bienes que traten de inscribir». Esta norma permite, pues, la inscripción a favor del adquirente de los bienes y derechos, cuando en los títulos respectivos no los señalen y describan individualmente, presentando dicho título con el documento, en su caso, que pruebe haberles sido aquel transmitido y justificando con cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en la transmisión los bienes que se traten de inscribir». Lo relevante es que el nuevo titular traslade al registrador de la propiedad la voluntad de que se practique la inscripción a su favor del concreto bien

o derecho de que se trate; que acredite que se trata de un supuesto de sucesión universal, y que identifique de modo claro el título traslativo, con expresión de todas las circunstancias que para la inscripción se reseñan en los artículos 9 de la LH y 51 del Reglamento, relativas a titulares, derechos y fincas (*cf.* art. 21, párrafo primero, de la LH), incluyendo los datos de su inscripción en el Registro de la Mercantil. El registrador no puede actuar de oficio sin aquella previa postulación, requisito básico con arreglo al artículo 16 expresado, que entronca con la norma general que en materia de inscripciones en el Registro de la propiedad proclama el artículo 6 de la misma LH, del que deriva el principio general de rogación en la práctica de tales inscripciones.

Habida cuenta: del carácter constitutivo que tiene la inscripción en el Registro mercantil de las operaciones de modificación estructural bancaria (en este caso de la segregación del negocio financiero realizada al amparo de los arts. 46, 71 y 73 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles) según lo expuesto anteriormente; que los datos de inscripción tanto en el Registro Mercantil como en el Banco de España constan relacionados en la escritura calificada negativamente; que el Registrador tiene la posibilidad (e incluso obligación según reciente doctrina de esta Dirección General) de comprobar dicha inscripción en el Registro Mercantil a través de la pertinente consulta al FLEI; e incluso, que tal sucesión le consta al registrador en los propios asientos del Registro a su cargo (art. 18 LH), ha de concluirse que, pese a que la sucesión en la titularidad hipotecaria no está debidamente acreditada en la escritura, puede salvarse por el registrador la omisión padecida con los medios de que dispone para calificar, sin que puedan plantearse obstáculos para su reflejo registral.

Resolución de 17-5-2016

(BOE 9-6-2016)

Registro de la propiedad de Roses, número 1

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: TRACTO ABREVIADO EN LA TRANSMISIÓN DE ACTIVOS EN OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN BANCARIA.

Se trata de determinar en el presente expediente cuál sea la caducidad —y cómo ha de computarse— de la nota marginal de afección fiscal practicada en un supuesto contemplado en el artículo 13 de la Ley catalana 31/2002, de 30 de diciembre, para el caso de no cumplir con los requisitos exigidos por la citada ley para consolidar la bonificación de la cuota en el impuesto de transmisiones que provisionalmente se concedió. Para la resolución del presente recurso se ha de partir de lo dispuesto en el artículo 5.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que establece que «siempre que la ley conceda una exención o reducción cuya definitiva efectividad dependa del ulterior cumplimiento por el contribuyente de cualquier requisito por aquella exigido, la oficina liquidadora hará figurar en la nota en que el beneficio fiscal se haga constar el total importe de la liquidación que hubiere debido girarse de no mediar la exención o reducción concedida. Los registradores de la propiedad o mercantiles harán constar por nota marginal la afección de los bienes transmitidos, cualquiera que fuese su titular, al pago del expresado importe, para el caso de no cumplirse en los plazos señalados por la ley que concedió los beneficios, los requisitos en ella exigidos para la definitiva efectividad de los mismos».

Por lo tanto, la cuestión que se plantea es la de determinar si toda nota de afección fiscal debe ser cancelada «en todo caso» transcurridos cinco años desde su fecha, o si, por el contrario, las particulares notas de afección en garantía del cumplimiento futuro de requisitos para consolidar un beneficio fiscal tienen un plazo de caducidad mayor de esos cinco años —o al menos, subsidiariamente, si esos cinco años han de ser computados de otro modo que no sea desde la fecha de la nota de afección misma—. Esta cuestión, aunque no fue la específicamente planteada por el consultante, sí que fue abordada por la Dirección General de Tributos en la resolución de consulta vinculante de fecha 23 de septiembre de 2009, con el número V2126-09, que el recurrente alega en su apoyo. Y aun cuando el efecto de tal vinculación queda ceñido a lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley General Tributaria y, por tanto, no se extiende a lo que haya de apreciar este Centro Directivo al resolver el presente recurso contra la calificación registral, lo cierto es que por esta DGRN sí que se comparten en gran medida los argumentos y conclusiones señalados al respecto por la Dirección General de Tributos. En conclusión —que también se comparte por esta Dirección General—: « (...) el plazo de la nota de afección del artículo 5 del Texto Refundido y 122 del Reglamento del Impuesto, es un plazo de caducidad. No sometido a posibles suspensiones o interrupciones. Su duración es de cinco años desde la fecha de la extensión de la nota marginal».

Resolución de 18-5-2016

(BOE 9-6-2016)

Registro de la propiedad de Sabadell, número 4

EXPEDIENTE DE LIBERACIÓN DE CARGAS Y GRAVÁMENES: NO PERMITE CANCELAR UNA ANOTACIÓN DE EMBARGO VIGENTE.

Debe este Centro Directivo comenzar recordando que los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales y por tanto no pueden ser objeto de nueva calificación por ningún registrador en el ejercicio de sus funciones y tampoco objeto de recurso ante este Centro Directivo (por todas, resoluciones de 14 de octubre de 2014, 25 de septiembre de 2015, y 8 de enero de 2016). Pero es que, además, en el presente caso no cabe duda de que dicha anotación de embargo, como destaca la registradora, está vigente, ya que la anotación inicial se practicó el 26 de abril de 2010, y mediante mandamiento presentado el 15 de abril de 2014 —por tanto, antes de que transcurriera el plazo de cuatro años de vigencia de la misma—, fue prorrogada por anotación de 30 de abril de 2014. Y es claro que un embargo, que en esencia no es propiamente un «derecho» real, ni de goce —como sería, por ejemplo, un servidumbre— ni de configuración jurídica —como sería por ejemplo un derecho de opción, o retracto—, sino una medida administrativa o judicial que afecta de modo especial un determinado bien a la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias que se deriven de un determinado procedimiento. Por tanto, el embargo, no es algo que, en sí mismo sea susceptible de uso o no uso, ni tampoco de prescripción, pues tal medida procedimental subsiste en tanto no sea expresamente revocada por la autoridad administrativa o judicial que la decretó. Por tanto, el procedimiento del artículo 210 de la LH no es el medio hábil para obtener la cancelación de anotaciones de embargo vigentes como la que es objeto del presente recurso.

Resolución de 18-5-2016

(BOE 9-6-2016)

Registro de la propiedad de Vilafranca del Penedés

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NOTA MARGINAL DEL ARTÍCULO 75 DE LA LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA.

El artículo 75 de la Ley sobre hipoteca mobiliaria determina que «si en el Registro apareciere inscrito, a favor del que hipoteca o pignora, el derecho de arrendamiento del local donde radique el establecimiento mercantil o las máquinas hipotecadas o los bienes pignorados, se extenderá, igualmente, nota al margen de la inscripción correspondiente, en la que se hará constar la constitución de la hipoteca mobiliaria o de la prenda. Extendida esta nota surtirá los efectos señalados en el párrafo anterior». En el presente expediente la finca registral, nave industrial, en cuyo folio pretende indicarse mediante nota marginal la existencia de la hipoteca mobiliaria, se encuentra inscrita a favor de un tercero, «Sagipis, S.L.», sin ser parte del negocio jurídico de constitución correspondiente y sin constar inscrito el derecho de arrendamiento sobre la misma con lo que no consta registralmente el carácter de arrendataria de la mercantil hipotecante, «Vilafoods, S.L.U.».

Resolución de 19-5-2016

(BOE 9-6-2016)

Registro de la propiedad de Murcia, número 7

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 575.1.BIS DE LA LEC.

Tiene este expediente por objeto un decreto de adjudicación y un mandamiento de cancelación de cargas derivados de un procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados que, con el número 935/2010, se sigue en el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Murcia. La registradora se ha opuesto a la inscripción y a las cancelaciones pertinentes, además de por otro defecto que no ha sido objeto de recurso, por el hecho de que la tasación de costas realizada en el procedimiento vulnera lo establecido en el artículo 575.1bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (según la redacción que dio a este precepto la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social), en tanto que, tratándose de una ejecución sobre la vivienda habitual de los ejecutados, supera el 5% de la cantidad reclamada en la demanda.

La disposición transitoria primera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece: «Esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales y extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran incoado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiera ejecutado el lanzamiento». Como puso de manifiesto la resolución de 30 de noviembre de 2015, la defensa a los deudores hipotecarios perseguida por el legislador pretendió extenderse al mayor número de procedimientos posibles y de ahí la clara vocación retroactiva que se desprende de esta disposición transitoria. No obstante esta previsión genérica se atempera en el resto de disposiciones y así en la disposición transitoria cuarta se establece «las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil introdu-

cidas por la presente Ley serán de aplicación a los procesos iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar». Del contenido de la documentación presentada no resulta si se ha llevado a cabo la fijación definitiva de las costas de ejecución, por lo que es de aplicación el efecto retroactivo antes señalado. En consecuencia el defecto debe ser confirmado.

Resolución de 19-5-2016

(BOE 9-6-2016)

Registro de la propiedad de Granada, número 1

DERECHO DE SUPERFICIE: COMPATIBLE CON UN DERECHO DE OPCIÓN.

Con carácter previo hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo según la cual la subsanación del defecto y la práctica en su caso de la inscripción solicitada no son obstáculo para la interposición del recurso contra la calificación del registrador.

Respecto a la eventual desnaturalización del derecho de superficie con opción de compra aquí discutido, no se ve problema ninguno en que llegado el momento del ejercicio de la opción (que será calificado en su día por el registrador) se extinga la superficie por confusión de derechos a favor del optante adquirente del pleno dominio. Transcurrido el plazo para el ejercicio de la opción sin ejercitarla, del derecho de superficie se extinguirá por vencimiento del término y se producirá la natural reversión al propietario del suelo. Se trata de dos derechos reales con contenido y dinámica propia, cuya compatibilidad debe ser aceptada, sin que pueda apreciarse elemento alguno que los desnaturalice. Sin que a ello obste la existencia de un negocio complejo que de origen a ambos derechos y que permita establecer una relación entre ellos. Podrá decirse que el artículo 14 impide la inscripción de un derecho de opción por más de cuatro años, pero también cabe entender que cuando se trata de una opción complementaria de otra figura jurídica que lo admita (como el derecho de superficie), siempre que esté suficientemente delimitada, pueda acceder a los libros registrales configurada al amparo de los principios de libertad civil y «*numerus apertus*» en materia de derechos reales.

En lo que concierne a la apreciación del registrador de que el derecho de opción podría suponer vulneración de la normativa sobre enajenación de bienes de entidades locales, debe confirmarse pues la aplicación de las normas aplicables a la disposición de bienes inmuebles patrimoniales —*cfr.* arts. 12 y 33 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía—, hecho que admiten registrador y recurrente, considerando aquel suficiente la documentación aportada en lo referente al derecho de superficie, cuya inscripción practica. Ciertamente nos encontramos ante un negocio unitario y complejo de constitución de dos derechos reales inmobiliarios, si bien conectados, cuya adjudicación debe someterse ya a los trámites previstos para la disposición de inmuebles patrimoniales, de modo que, la eventual aplicación de las normas procedimentales de enajenación y sus incidencias han de exigirse al formar parte del contenido del contrato adjudicado.

Resolución de 23-5-2016
(BOE 10-6-2016)
Registro de la Propiedad de Arrecife

OBRA NUEVA: COORDENADAS DE REFERENCIACIÓN GEOGRÁFICA.

Para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Además, para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique, 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. 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. 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. Además, solo será exigible en los casos en que la edificación se encuentre finalizada. Tampoco afecta propiamente al concepto ni al proceso de «coordinación geográfica» entre la finca registral y el inmueble catastral, ya que el atributo de «finca coordinada» o «finca no coordinada» se califica y predica respecto del contorno perimetral de la finca. En un caso como el presente el rigor de la norma debe atenuarse, puesto que el encaje en el supuesto de hecho previsto en el artículo 202 no es pleno, al ya constar en los libros del Registro el dato de la parte del solar sobre el que se eleva la construcción, y ser este precisamente el que origina la necesaria ubicación por medio de sus coordenadas georreferenciadas.

Resolución de 23-5-2016
(BOE 10-6-2016)
Registro de la Propiedad de Balaguer

EXPEDIENTE DE DOMINIO NOTARIAL DE REANUDACIÓN DE TRACTO: REQUISITOS.

El artículo 208 establece en su regla primera que «no se entenderá producida la interrupción del tracto sucesivo cuando la persona a cuyo favor hubiera de prac-

ticarse la inscripción haya adquirido su derecho directamente del titular registral o sus herederos. En tal caso, la inscripción únicamente podrá practicarse mediante la presentación del documento en que se hubiera formalizado la adquisición, declaración o constitución del derecho, objeto de la inscripción solicitada». En el caso que nos ocupa, el promotor adquiere de un vendedor que había adquirido directamente del titular registral la mitad del inmueble, por vía de legado, mientras que para la otra mitad —objeto del expediente— alega simplemente la existencia de «justos y legítimos títulos», sin especificar la naturaleza, carácter ni otro dato indicativo de los mismos. Como ha quedado señalado, el expediente de reanudación del tracto, por su carácter excepcional, confiere al registrador facultades de calificación en la averiguación de la verdadera interrupción del tracto, al expresar además el propio artículo 208 en el número segundo de su regla segunda que «deberán aportarse por el interesado, junto con los documentos que acrediten su adquisición, aquellos otros de los que disponga que justifiquen la adquisición de los titulares intermedios de los que traiga causa y cualesquiera otros que considere oportuno para justificar su petición». La identificación del título de adquisición del promotor y de los previos adquirentes resulta imprescindible para conceder los medios necesarios para que el notario autorice el expediente de reanudación de tracto y el registrador califique, sobre la existencia de una verdadera interrupción del tracto y la justificación de la titularidad del promotor.

Armonizando adecuadamente los apartados segundo y cuarto del precepto, debe entenderse, que cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga menos de treinta años de antigüedad, debe realizarse una citación personal al titular registral o a sus herederos. Pero cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga más de treinta años, la citación al titular registral debe ser nominal, pudiendo practicarse, no obstante, por edictos, y respecto de sus herederos la citación, que también puede ser por edictos, solo hace falta que sea nominal, cuando conste su identidad de la documentación aportada.

El tenor literal de la regla cuarta del artículo debe entenderse necesariamente relacionado con el número 4º que le precede y considerarse solo referido a la conclusión por incomparecencia de titulares registrales o herederos de los mismos cuya inscripción tenga menos de treinta años de antigüedad y hayan sido citados personalmente (o en los casos, también expresados en el mismo número, en los que se hubiese practicado con posterioridad, dentro de dicho plazo, algún otro asiento), así como a la conclusión por la comparecencia con oposición de cualesquiera titulares de derechos inscritos, con independencia de la antigüedad de su asiento.

Resolución de 23-5-2016

(BOE 10-6-2016)

Registro de la propiedad de Madrid, número 19

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTO DECLARATIVO.

Es cierto que la demanda se dirige a determinar el dominio de la citada parcela pero no lo es menos que se requiere que la declaración comprenda la descripción real de la finca y su superficie. Así resulta del fundamento de Derecho cuarto de la sentencia de 56/2009, dictada el día 16 de abril de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia número 86 de Madrid del Juzgado, en el que se señala que: «no

pueda accederse a la primera parte del apartado A) del suplico de la demanda, de declaración de que es propietaria de la parcela catastrada porque lo es de la registral 66.352 (...), pues esa declaración supondría admitir la propiedad con una extensión superficial que en modo alguno ha quedado acreditada». El consiguiente fallo de dicha sentencia declarando la propiedad de la finca a favor de la demandante pero con la descripción obrante en el Registro y por tanto con la cabida registral de cuatro hectáreas, veintinueve áreas y cuarenta centiáreas, fue objeto de apelación por ambas partes, demandante y demandada, manteniendo la Audiencia el pronunciamiento principal en cuanto al dominio y la correspondencia registral de la finca, pero con una extensión de 68.276 metros cuadrados.

Las dudas sobre la identidad de la finca o sobre la realidad del exceso cuando se ventilan en un procedimiento judicial, por definición se despejan en el ámbito de la valoración de las pruebas practicadas. La decisión corresponde a la autoridad judicial, conforme a lo que señalan los artículos 281 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la doctrina generalmente aceptada sobre el libre arbitrio judicial en la valoración de la prueba. Dicho de otra forma, el artículo 100 del RH no ampara que el registrador pueda proceder a una nueva valoración de la prueba, que en dicho procedimiento se ha practicado, y que tenga virtualidad de revisar la efectuada por el juez. Ahora bien, hay que decir que a pesar de que este Centro Directivo ha admitido la posibilidad de que en un procedimiento distinto de los especialmente establecidos en la legislación hipotecaria se acuerde la inscripción de un exceso de cabida, para ello será preciso que se cumplan los requisitos exigidos para estos últimos procedimientos. Es evidente que no se han cumplido los requisitos exigidos para la protección de los titulares de predios colindantes, a los que se deja indefensos por no haber tenido trámite para intervenir en una resolución judicial que les puede perjudicar.

Bien es cierto que conforme al artículo 54.5, del texto refundido de la Ley de Suelo, y 8 del Real Decreto de 1093/1997, de 4 de julio, el título en cuya virtud se inscriba el proyecto de distribución de beneficios y cargas será suficiente para inscribir los excesos de cabida de las fincas afectadas, pero ello no quiere decir que queden excluidos otros procedimientos para determinar la medida superficial de las mismas.

No obstante, destacar que una vez que la sentencia dictada el 16 de julio de 2010 por la Audiencia Provincial de Madrid declara la identidad de la finca, con la extensión superficial catastral recogida en el fallo, y su titularidad, para la inscripción del exceso de cabida existente podrán utilizarse, como complementarios al pronunciamiento judicial y a fin de procurar la intervención de los colindantes que no se ha producido en el procedimiento declarativo, los medios existentes a partir de la entrada en vigor de la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015.

Resolución de 25-5-2016

(BOE 10-6-2016)

Registro de la propiedad de Álora

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PREVIA INSCRIPCIÓN.

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.o de la LH).

Resolución de 25-5-2016
(BOE 10-6-2016)
Registro de la propiedad de Alcoy

COMUNIDAD DE BIENES: DISOLUCIÓN CON CUOTA GRAVADA.

Esta Dirección General «ha recogido la doctrina expresada de nuestro Alto Tribunal y así tiene declarado que, dado que la existencia de una hipoteca no afecta a las facultades dispositivas del condómino, no precisa de su consentimiento para llevar a cabo la división y sin perjuicio de la salvaguarda de su derecho en los términos previstos en el artículo 123 de la LH cuando la carga afecta a toda la finca (resolución de 4 de junio de 2003). Por el contrario, cuando la carga afecta exclusivamente a una cuota, la división implica registralmente y en aplicación del principio de subrogación real, el arrastre de las cargas que pesaban sobre la cuota, a la finca adjudicada (resolución de 27 de abril de 2000) por así disponerlo el artículo 399 del Código Civil. De este modo se consigue un adecuado equilibrio entre los intereses de las distintas partes y se respeta tanto la facultad de división que corresponde a ambos condóminos como la posición jurídica de los acreedores sin causar un perjuicio a quien no fue parte en los negocios constitutivos de las hipotecas inscritas ni fue responsable de las deudas que derivaron en el embargo de la cuota». El presente expediente, en que la adjudicataria recibe la totalidad de la finca por su indivisibilidad, sin adjudicación de finca alguna a la titular de la cuota gravada con las anotaciones de embargo, ciertamente difiere de los supuestos planteados en las citadas resoluciones. Sin embargo, la solución adoptada debe ser igualmente aplicable en el presente supuesto. A tales efectos, como ya se apuntaba en las indicadas resoluciones, dado que el titular de las anotaciones preventivas es un titular registral, aunque ciertamente no equiparable al titular del dominio o de un derecho real (*cf.* arts. 32 y 34 de la LH, y 1923.4º del Código Civil), el titular de la anotación preventiva debe ser notificado con carácter previo a la extinción del condominio, al objeto de que pueda hacer valer los derechos que el artículo 403 del Código Civil concede a los acreedores de los partícipes a concurrir a la división, a oponerse y a impugnar; con el alcance que ha quedado expuesto y su interpretación jurisprudencial, lo cual también se deduce del artículo 20 de la LH, tracto sucesivo, y de la interdicción de la indefensión que consagra el artículo 24 de la Constitución.

Resolución de 26-5-2016
(BOE 10-6-2016)
Registro de la propiedad de Rute

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: AUTOCONTRATACIÓN Y ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001.

Para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 de la Ley 24/2001 en los instrumentos públicos otorgados por

representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación.

En el presente caso, la notaria autorizante de la escritura de adjudicación de herencia emitió un juicio de suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el concreto acto o negocio jurídico pretendido en relación con las facultades que se pretenden ejercitar, pero no hizo constar la posibilidad de salvar el autocontrato o el conflicto de intereses. Faltando tal concreción, y de conformidad con la doctrina antes reseñada, no puede estimarse correctamente formulado el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas del apoderado de los donantes.

Resolución de 26-5-2016

(BOE 10-6-2016)

Registro de la propiedad de Salamanca, número 2

HERENCIA: REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS.

Es doctrina de este Centro Directivo que los principios que han de regir la interpretación de las cláusulas testamentarias son (resolución de 18 de enero de 2010) son: — Que la voluntad del testador es la ley de la sucesión (*cf.* arts. 667 y 675 del Código Civil). — Que, en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita del testador, su voluntad en el momento de otorgar la disposición, por lo que la simple alteración sobrevinida de circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento (*cf.* art. 739 del Código Civil) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria. — Ha de primar el criterio subjetivista, que busca indagar la voluntad real del testador, armonizando en lo posible las distintas cláusulas del testamento, y acudiendo con la debida prudencia a los llamados medios de prueba extrínsecos o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta, tal y como tiene declarado el TS en diferentes sentencias. — Que debe prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código Civil (*cf.*, por ejemplo, el propio art. 767, y los arts. 715, 743, 773, 786, 792, 793, así como, «*ex analogía*», el 1284).— Que es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquel tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, puesto que preocupación del notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje.

Así pues, la primera cuestión que se ha de resolver, es si se ha hecho una institución de herencia o no a favor de la fundación. El artículo 668 del Código Civil en

su párrafo segundo da una norma de interpretación básica: «En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia». Basta para esto que sea de forma clara, y en el supuesto de la cláusula de este expediente, reza «en la seguridad de que su esposo respetará en todo caso tanto los deseos de la testadora (...) la voluntad de ambos de que a su fallecimiento su patrimonio pase a la Fundación...». En consecuencia, podemos concluir en que hay una designación clara de herencia a favor de la fundación como sustituta fideicomisaria que implica, como ha reiterado este Centro Directivo, la sustitución vulgar tácita. Ayudan a esta interpretación, las alegaciones del recurrente respecto a que en los estatutos de fundación existe una manifestación de voluntad de ambos fundadores de aportar sus bienes y derechos a los fines fundacionales.

Resolución de 30-5-2016

(BOE 23-6-2016)

Registro de la propiedad de Madrid, número 13

CALIFICACIÓN POR REGISTRADOR SUSTITUTO: NATURALEZA. RETRACTO LEGAL: EJERCICIO.

Como cuestión previa, por lo que se refiere a la calificación sustitutoria, es necesario recordar la constante doctrina de esta Dirección General según la cual, a la vista de lo que dispone el artículo 19.bis de la LH, el registrador sustituto no puede añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, del mismo modo que tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del Registrador sustituido ante este Centro Directivo, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad.

Nada impide que el comprador frente al que se ejercita el retracto reconozca la existencia del derecho y se allane a la pretensión de ejercitarlo de su titular. Si, conocida la venta, el titular del retracto anuncia su intención de ejercitarlo y el comprador se aviene, este último queda vinculado y no podrá ya ir contra sus propios actos (nadie dudaría de la virtualidad y plenos efectos de un allanamiento en estos términos en sede judicial y en el curso de un procedimiento tendente a declarar tal derecho de adquisición preferente). Es por ello perfectamente aplicable al caso la doctrina de la STS que se cita (resolución de 17 de junio de 1997), según la cual, si el comprador retraído consiente en el retracto ejercitado extrajudicialmente por el retrayente dentro del plazo, aquel derecho puede considerarse ejercitado y consumado, naciendo para el segundo acción para exigir el cumplimiento de lo convenido, que es por tanto completamente distinta de la acción de retracto. De este modo, la formalización en escritura no sería sino la plasmación documental del previo ejercicio de un derecho (de preferente adquisición en virtud de retracto legal) que, de tener lugar extrajudicialmente, no está sujeto a forma «*ad solemnitatem*» alguna (rige el principio de libertad de forma *ex art. 1278 del Código Civil*).

Resolución de 30-5-2016

(BOE 23-6-2016)

Registro de la propiedad de Alicante, número 3

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.

Tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determina 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.

A tenor del imperativo consagrado en el artículo 18 de la LH y concordantes de su Reglamento, el registrador en su labor de calificación debe tomar en consideración tanto los asientos del Registro como los documentos presentados —todo ello de acuerdo con la normativa aplicable—, para poder determinar la validez del acto contenido en el título objeto de presentación o verificar el cumplimiento de requisitos que le impone la Ley. Dentro de esta normativa aplicable a considerar se incluye, sin ninguna duda, los concretos planes de ordenación territorial o urbanística en vigor que afecten a la zona en cuestión, cuya naturaleza normativa no cabe discutir (art. 18 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, STS de 31 de octubre de 2014 y resolución de 28 de febrero de 2015 de la DGRN). En este sentido, como la resolución de 1 de julio de 2015 reconoció, ciertamente no es competencia de este Centro Directivo, ni tampoco del registrador calificar la naturaleza de la eventual infracción cometida, pero sí lo es la de comprobar el plazo aplicable a efectos del artículo 20.4, hoy 28.4, de la Ley de suelo estatal que, recordemos, no requiere una prueba exhaustiva de la efectiva prescripción; destacando que si la norma sustantiva aplicable dispone que si la edificación se realizara sobre terrenos calificados con régimen especial —generalmente sistemas generales, zonas verdes, espacios libres o suelo no urbanizable especial, según la diferente normativa autonómica— la Administración podrá actuar sin limitación alguna de plazo, se deduce que, en esos supuestos particulares, no cabe la consolidación de la obra por antigüedad. En el presente caso, no se aporta tal certificación municipal, sino que es el propio técnico que certifica sobre la antigüedad de la obra (extremo que no se duda de que esté incluido entre sus atribuciones profesionales y facultades certificantes), también certifica que el suelo sobre el que se ubica la edificación tiene «calificación urbanística de Suelo No Urbanizable Común», y es precisamente en este extremo de la certificación técnica en el que el notario recurrente fundamenta esencialmente su recurso. Sin embargo, es claro que siendo tal extremo una cuestión estrictamente jurídica, y no meramente técnica, la afirmación del arquitecto al respecto solo puede tener valor de informe o dictamen profesional, y no el de auténtica certificación que pudiera acreditar de modo concluyente la concreta calificación urbanística del suelo, extremo reservado a los órganos competentes de la administración de la que emana la normativa y planeamiento urbanísticos aplicables en cada caso.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2015 no es posible el acceso registral de declaración de edificaciones o instalaciones sin que en el título correspondiente conste la delimitación geográfica de su ubicación precisa. 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 la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique.

Resolución de 31-5-2016

(BOE 23-6-2016)

Registro de la propiedad de Vilanova i la Geltrú, número 1

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009.

De conformidad con los artículos 324 y 326 de la LH y la doctrina de este Centro Directivo (*cf.* resoluciones de 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008, y 1 de agosto de 2014), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad y mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el registrador titular del registro en que debe inscribirse el negocio celebrado es o no ajustada a Derecho tanto formal como sustantivamente; no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura, ni tampoco aquellos defectos puestos de manifiesto en la nota de calificación que no hubieran sido objeto de impugnación.

Se discute acerca de la competencia de los registradores de la propiedad para realizar indagaciones más allá de su Registro en orden a averiguar si una determinada persona o entidad se dedica de forma habitual a la concesión de préstamos, acerca de cuándo se puede entender que concurre el presupuesto de habitualidad en la concesión de tales créditos o préstamos, y acerca de si es suficiente para excluir la aplicación de la Ley 2/2009 que el acreedor haga constar expresamente en la escritura de constitución del préstamo hipotecario que no se dedica de manera profesional a la concesión de préstamos hipotecarios. De 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 resulta que no solo las autoridades económicas sino todos los operadores jurídicos deberán prestar la mayor diligencia en la consecución de esa finalidad de protección del consumidor, finalidad que, a su vez, condicionará la interpretación de las normas nacionales sobre la materia según viene reiterando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*vid.*, resoluciones de 13 de septiembre de 2013, y 5 de febrero de 2014, entre otras). En consecuencia, ha sido correcta la actuación de la registradora de la propiedad al acudir, como medio para completar la calificación y evaluación del cumplimiento de los requisitos legales por parte del acreedor, a la consulta de los asientos de su propio Registro en otras fincas (como también, según ha declarado este Centro Directivo, se encuentra facultado para consultar, a estos efectos, los asientos de otros Registros de la propiedad a través del «Servicio de Interconexión entre los Registros») y no admitir sin más como suficiente la manifestación negativa del acreedor acerca de su condición de profesional.

La prevalencia en este ámbito del principio de protección de los consumidores y la aplicación del artículo 8 de la repetida Ley que establece que «corresponde a las empresas —acreedores— la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta Ley», han llevado ya a este Centro Directivo (*vid.*, resolución de 28 de julio de 2015) a considerar que la concesión de simplemente dos préstamos constituye indicio suficiente acerca de la cuestión debatida y justificación adecuada para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la citada Ley o bien una prueba satisfactoria de su no necesidad. Por tanto, con más

razón, en el supuesto objeto de este expediente se considera que la concesión de treinta y cinco créditos, constituye prueba objetiva suficiente de la habitualidad en tal actividad.

En cuanto a la ausencia del cumplimiento de los requisitos del primer grupo, es decir, la inscripción con carácter previo al inicio del ejercicio de su actividad del prestamista profesional en el Registro público especial que corresponda (art. 3 de la Ley 2/2009), y de contratación previa a tal inscripción de un seguro de responsabilidad civil o de un aval bancario que cubra las responsabilidades en que pudieran incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios (art. 7 de la Ley 2/2009), en tales casos el defecto debe considerarse subsanable. En cuanto a la falta de reflejo en el título calificado del cumplimiento de las obligaciones o requisitos del proceso de contratación del préstamo hipotecario recogidas en los artículos 14 a 18 de la Ley 2/2009: información precontractual, oferta vinculante, transparencia de las condiciones de los contratos, tasación del bien hipotecado, derecho de examen del proyecto de escritura con una antelación de tres días en el despacho del notario autorizante y obligaciones de información y advertencias notariales, dado que su cumplimiento es determinante de una adecuada formación de la voluntad contractual del consumidor y del conocimiento real por el deudor de los concretos riesgos contratados, su omisión puede afectar a la validez del contrato, también ha de considerarse insubsanable el defecto.

Resolución de 1-6-2016
(BOE 23-6-2016)
Registro de la propiedad de Arteixo

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: LÍMITE DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.

La cuestión sobre la que realmente versa el objeto del recurso es si cuando el acreedor, en el ejercicio de la facultad que le reconoce el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pide la adjudicación «por la cantidad que se le deba por todos los conceptos», se produce la inmediata extinción de los créditos objeto de la ejecución como si se tratase de una dación en pago, de forma que no hay remate propiamente dicho ni en consecuencia sobrante o si, por el contrario, por existir acreedores posteriores, dicho valor de adjudicación en el exceso de lo garantizado por la hipoteca, ha de tener el mismo tratamiento que el precio de remate. Para resolver esta cuestión es necesario poner en relación los artículos 671 y 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 130 y 132 de la LH.

Una vez admitido por el recurrente que la deuda acumulada es superior a la responsabilidad hipotecaria, queda por determinar el destino de la cantidad excedente cuando, como en este caso, el acreedor se adjudique la finca por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, existiendo acreedores posteriores. De la dicción del artículo 671 LEC resulta claro que la referencia a la cantidad que se le deba por todos los conceptos es tomada como el valor o precio por el que se adjudica el inmueble. Con ese valor habrá de procederse al pago de lo que se le debe al ejecutante y al resto de acreedores que, dado que excede de las cantidades garantizadas con la hipoteca que actúan como límite conforme al artículo 692, puedan tener derecho preferente para el cobro, porque el hecho de que el acreedor, en el ejercicio del derecho de opción que la ley le concede, elija uno

u otro valor para que sirva como precio de remate de la subasta no impide que existiendo acreedores posteriores inscritos o anotados puedan estos satisfacer sus créditos. Tampoco resulta admisible el argumento del recurrente en el sentido de que puesto que se trata de una especie de dación en pago y la deuda se extingue, no hay remanente a favor de terceros. Aun considerando, cuestión harto dudosa conforme a lo anteriormente expuesto, que se produjese una suerte de dación en pago, esta supondría la extinción de la deuda del adjudicatario pero en ningún caso la de otros acreedores. Es más, si se aplicasen las consecuencias de la dación en pago convencional, el ejecutante debería adquirir la finca con la subsistencia de las cargas inscritas.

Resolución de 1-6-2016

(BOE 23-6-2016)

Registro de la propiedad de Ferrol

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLA. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Respecto del primer defecto, no debe confundirse la rogación para la práctica de un asiento, que el artículo 6 de la LH y el artículo 39 del RH facilitan en cuanto la admiten a quien presente los documentos correspondientes en el Registro, sin necesidad de acreditar ninguna representación de forma auténtica, con la legitimación para solicitar la rectificación de determinados asientos registrales que de conformidad con el artículo 40 de la LH compete al «... titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto...».

Como afirmó este Centro Directivo en resolución de 18 de enero de 2012, el recurso es el cauce legalmente arbitrado para impugnar las calificaciones de los Registradores cuando suspendan o denieguen el asiento solicitado; pero cuando dicha calificación, haya sido o no acertada, ha desembocado en la práctica del asiento, este queda bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 de la LH) y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la propia Ley, lo que conduce a su artículo 40, en el que se regulan los mecanismos para lograr la rectificación del contenido del Registro cuando es inexacto.

Resolución de 2-6-2016

(BOE 23-6-2016)

Registro de la propiedad de Cunit

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: PROCEDIMIENTOS.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del RH y de las resoluciones de este Centro Directivo relativas a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la LH). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (*cfr.*, por todas, las resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011, y 5 y 20 de febrero,

y 27 de febrero 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.

A diferencia de lo que ocurre con la inexactitud provocada por la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, cuya rectificación, como señala el artículo 40.d) de la LH no exige el consentimiento del registrador, en el caso de la rectificación de errores de concepto, esta intervención es necesaria. El artículo 217, párrafo primero, de la LH dispone que: «Los errores de concepto cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador, o una providencia judicial que lo ordene». Parece claro, a la vista del citado artículo, que el consentimiento o acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador son requisitos indispensables para la rectificación.

Ciertamente, la legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial, y el que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (*cf.* art. 217 de la LH y resolución de 9 de noviembre de 2009). Sin embargo, si el error proviene de la tramitación de un expediente administrativo, tampoco procedería la rectificación del Registro por mera solicitud, sino que se precisaría rectificación del expediente administrativo que dio lugar a la certificación administrativa que sirvió de título inscribible.

Resolución de 2-6-2016

(BOE 23-6-2016)

Registro de la propiedad de Madrid, número 3

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: CONSTANCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS NECESARIAS PARA PRACTICAR EL ASIEN TO. ELEVACIÓN A PÚBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO: ARTÍCULO 708 DE LA LEC.

Debe centrarse la presente resolución en dirimir si es inscribible un mandamiento expedido por la secretaría judicial del Juzgado de Primera Instancia número 61 de Madrid en el que se inserta una sentencia firme por la que se estima íntegramente la demanda interpuesta por doña M. S. L. contra la herencia yacente, herederos ignorados o causahabientes de don A. S. M. por la que se condena a la parte demandada a «la elevación a escritura pública del contrato privado de compraventa suscrito de forma verbal en el mes de noviembre 1970».

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que constituye una regla esencial de nuestro Derecho hipotecario (*vid.*, arts. 3, 9, 18 y 21 de la LH y 51 de su Reglamento) la necesidad de que del título presentado a inscripción resulten todas las circunstancias que son precisas para practicar el asiento solicitado. Por tanto, en el presente supuesto no se entiende cumplida tal constancia puesto que, como indica el registrador en su nota, ni se conoce el contenido del contrato que

se debiere elevar a público, ni el juez indica en la propia sentencia el contenido mínimo del mismo que permita al registrador practicar el asiento registral correspondiente.

Como ha señalado en diversas ocasiones este Centro Directivo, serán inscribibles en el Registro de la propiedad 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 (*cf.* 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.

Resolución de 6-6-2016

(BOE 28-06-2016)

Registro de la propiedad de Vigo, número 5

SUSTITUCIÓN VULGAR: REQUISITOS PARA SER SUSTITUTO Y FORMA DE ACREDITARLO.

Como ha señalado este Centro Directivo (*cf.* resoluciones de 1 de marzo de 2014 y 29 de enero de 2016) «...resulta de especial trascendencia lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto del artículo 82 del RH, que establecen: «En las sustituciones hereditarias de cualquier clase, cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos, podrá determinarse por acta de notoriedad tramitada conforme al RN, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella». «El acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella». De estos dos párrafos del precepto reglamentario, que son específicos de aplicación las sustituciones hereditarias «de cualquier clase» se desprende lo siguiente: 1.º) Que, a efectos registrales, que son los que contempla el RH, no es suficiente la mera manifestación «para hacer constar la ineficacia del llamamiento sustitutorio», por cuanto ambos párrafos se refieren a la «acreditación» del hecho; 2.º) Que el Reglamento admite el acta de notoriedad tramitada conforme al RN como medio adecuado para acreditar tal ineficacia, que cuando se trate de un «hecho», es en este caso un hecho negativo, pues consiste en acreditar la inexistencia de los descendientes llamados como sustitutos vulgares para así dar paso al derecho de acrecer; 3.º) Que el supuesto más frecuente, e incluso típico, de «ineficacia del llamamiento sustitutorio» es precisamente la inexistencia de descendientes y que se trata de un hecho que es susceptible de acreditarse por medio de acta de notoriedad tramitada conforme al RN, por la vía del artículo 209 del mismo, pues, si para acreditar la declaración de herederos abintestato se prevé el acta de notoriedad del artículo 209 bis del mismo Reglamento, no existe obstáculo para que uno de los extremos que es necesario acreditar por esta última, pueda acreditarse por el acta de notoriedad ordinaria del artículo 209 cuando no haya necesidad de acudir al

acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato; y, 4.º) Que el acta de notoriedad no es el medio exclusivo para acreditar la ineficacia del llamamiento sustitutorio, puesto que el artículo 82 establece que «podrá determinarse» por ella (párrafo tercero) y que «también será título suficiente» (párrafo cuarto), por lo que también existen otros medios de acreditación, tal como ha señalado este Centro Directivo, y concretamente, aparte del testamento del heredero sustituido, (...) existe en todo caso la posibilidad de obtener la declaración de herederos abintestato del propio sustituto, que puede ser útil si tuviera otros bienes, y que, según quienes la solicitaran, podría tramitarse por medio de acta de declaración o por auto judicial, atendiendo a los parientes de que se tratara». En definitiva, en esta resolución se admiten diversos medios para acreditar la inexistencia de sustitutos distintos del acta de notoriedad, entendiendo actualmente este Centro Directivo que pudiera admitirse incluso la realizada por los albaceas atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso. (*cfr.* resolución de 30 de septiembre de 2013).

Relativo al artículo 758 del Código Civil, la STS de 22 de octubre de 2004 establece: «Ocurre aquí que la herencia ha sido repudiada por los herederos instituidos y también por los descendientes en primer grado de estos, lo que no es óbice para que, en virtud de lo expresado en el testamento (sustituyéndolos vulgarmente por sus respectivos descendientes), sean llamados otros sustitutos vulgares, que hayan sobrevivido no solo al testador, sino también al acto jurídico de las repudiaciones obradas por los herederos instituidos y sus descendientes en primer grado, es decir que tengan capacidad para heredar... la nueva delación se reproduce, retrotraída asimismo, al mismo momento, lo que supone que no resulta deferida, sino que es reproducida, no solo en cuanto a su repetición, sino también respecto al tiempo en que se retrotrae, en cuyo momento (fallecimiento del causante, apertura de la sucesión) es cuando hay que apreciarla capacidad de los sustitutos». En consecuencia, tanto de la literalidad del artículo 758 del Código Civil como de la jurisprudencia mencionada, resulta que para heredar o adquirir el derecho al legado, se requiere al menos estar vivo al tiempo del fallecimiento del testador que es el momento de la apertura de la sucesión, sin perjuicio de la discusión doctrinal sobre si se requiere capacidad para suceder al tiempo de la renuncia del primer instituido. En el supuesto de este expediente, la bisnieta cuya renuncia exige la registradora, al no haber nacido en el momento de la apertura de la sucesión, no tiene capacidad para suceder.

Resolución de 6-6-2016

(BOE 28-6-2016)

Registro de la propiedad de Mojácar

RECURSO GUBERNATIVO: INFORME DEL REGISTRADOR. PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Constituye por tanto el objeto del presente recurso determinar si es susceptible de inscripción una así llamada «escritura de adaptación descriptiva de local comercial» que deja constancia documental de la existencia de un acceso directo del local a una calle cuando en la descripción registral indica que tiene su entrada principal por otra vía pública.

El artículo 7.1 de la Ley 49/1960 dispone que «el propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios

de aquel cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad. En el resto del inmueble no podrá realizar alteración alguna y si advirtiere la necesidad de reparaciones urgentes deberá comunicarlo sin dilación al administrador». La fachada queda incluida por el artículo 395 del Código Civil entre los elementos comunes, «con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores». No obstante lo anterior, del propio título constitutivo pueden resultar cláusulas que permitan y anticipen el consentimiento requerido por la Ley sobre propiedad horizontal para su modificación.

El alcance del informe del registrador ha sido establecido por este Centro Directivo en diversas ocasiones dejando claro que se trata de un trámite en el que el Registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos, ya que solo si el recurrente conoce en el momento inicial todos los defectos que impiden la inscripción del título según la opinión del Registrador, podrá defenderse eficazmente, argumentando jurídicamente acerca de la posibilidad de tal inscripción. No constituye, pues, procesalmente una contestación al recurso, contestación que pueda ser reargüida por el recurrente. La valoración sobre el informe corresponde a este Centro Directivo, pero de ninguna forma genera trámite de audiencia que pueda justificar la necesidad de dar traslado del mismo al recurrente, precisamente porque su contenido, como se ha dicho, no puede modificar los defectos apreciados en la nota de calificación.

Resolución de 7-6-2016

(BOE 28-6-2016)

Registro de la propiedad de Palencia, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN. CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN DE HIPOTECA.

Conforme a lo establecido en los artículos 9.e) de la LH y 51.9.^a de su Reglamento, una de las circunstancias esenciales que se han de consignar en la inscripción y que han de resultar con total claridad del título, es la referente a la persona natural o jurídica a cuyo favor se haya de practicar la inscripción.

De la interpretación conjunta de los artículos 56 y 57 de la misma Ley Concursal debe entenderse que los bienes no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial no están sujetos a limitación en cuanto al inicio o continuación del proceso de ejecución, por cuanto la paralización de ejecuciones de garantías reales a que se refiere el artículo 56, se refiere únicamente a los bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, y, el artículo 57 dice literalmente «el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de este...», es decir, referido exclusivamente a los bienes necesarios. La única restricción aplicable en estos supuestos sería la prevista en el apartado tercero del artículo 57 de la Ley Concursal, cuando determina que «abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado

suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada». Por ello resulta fundamental que quede claramente establecida la condición del bien en cuestión, en este caso la finca hipotecada, como necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y la calificación del Registrador debe extenderse a la exigencia de dicha circunstancia.

Del expediente resulta que las fincas ejecutadas se han adjudicado al actor ante la ausencia de postores y por el 50% del valor de tasación, por lo que es evidente que el importe total de la adjudicación es inferior a la cantidad reclamada por principal y a la responsabilidad hipotecaria global sobre este concepto, por lo que no existe sobrante ni posibilidad de calificar si el mismo está o no consignado debidamente en beneficio de acreedores posteriores que, por otro lado, no consta si existen según lo consignado en la calificación. Y tampoco se ha señalado en la nota que el valor de adjudicación de alguna de las fincas exceda de la cantidad que por principal constituya el límite de cobertura hipotecaria.

Resolución de 7-6-2016

(BOE 28-6-2016)

Registro de la propiedad de Sant Feliú de Llobregat, número 1

PRINCIPIO DE PRIORIDAD: CIERRE DEL REGISTRO.

Conforme al artículo 17 de la LH inscrito un título traslativo del dominio no puede inscribirse otro que se le oponga o sea incompatible respecto de la misma finca.

Resolución de 8-6-2016

(BOE 28-6-2016)

Registro de la propiedad de Petra

BASE GRÁFICA: INSCRIPCIÓN OBLIGATORIA.

Como señaló la resolución de 12 de febrero de 2016, no siempre será necesario tramitar este procedimiento para la inscripción de la representación gráfica en los casos en que tal inscripción es 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 (*cf.* art. 9, letra b, párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados. En el artículo 9 de la LH se dispone que «para la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio real, deberá aportarse junto con el título inscribible la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, salvo que se trate de uno de los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georeferenciada alternativa».

Y en el artículo 10 de la LH se indica que «en los casos de incorporación de la representación gráfica georreferenciada conforme a lo dispuesto en la letra b) del artículo 9, deberá aportarse, junto al título inscribible, certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, salvo que se trate de uno de los supuestos regulados en el apartado 3 de este artículo». En ninguno de ellos, ni en el artículo 199.1 antes citado, se habla expresamente de que, además de aportar la certificación catastral descriptiva y gráfica, haya de describirse en el título la finca según lo que resulta de tal certificación.

También hay que apuntar la posibilidad de prescindir de la representación gráfica para la inscripción de una modificación hipotecaria en los casos en que la finca resultante de la misma carezca de existencia actual por haberse producido otra modificación posterior en la que se aporte la representación gráfica que en definitiva tiene la finca y ambas operaciones accedan simultáneamente al Registro. Así lo impone la interpretación conjunta de los artículos 9 b), 198 y 199 de la LH y la concordancia entre el Registro de la propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral.

Registro mercantil y Bienes Muebles

por Ana DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 4-4-2016
(BOE 2-6-2016)
Registro mercantil de Madrid XIII

OBJETO. CNAE DETERMINACIÓN. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. NORMAS DE FUNCIONAMIENTO. ACTIVOS ESENCIALES.

Del número 1 del artículo 20 resulta con claridad que la obligación de manifestar el código correspondiente se refiere a la principal actividad que se desarrolle. Nada obsta a que el interesado haga constar todos los códigos referidos a las actividades comprendidas en el objeto social sin perjuicio de que uno de ellos ha de tener la designación de principal como exige la interpretación conjunta de los números 1 y 2 del artículo 20 de la Ley 14/2013.

El registrador debe verificar que el código de actividad reseñado se corresponde suficientemente con el contenido en el listado vigente según la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, pues de lo contrario la norma carecería por completo de la eficacia prevista al publicar actividades sectorizadas no correspondientes con las previstas en los estatutos. La obligación queda cumplida si se expresa el código que más se adecua a la actividad principal, sin que exista norma alguna que exija transcribir el epígrafe con el que, en la citada Clasificación, se detalla la clase correspondiente al código indicado.

Es admisible la inclusión, entre las actividades integrantes del objeto social, del «disfrute» de derechos y valores mobiliarios y de toda clase de bienes inmuebles pues tal disfrute constituye «*per se*» una actividad de la que se derivan determinados aprovechamientos o rendimientos.

Admitidas como actividades constitutivas del objeto social el «desarrollo y explotación» de concesiones administrativas relacionadas con el específico sector económico acotado, ningún reparo puede oponerse a la constancia registral de la obtención de tales concesiones.

Cuando en los estatutos se señala como una de las formas de organizar la administración la de consejo, deben contenerse las normas de organización y funcionamiento, entre las que están la exigencia de fijación de un plazo de convocatoria que debe entenderse cumplida si en los estatutos se establece junto a un concreto plazo temporal de convocatoria, la previsión de que el consejo pueda ser convocado excepcionalmente por razones de urgencia con la antelación suficiente que permita a los miembros del consejo reunirse

La enajenación o adquisición de cualquier activo es competencia del órgano de administración, con excepción legalmente establecida de la hipótesis de activos esenciales, conforme al artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital

Ningún obstáculo existiría para inscribir la limitación consistente en atribuir la competencia a la junta general para «la enajenación o adquisición de cualquier activo que no haya sido aprobado en el Plan de Negocio de la sociedad, y tenga un importe superior a 1.000.000 euros» si, de conformidad con el artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital, en la disposición estatutaria cuestionada quedara siempre a salvo lo dispuesto en el artículo 234 de la misma Ley.

Resolución de 11-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro mercantil de Sevilla III

PODER. AUTOCONTRATACIÓN.

La valoración del contenido del poder de representación voluntario debe hacerse con el máximo rigor y cautela con el fin de evitar que se modifique el contenido del Registro en base a una actuación extralimitada del representante.

La autocontratación es válida y eficaz cuando viene precedida por la autorización del poderdante, sin que sea preciso que tal autorización reúna especiales requisitos de forma. El apoderado solo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello para cada caso concreto por su principal o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede manifiestamente excluida la colisión de intereses.

Como la cláusula debatida hace referencia globalmente a todos los activos sociales, la misma debe quedar comprendida entre los actos que no pudiendo realizar libremente el administrador, tampoco puede conferirlos a un tercero.

Resoluciones de 12-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro mercantil de Burgos

CALIFICACIÓN. DISCREPANCIAS ENTRE DOCUMENTO Y REGISTRO.

Se trata de la inscripción de una escritura otorgada por un administrador de una sociedad en la que expresa que su domicilio «a estos efectos» coincide con el domicilio social.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque el domicilio del compareciente no coincide con el que consta inscrito en el Registro.

El correcto ejercicio de la función calificadora del registrador no implica que deba rechazarse la inscripción del documento presentado ante toda inexactitud del mismo o discordancia entre datos en él contenidos cuando, de su simple lectura o de su contexto, no quepa albergar razonablemente duda acerca de cuál sea el dato erróneo y cuál el dato verdadero. La discrepancia entre tales datos, y en concreto los relativos al domicilio que deba expresarse en el Registro, constituye obstáculo a la inscripción toda vez que no corresponde al registrador decidir cuál de los dos domicilios expresados haya de prevalecer a tales efectos.

La indicación del domicilio del administrador tiene consecuencias legales que están vinculadas al mismo, como las que resultan de los artículos 235 LSC y 111 RRM. Pero no se puede impedir una inscripción de poder a favor de una persona, en la cual no ha de hacerse constar, respecto del administrador, el domicilio ni ninguna otra de las circunstancias a las que se refiere el artículo 38 RRM.

Resolución de 13-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro mercantil de Soria

LIQUIDADOR. SEPARACIÓN Y NOMBRAMIENTO.

Transcurrido el plazo de tres años establecido en el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital nace un derecho a favor de cualquier socio o persona con interés legítimo para pedir al letrado de la Administración de Justicia o registrador mercantil la separación de los liquidadores y el nombramiento de nuevos. No puede enervar ese derecho la presentación posterior a su ejercicio de un acuerdo de la Junta nombrando nuevos liquidadores puesto que los titulares de dicho derecho ya lo han ejercitado solicitando, en este caso, el registrador mercantil la separación y el nombramiento.

Solicitado con carácter previo al registrador mercantil el nombramiento de liquidador al amparo de lo dispuesto en el artículo 389, en tanto no sea resuelto el expediente en el que debe darse audiencia a los liquidadores, no procede la inscripción del nombramiento del liquidador designado por la junta general, pues ello iría en contra de la finalidad de las normas contenidas en los artículos 380.2 y 389 de la Ley de Sociedades de Capital.

Resolución 18-4-2016

(BOE 2-6-2016)

Registro mercantil de Alicante II

CUENTAS ANUALES. AUDITOR SOLICITADO POR LA MINORÍA.

No cabe llevar a cabo el depósito de las cuentas si la solicitud no se acompaña precisamente del preceptivo informe de auditoría realizado por el auditor nombrado e inscrito en el Registro mercantil a solicitud de la minoría. Mientras que la inscripción de nombramiento de auditor a instancia de la minoría continúe vigente, el registrador debe calificar en función de su contenido de conformidad con las reglas generales.

Resolución de 19-4-2016
(BOE 2-6-2016)
Registro mercantil de Ávila

DENOMINACIÓN SOCIAL. SUBJETIVA.

No cabe posibilidad de que la denominación social incluya total o parcialmente el nombre de una persona ni su seudónimo, sin que la persona en cuestión pres- te su consentimiento, el cual se presume si dicha persona es socio de la sociedad.

Resolución de 20-4-2016
(BOE 2-6-2016)
Registro mercantil de Madrid XII

CUENTAS ANUALES. FECHA DE COMIENZO DE OPERACIONES.

Aun cuando la sociedad no hubiera realizado actividad mercantil alguna al cierre de ese primer ejercicio, subsiste su obligación de presentar los documentos contables en el Registro mercantil competente. La Ley autoriza, expresamente, a que la fecha de comienzo de la actividad pueda ser, por disposición estatutaria, una posterior a la fecha de la escritura de constitución. Lo que no autoriza, en ningún caso, es que la fecha de comienzo de operaciones quede en suspenso a voluntad de la sociedad a efectos del cumplimiento de una obligación legal como es el depósi- to de las cuentas anuales. Puede conseguirse el levantamiento del cierre registral acreditando la falta de aprobación de las cuentas mediante certificación del órgano de administración al no haber sido formuladas por carecer la sociedad de actividad entre la fecha de comienzo de operaciones y el fin del primer ejercicio. La causa de falta de actividad, como razón o motivo para el no depósito, es trascendente pues debe considerarse que, dada su naturaleza, no será necesario ratificar o reiterar cada seis meses en dicha situación pues del propio registro resultará la imposibili- dad actual y futura de llevar a cabo el depósito de las cuentas del indicado ejercicio.

Resolución de 21-4-2016
(BOE 2-6-2016)
Registro mercantil de Málaga IV

RECURSO. SUBSANACIÓN DE DEFECTOS. PODER. FECHA DE COMIENZO DE OPERACIONES.

La subsanación de los defectos indicados por el registrador en la calificación no impide la interposición del recurso gubernativo, dado que su objeto es el acto de calificación del registrador. Practicado el asiento, no se trata de anularlo sino de que se declare que la calificación del registrador, al denegar la inscripción por concurrir defectos subsanables, no fue ajustada a derecho.

A pesar de que se fije como fecha de comienzo de operaciones una posterior a la del otorgamiento del poder, este es inscribible. La sociedad puede ir desplegando una actividad, o actuación, que en muchas casos es previa condición esencial para que pueda llevar a cabo, ulteriormente y con éxito, la actividad a la que pro- piamente encamina su objeto social y que requiere muchas veces numerosos actos

preparatorios, los cuales, como en toda persona jurídica, han de ser realizados por sus representantes, sean los orgánicos o los voluntarios.

Resolución de 25-4-2016
(BOE 6-6-2016)
Registro mercantil de Burgos

JUNTA. CONVOCATORIA. FORMA.

La resolución hace un recorrido por la evolución que ha sufrido la forma de convocar la junta en las sociedades limitadas, cuya la finalidad ha sido la de simplificarla, como medio de minimizar costes de funcionamiento de la propia sociedad, incrementando así su competitividad. También se aprecia, en todas las reformas sucesivas, que es preferente lo que digan los estatutos sobre forma de convocar la junta, que el sistema o sistemas supletorios que en defecto de regulación estatutaria establezca la norma legal.

En el caso contemplado, al establecer los socios la regulación de sus estatutos, lo que quisieron fue eliminar la forma legal de convocar la junta general estableciendo dos posibles formas de convocatoria alternativas —Diario y correo certificado—, que, si bien en cuanto a esa alternatividad no era posible con la anterior regulación legal y tampoco lo es ahora, lo cierto es que constaba inscrito en el hoja de la sociedad y en cuanto tal el precepto estatutario producía la plenitud de sus efectos jurídicos. Todo ello debe llevarnos a la conclusión de que el precepto estatutario, en cuanto a la forma de convocar la junta por correo certificado con acuse de recibo, perfectamente adecuada a la vigente regulación legal, sigue siendo aplicable, pues su aplicabilidad en nada contraría la norma legal vigente en el momento de convocar la junta, es más conforme con la voluntad de los socios que la establecieron como una las formas supletorias de la legal y se evita de esta forma una modificación de estatutos y una nueva convocatoria de junta que previsiblemente conduciría al mismo resultado.

Resolución de 26-4-2016
(BOE 6-6-2016)
Registro mercantil de Madrid II

TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD LIMITADA EN SOCIEDAD CIVIL.

Cabe admitir este supuesto cuando el objeto social tenga este carácter, especialmente en casos como el de sociedades civiles profesionales.

Es cuando menos extraño que una sociedad limitada se pueda transformar en sociedad cooperativa o en agrupación de interés económico y, en cambio, no se pueda transformar en sociedad civil. Siendo indiscutible que una sociedad limitada puede transformarse en sociedad cooperativa (art. 4.5 de Ley 3/2009) y que una sociedad cooperativa puede transformarse en sociedad civil (art. 69.1 «*in fine*» de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas), resulta absurdo rechazar la transformación directa de sociedad limitada en sociedad civil y obligar a los socios a seguir el procedimiento alambicado de la doble transformación.

Esta transformación no se acoge aquí al esquema legal más simplificado que se ha previsto para el ámbito mercantil. Concurriendo el consentimiento de todos

y cada uno de los socios, parece obvio que resultaría totalmente innecesario el que se les reconociese, además, el derecho de separación. Por otra parte, la masa patrimonial afectada por las resultas de las deudas sociales, se mantiene intacta (si no se aumenta, dada la responsabilidad limitada propia de la sociedad de origen) respecto de los acreedores que no hubiesen consentido el acto, en cuanto pudiera afectarles (arg. *ex arts.* 1205, 1257 y 1835 del Código Civil).

Nuestro ordenamiento no admite sociedades mercantiles por su objeto que revistan forma civil, pero no puede deducirse que todo objeto social que se refiera a la ejecución de una actividad económica, susceptible de reportar una ganancia, haya de ser necesariamente mercantil. En el supuesto analizado la DG concluye que las actividades contenidas no implican necesariamente un objeto mercantil.

Resolución de 27-4-2016
(BOE 6-6-2016)
Registro mercantil de Alicante III

RECURSO. OBJETO.

El recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados y que, hayan sido o no entendidos con acierto, quedan desde entonces bajo la salvaguardia de los tribunales y, por tanto, no puede ser modificados en tanto no medie acuerdo de los interesados o resolución judicial que así lo establezca. Si el recurrente entiende que el mismo ha sido hecho sin el debido cumplimiento de los requisitos legales, debe impugnarlo ante la jurisdicción ordinaria.

Resolución de 28-4-2016
(BOE 6-6-2016)
Registro mercantil de Málaga II

ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS. PODER DE REPRESENTACIÓN.

De la expresión estatutaria de que la «...representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos (de los administradores mancomunados)» no debe deducirse que se permita que la junta general pueda, sin modificación estatutaria, establecer que la actuación se ejerza mancomunadamente por tres, cuatro, etc., o de manera diferente a lo estatutariamente previsto, sino que en tal caso de utilización de la fórmula legal, la forma de actuación de los administradores mancomunados forzosamente habrá de ser por solo dos o más de ellos.

Resolución de 28-4-2016
(BOE 6-6-2016)
Registro mercantil de Palma de Mallorca II

AUDITOR. INFORME DE AUDITORÍA. OPINIÓN.

El informe con opinión denegada no tiene por qué implicar necesariamente el rechazo del depósito de cuentas. Hay que atender a la finalidad del informe

de dar satisfacción al interés de los socios y de terceros. Hay que analizar las salvedades formuladas para comprobar si del informe puede deducirse una información clara sobre el estado patrimonial de la sociedad. En este caso no puede efectuarse el depósito pues queda patente el incumplimiento por parte de la sociedad de sus obligaciones en materia de formulación de las cuentas y de su obligación de colaboración con el auditor. En el caso examinado el auditor pone en cuestión que la sociedad ha prescindido de la legalización y llevanza de los libros oficiales de carácter contable, así como del libro de actas y del libro registro de socios; pasivos financieros; cambio de criterios contables. Se trata de importes concretos relativos a partidas totalmente identificadas. En este caso, denegar el depósito de cuentas privaría a los destinatarios de la publicidad del Registro mercantil de una información difícil de obtener por otros cauces.

Resolución de 28-4-2016
(BOE 6-6-2016)
Registro mercantil de Asturias I

ACUERDOS SOCIALES. CERTIFICACIÓN. VISTO BUENO.

Cuando la gestión de la sociedad se encomienda a un consejo de administración, las certificaciones habrán de ser expedidas por el secretario con el visto bueno del presidente, quien al atestiguar la verdad del contenido de lo redactado por el primero, añade una garantía más a la veracidad y exactitud de lo relatado. Si se especifica la identidad de quien expide la certificación en concepto de secretario y presidente del consejo (mediante su nombre y apellidos y la especificación de su cargo) resulta innecesaria la antefirma o indicación de su documento de identidad.

Resolución de 3-5-2016
(BOE 6-6-2016)
Registro mercantil de Palma de Mallorca II

AUDITOR. INFORME DE AUDITORÍA. OPINIÓN.

El informe con opinión denegada no tiene por qué implicar necesariamente el rechazo del depósito de cuentas. Hay que atender a la finalidad del informe de dar satisfacción al interés de los socios y de terceros. Hay que analizar las salvedades formuladas para comprobar si del informe puede deducirse una información clara sobre el estado patrimonial de la sociedad. En este caso no puede efectuarse el depósito, pues queda patente el incumplimiento por parte de la sociedad de sus obligaciones en materia de formulación de las cuentas y de su obligación de colaboración con el auditor. En el caso examinado el auditor pone en cuestión el no haber obtenido el libro de actas de la sociedad y la calificación de determinados pasivos financieros. En este caso, denegar el depósito de cuentas privaría a los destinatarios de la publicidad del Registro mercantil de una información difícil de obtener por otros cauces.

Resolución de 4-5-2016
(BOE 6-6-2016)
Registro mercantil de Sevilla III

ADMINISTRADORES. MANCOMUNADOS. CONVOCATORIA DE JUNTA.

La DG ha rechazado reiteradamente la inscripción de acuerdos adoptados en junta general convocada únicamente por dos de los tres administradores mancomunados a falta de una disposición estatutaria que lo permita. El pacto estatutario de que, en caso de varios administradores mancomunados, el poder de representación se ejercerá por dos de ellos, se limita a las relaciones externas de la sociedad, al establecimiento de vínculos jurídicos con terceros, pero no al funcionamiento interno. Por ello la convocatoria de la junta, en caso de que existan varios administradores mancomunados, debe hacerse por todos ellos conjuntamente. El artículo 171 LSC tiene carácter excepcional solo para el supuesto contemplado. En el caso de que el órgano de administración no pueda adoptar el acuerdo relativo al ejercicio de la facultad de convocar, habrá que acudir a la vía de la convocatoria judicial. Pero es admisible la previsión estatutaria de que la junta pueda ser convocada por dos de los tres administradores mancomunados pues, no solo no es contraria a la Ley ni a los principios configuradores del tipo social escogido elegido, caracterizado por la flexibilidad de su régimen jurídico, sino que facilita la convocatoria de la junta general, de suerte que ante la negativa o imposibilidad de concurso de uno de los tres administradores conjuntos se evita la convocatoria realizada por el letrado de la administración de justicia o el registrador, con la mayor dilación que pudiera comportar.

Resolución de 10-5-2016
(BOE 6-6-2016)
Registro mercantil de Toledo

ADMINISTRADORES. RETRIBUCIÓN.

El sistema de retribución inherente al cargo debe constar siempre en los estatutos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las funciones inherentes al cargo de administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración. Cuando la administración se organiza como consejo, las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa y esta función es la que debe regularse en estatutos. Por el contrario, la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de consejero como tal, sino que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro. La retribución debida por la prestación de esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero. Por el contrario, en las formas de administración simple (administrador único, dos administradores mancomunados o administradores solidarios, como es el caso en el presente recurso), las funciones inherentes al cargo incluyen todas las funciones anteriores y, especialmente, las funciones ejecutivas. Por ello, en estos casos, el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución deben constar en estatutos (art. 217.2).

Sin embargo, también en estos pueden existir funciones extrañas al cargo que nada tienen que ver con la gestión y dirección de la empresa y que no es necesario que consten en estatutos, sino simplemente en los contratos que correspondan (contrato de arrendamiento de servicios para regular las prestaciones profesionales que presta un administrador a la sociedad, contrato laboral común, etc., en función de las labores o tareas de que se trate); lo único que no cabría es un contrato laboral de alta dirección, porque en ese caso las funciones propias del contrato de alta dirección se solapan o coinciden con las funciones inherentes al cargo de administrador en estas formas de organizar la administración.

Debe admitirse una cláusula estatutaria que, a la vez que establezca el carácter gratuito del cargo de administrador —con la consecuencia de que no perciba retribución alguna por sus servicios como tal— añada que se le retribuirá por la prestación de otros servicios.

Resolución de 11-5-2016
(BOE 6-6-2016)
Registro mercantil de Vizcaya II

ACUERDOS SOCIALES. CERTIFICACIÓN. APROBACIÓN DEL ACTA.

En las certificaciones de las actas debe constar de forma expresa la fecha y sistema o modo de aprobación, salvo que se trate de actas notariales (art. 112.1 RRM). Esta exigencia se extiende al supuesto de que, para la elevación a público de los acuerdos, se acuda al acta original, libro de actas, o testimonio notarial de los mismos, de modo que la escritura recoja todas las circunstancias del acta necesarias para calificar la validez de aquellos.

Resolución de 13-5-2016
(BOE 6-6-2016)
Registro mercantil de La Rioja

CALIFICACIÓN. EXPRESIONES CONTRADICTORIAS. CAPITAL. INTEGRACIÓN.

Es lógico entender que, en una escritura autorizada por notario, las palabras que se emplean en la redacción de aquella tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento. Por ello los instrumentos públicos «deberán redactarse empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma» (art. 148 del RN). En el caso analizado se utilizan de manera contradictoria los términos constitución y transformación de sociedad para describir la operación realizada, por lo que es exigible que la ambigüedad e incertidumbre que de ello se derivan quedan despejadas.

Las participaciones asumidas en el momento fundacional o en el posterior de aumento del capital —así como la prima de asunción— deben tener una correspondencia efectiva en valores patrimoniales. No cabe recibir participaciones sociales con un valor nominal superior al de la aportación. Por el contrario, nada impide que, en la constitución de una sociedad de capital, el valor nominal de las participaciones asignadas al socio sea inferior al de su aportación, siempre que el exceso en el valor de esta tenga la consideración de prima de asunción.

Resolución de 17-5-2016
(BOE 9-6-2016)
Registro mercantil de Madrid VIII

ADMINISTRADORES. ESCRITO DE OPOSICIÓN AL NOMBRAMIENTO. ARTÍCULO 111 RRM.

La constancia de la oposición es una medida cautelar que posibilita la inmediata reacción frente a nombramientos inexistentes, evitando, en su caso, su inscripción. Si bien según el artículo 111.4 RRM, ni la presentación de la oposición ni la nota marginal cierran el Registro, la oposición fundada en la justificación de la falta de autenticidad del nombramiento puede servir de base al cierre registral del acuerdo de que se trate. No es necesario que los acuerdos adoptados en la junta estén inscritos, pues lo que el artículo 111 trata de evitar es precisamente que accedan al Registro los acuerdos irregularmente certificados. Por ello la mecánica registral impone que la nota marginal se extienda al margen de la última inscripción. Y a mayor abundamiento, en este caso la manifestación contenida en el escrito presentado tiene su fundamento en un acta notarial que pone en evidencia la falta de autenticidad del nombramiento.

Resolución de 18-5-2016
(BOE 9-6-2016)
Registro mercantil de Toledo

ADMINISTRADORES. PERSONA JURÍDICA.

Es la persona jurídica designada administrador, y no la sociedad administrada, quien tiene la competencia para nombrar a la persona física o natural que ejercita las funciones propias del cargo. Ha de ser una única la persona física designada, no siendo válida la designación de varios ni aunque existan administradores solidarios o mancomunados en la administradora. Esa persona física actuará en nombre de la persona jurídica administradora y con carácter permanente para el ejercicio estable de las funciones inherentes al cargo de administrador. La designación de la persona física compete al órgano de administración de la persona jurídica administradora ya que se trata de un acto de gestión que, además, supone el ejercicio del poder de representación de la sociedad frente a un tercero cual es la sociedad administrada.

Resolución de 18-5-2016
(BOE 9-6-2016)
Registro mercantil de Palma de Mallorca II

CIERRE REGISTRAL. FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTA Y BAJA FISCAL. UNIPERSONALIDAD. TRACTO. CAMBIO DE SOCIO.

La distinta solución normativa respecto de los efectos del cierre registral por falta de depósito de cuentas y por baja en el Índice de Sociedades, en relación con el cese y renuncia de administradores, está plenamente justificada, dado que en el segundo caso se produce por un incumplimiento de obligaciones fiscales por parte

de la sociedad, acreditado por certificación de la Administración Tributaria, de las que puede responder el administrador; por lo que no debe facilitarse su desvinculación frente a terceros.

Ni la declaración de unipersonalidad o de cambio de socio único hecha por quien carezca de legitimación para ello, incluso aunque sea por el socio único, ni por quien aun teniéndola no se base en la acreditación del contenido del libro registro de socios, pueden ser en principio eficaces a efectos registrales. En concreto, la declaración hecha por un administrador sobre la existencia de unipersonalidad sin tal base justificativa es insuficiente. Pero en la escritura calificada el administrador único, como órgano competente para la llevanza y custodia del mencionado libro registro de socios, declara que la transmisión de las participaciones ya ha producido el efecto señalado (*vid.*, entre otras, las resoluciones de 10 de marzo de 2005, 20 de mayo de 2006, y 23 de enero de 2015), teniendo en cuenta que la escritura es otorgada por el administrador inscrito saliente y el administrador entrante.

El hecho de que los asientos registrales no hagan referencia a una situación de unipersonalidad no puede impedir la inscripción de acuerdos sociales adoptados por el órgano competente, como es en este caso la junta general, cuando se trata de acuerdos que no traigan causa de la situación de unipersonalidad y que, en consecuencia, no dependan para su inscripción de la constancia de aquella circunstancia. En este caso, la declaración del cambio de socio único y el de cese y nombramiento de nuevo administrador, traen causa directa de ese cambio de socio único y, resultando del título presentado que la sociedad tiene un único socio y el cambio del mismo, no es obligatorio con carácter previo hacer constar aquella circunstancia.

Resolución de 19-5-2016
(BOE 09-06-2016)
Registro mercantil de Burgos

AUMENTO DE CAPITAL. POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS. INFORME DEL AUDITOR.

El objeto del informe del auditor no es la valoración del crédito objeto de compensación —ni la comprobación del valor atribuido al mismo por el órgano de administración— (a diferencia de lo que se establece para el informe de experto independiente respecto de las aportaciones no dinerarias —*vid.*, art. 67 de la Ley de Sociedades de Capital—). El auditor deber certificar que, verificada la contabilidad social, se corresponden con ella los datos relativos al crédito (entre ellos, su importe o valor nominal) que necesariamente debe expresar el órgano de administración, sin que aquel deba emitir un juicio sobre la «veritas» y «bonitas nomini» de dicho crédito. La emisión de este informe debe ajustarse a la «Norma Técnica de elaboración del Informe Especial sobre aumento de capital por compensación de créditos, supuesto previsto en el artículo 156 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas» (actualmente, artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital), publicada por resolución de 10 de abril de 1992, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, que es de obligado cumplimiento para el auditor. El hecho de que, siguiendo las prescripciones de la norma técnica aplicable, el auditor exprese en su informe que la documentación preparada por los administradores ofrece información «adecuada», en vez de emplear el término información «exacta», no puede constituir obstáculo a la inscripción.

Resolución de 20-5-2016
(BOE 9-6-2016)
Registro mercantil de Huelva

ESTATUTOS. PARTICIPACIONES. TRANSMISIÓN.

Salvo estos casos excepcionales de libre transmisión, esta está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos (que no podrán hacer prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*). Para el caso de imprevisión estatutaria, en la Ley vigente se establece un régimen supletorio caracterizado por la sujeción de tales transmisiones al consentimiento de la sociedad mediante acuerdo de la junta general que puede ser objeto de control jurisdiccional. Uno de los posibles sistemas para evitar la discrecionalidad consiste en la exigencia de que los estatutos expresen de forma precisa las causas que permitan denegar el consentimiento o autorización de la sociedad (como exige, para la sociedad anónima, el artículo 123.2 del Reglamento del Registro Mercantil). Pero este sistema, precisamente por su carácter de régimen supletorio, deja margen a la autonomía de la voluntad de los propios socios para disciplinar otras alternativas en la limitación de la transmisión de las participaciones, siempre que aseguren al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones. Por ello, no cabe rechazar la inscripción de la cláusula debatida, en cuanto atribuye al socio el derecho de separación para el caso de denegación de la autorización, de modo que no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable, y no puede considerarse que rebase los límites generales a la autonomía de la voluntad.

Resolución de 25-5-2016
(BOE 10-6-2016)
Registro mercantil de Valencia V

AUDITORES. PRÓRROGA TÁCITA DEL NOMBRAMIENTO.

El artículo 52.2 del Reglamento de ejecución de la Ley de Auditoría de Cuentas establece dos requisitos en el deber que impone a la sociedad de comunicar la prórroga tácita del contrato de auditoría al Registro Mercantil:

1. Que se trate de acuerdo o certificado suscrito por quien tenga competencia legal o estatutaria en la entidad auditada, es decir, el órgano de administración.
2. Que dicha comunicación se verifique en un plazo que no podrá ir más allá de la fecha en que se presenten para su depósito las cuentas anuales auditadas correspondientes al último ejercicio del periodo contratado. Conforme a los artículos 164, 271 y 279 LSC, el plazo para llevar a cabo este depósito y, por tanto, para presentar el documento de prórroga, no puede exceder de siete meses desde que se haya cerrado el último ejercicio. El plazo no puede subordinarse al hecho de que efectivamente se haya llevado a cabo el depósito de las cuentas pues llevaría a la imposible conclusión de que el cumplimiento del plazo dependería de la actuación del obligado en perjuicio, por ejemplo, del derecho a solicitar que se haga la designación por auditor designado por el registrador mercantil *ex* artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Resolución de 26-5-2016
(BOE 10-6-2016)
Registro mercantil de Madrid IX

CIERRE REGISTRAL. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA.

Entre las excepciones a la norma de cierre no se encuentra la de renuncia de un apoderado que, en consecuencia, no podrá acceder a los libros registrales mientras el cierre subsista.

Resolución de 30-5-2016
(BOE 23-6-2016)
Registro de Bienes Muebles de Madrid XVII

PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO. LICENCIA DE TAXI.

Se trata de la elevación a público de dos documentos privados: uno de compraventa de licencia de taxi con precio aplazado, y otro por el cual el nuevo titular de la licencia suscribe el contrato de prenda respecto a la licencia de taxi para garantizar el pago de la deuda que ha contraído con el vendedor.

Es admisible la pignoración de licencias de taxi (en rigor de los derechos de explotación derivados de la licencia), siempre que se acredite su titularidad y sea transmisible, precisamente porque la falta de ostentación de la posesión por el titular de la garantía, hace que la publicidad registral de la prenda sea, no solo posible, sino conveniente y podría decirse que *cuasi* constitutiva.

La titularidad de la licencia debe acreditarse mediante certificación (no una simple fotocopia) expedida por el correspondiente Registro municipal de licencias.

El principio de especialidad registral exige que quede perfectamente delimitada la obligación asegurada, los intereses estipulados y la cantidad fijada para costas y gastos. No es exigible en el caso contemplado la determinación precisa de la fórmula de cálculo del tipo de interés, exigencia procedente para préstamos otorgados por entidades financieras o para supuestos en que no se haya fijado con claridad y precisión las cuotas mensuales de capital o intereses. En cuanto a los gastos, deben concretarse y establecerse una cantidad máxima de responsabilidad. La fijación de un valor a efectos de subasta es exigible solo cuando se pacte procedimiento extrajudicial pero no en el procedimiento de ejecución directa. Tampoco en este caso se puede exigir la formalización de un seguro, pues ello está pensado para bienes pignoralos consumibles o susceptibles de deterioro, cosa que no ocurre con los derechos derivados de una licencia municipal.

Resolución de 2-6-2016
(BOE 23-6-2016)
Registro mercantil de Murcia II

REDUCCIÓN DE CAPITAL. PÉRDIDAS. VERIFICACIÓN DEL BALANCE POR AUDITOR.

La reducción meramente contable del capital social para compensar pérdidas debe cumplir unas garantías básicas para evitar que los intereses de socios y

acreedores pues, si bien el activo social no varía, sí que posibilita que se puedan distribuir los beneficios futuros entre los socios, en lugar de ir destinados necesariamente a cubrir las pérdidas acumuladas. Solo cabe excluir esa verificación cuando concurre el consentimiento unánime de todos los socios y cuando los intereses de los acreedores están salvaguardados por mantenerse o incluso fortalecerse la situación económica de la sociedad a consecuencia de un subsiguiente aumento de capital si bien en este caso el activo social no varía, sí que posibilita que se puedan distribuir los beneficios futuros entre los socios, en lugar de ir destinados necesariamente a cubrir las pérdidas acumuladas.

Resolución de 3-6-2016
(BOE 23-6-2016)
Registro mercantil de Valencia II

OBJETO SOCIAL. AGENCIA DE VIAJES

Es admisible la inclusión en el objeto social de la actividad «Agencia de Turismo y empresa de actividades turísticas» en la que se incluye la de «agencia de viajes». Aunque la normativa autonómica distinga entre agencia mayorista, minorista y mayorista-minorista con actividades diferentes, se trata de una norma administrativa tendente a la obtención de licencias, no de requisitos constitutivos de la sociedad. La sociedad constituida puede actuar en todo el territorio nacional sin que tenga que ceñir su ámbito de operaciones al lugar donde tenga establecido su domicilio social.

Resolución de 6-6-2016
(BOE 28-6-2016)
Registro mercantil de Madrid VIII

DENOMINACIÓN. SOCIEDAD PROFESIONAL. OBJETO SOCIAL. AGENTE DE SEGUROS.

No es admisible una denominación de una persona jurídica que pueda llevar a los terceros a tenerla por otra de distinta naturaleza, clase, tipo o forma. En el caso contemplado aunque en el objeto social se expresa que se excluyen del mismo las actividades sujetas a la Ley 2/2007, de sociedades profesionales, no es admisible la denominación «Unimedi Profesional, S.L.», pues da lugar a confusión en el tráfico jurídico y mercantil.

La Ley 26/206 señala que la condición de agente de seguros exclusivo, de agente de seguros vinculado y de corredor de seguros son incompatibles entre sí en cuanto a su ejercicio al mismo tiempo por las mismas personas físicas o jurídicas, por lo que es imprescindible especificar cuál de las actividades de intervención constituye el objeto de la sociedad cuya creación se pretende. Únicamente cabe incluir una de las referidas categorías de mediadores de seguros.

Resolución de 7-6-2016
(BOE 28-6-2016)
Registro mercantil de Granada

APORTACIÓN NO DINERARIA. GRUPOS DE BIENES.

En principio, la identificación de las aportaciones no dinerarias debe realizarse por cada uno de los bienes aportados y no por el conjunto de ellos, salvo que se trate de bienes de la misma clase o género que se aporten como un todo formando un grupo o conjunto, o de la aportación de empresa o establecimiento mercantil o industrial que es contemplada como una unidad dado que, siendo la aportación de los bienes individual, individual también es la responsabilidad que se genera respecto de cada uno de ellos en cuanto al título y valoración.

En el supuesto contemplado, se trata de la aportación de conjuntos de bienes, grupos de chapas que se describen con sus medidas, color y especificación de modelo, expresando el valor de cada grupo y la numeración de las participaciones que se asignan al aportante por cada grupo de tales aportaciones. Se trata de bienes que no son considerados en su estricta individualidad, sino que son contemplados en globo, por lo que la norma debatida ha de ser aplicada con suficiente flexibilidad, atendiendo a su espíritu y finalidad.

Resolución de 8-6-2016
(BOE 28-6-2016)
Registro mercantil de Alicante III

ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS. PODER DE REPRESENTACIÓN.

De la expresión estatutaria de que la «...representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos (de los administradores mancomunados)» no debe deducirse que se permita que la junta general pueda, sin modificación estatutaria, establecer que la actuación se ejerza mancomunadamente por tres, cuatro, etc., o de manera diferente a lo estatutariamente previsto, sino que en tal caso de utilización de la fórmula legal, la forma de actuación de los administradores mancomunados forzosamente habrá de ser por solo dos o más de ellos.

Resolución de 9-6-2016
(BOE 28-6-2016)
Registro de Bienes Muebles de Burgos

CONCURSO DE ACREEDORES. CANCELACIÓN DE ASIENTOS.

Conforme al artículo 100 RH, en relación a las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes, el registrador no puede calificar los fundamentos ni los trámites del procedimiento que las motivan. Pero sí debe calificar la competencia del juez o tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento seguido, las formalidades extrínsecas del documento presentado y los obstáculos que surjan del Registro.

La competencia del juez del concurso se extiende a la cancelación de los embargos y anotaciones que afecten a los bienes del concursado, como excepción a

la regla general de que la competencia para cancelar una anotación preventiva la tiene el mismo juez o tribunal que la hubiera ordenado como consecuencia del procedimiento universal de ejecución (art. 55 LC).

El supuesto contemplado es el de un mandamiento del Juzgado de lo Mercantil, dictado en un procedimiento concursal, «ordenando el levantamiento de cualesquiera cargas o limitaciones de disposición existentes sobre el vehículo», cuando en el Registro no consta ninguna carga, y tan solo consta la declaración de concurso y la apertura de la fase de liquidación. Por lo tanto no hay ninguna carga que cancelar. La única limitación de disposición que afecta al vehículo es la derivada de la situación concursal, y no se ha solicitado la cancelación de inscripción del concurso, puesto que este no ha concluido.

Resolución 10-6-2016

(BOE 28-6-2016)

Registro mercantil de Madrid XII

PODER. ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS.

En el caso de un poder que dos administradores mancomunados se otorgan a sí mismos, aquel no puede aceptarse respecto de facultades conferidas para ser ejercitadas por ambos conjuntamente, puesto que ya las ostentan orgánicamente y por igualdad de razón que para el rechazo en el caso de administrador único que se otorga poder a sí mismo. Pero sí es admisible respecto de aquellas facultades conferidas para que cada uno de ellos pueda ejercitarlas por sí solo. Este último es un tema ya resuelto anteriormente por la Dirección General cuando señala que, en el acto concreto de apoderamiento, se produce una delegación por la que cada uno de los administradores autoriza al otro a fin de hacer uso de aquellas facultades que el poderdante tiene atribuidas para ser ejercitadas conjuntamente con el propio apoderado. Por eso cabe la revocación por parte de uno solo de los administradores mancomunados respecto del poder conferido, con carácter individual, al otro administrador conjunto.

Resoluciones publicadas en el DOGC

Por María TENZA LLORENTE

Resolución 1221/2016, de 2-5-2016

(DOGC 18-5-2016)

Registro de la propiedad de Vilanova i la Geltrú, número 1

DENEGACIÓN ASIENTO DE PRESENTACIÓN. RECURSO EXTEMPORÁNEO.

Es doctrina reiterada también del Centro Directivo la inadmisibilidad del recurso una vez que ha transcurrido el plazo de un mes desde la notificación fehaciente de la calificación (fundamentos de Derecho segundo de la resolución de 6

de marzo de 2014), sin perjuicio de que el interesado vuelva a presentar de nuevo el documento una vez vencido dicho término y presentar recurso contra la nueva calificación. En el supuesto de hecho no se discutían cuestiones de cómputo, pero se puede señalar sobre el particular que el Centro Directivo entiende que el «*dies a quo*» del cómputo ha de ser el día siguiente de la notificación de la calificación, pero siguiendo la doctrina del TS y de la Dirección General (sentencias de 10 de junio de 2008, 19 de julio de 2010, 26 de octubre de 2012, y 4 de agosto de 2013, y las resoluciones de 14 de octubre de 2002, y 10 de junio de 2008), pues en el cómputo de plazos por meses a que se refiere el artículo 48.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, es decir de fecha a fecha, la del vencimiento «*dies ad quem*» ha de ser la del día correlativo mensual al de la notificación, de manera que el día final debe coincidir con el de la notificación del acto impugnado (fundando de Derecho segundo de la resolución de 27 de enero de 2016, dictada en sede mercantil). Ahora bien, en caso de duda por no poder acreditarse dicha fecha de notificación, la interpretación ha de hacerse pro interesado.

Esta resolución asimismo no discute que proceda el recurso gubernativo contra la denegación del asiento de presentación. Así, la resolución de 17 de abril de 2014 (fundamento de Derecho segundo), en un supuesto similar al planteado de documento que carecía de trascendencia real, analiza esta materia. Comienza indicando el Centro Directivo que el artículo 416 del RH establecía que, ante la negativa a practicar asiento, cabía recurso de queja ante el juez de la localidad. La Ley 24/2001, de 27 de diciembre de 2001, estableció en el artículo 329 de la misma Ley el recurso de queja ante la propia Dirección General, con alzada ante el juez de la capital de la provincia, pero este último precepto quedó derogado y dejado sin contenido por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre de 2005, por lo que actualmente la cuestión carece de una regulación directa. No obstante, acoge el criterio doctrinal de que debe aplicarse el mismo recurso que contra una calificación negativa, pues la calificación que deniega el asiento de presentación es una calificación más, y, por tanto, ha de entenderse incluida en el artículo 324 de la LH.

En esta concreta cuestión procedimental de plazos de presentación de recurso, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, en la resolución de 77/2015, de 7 de enero de 2015 consideró que en casos de aportación de documentación que subsana o son susceptibles de subsanar defectos y siguiendo la doctrina de las RRDGRN de 25 de mayo de 2001, 2 de diciembre de 2004, y de 15 de octubre de 2005, con cada calificación, pese a que no se denomine como tal, se abre un nuevo plazo para recurrirla.

Pero una importante diferencia de la resolución comentada que cabe destacar es que se aparte del criterio que adopta la Dirección en su resolución de 2444/2013, de 29 de octubre de 2013, que pese a declarar extemporáneo el recurso, entra en el fondo «a efectos doctrinales» (fundamento de Derecho primero).

En resumen, transcurrido el plazo de un mes, procede inadmitir el recurso, sin que quepa pronunciamiento sobre el fondo.

ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Acoso escolar, responsabilidad civil y daño moral*

Bullying, responsibility and moral damages

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Universidad
Derecho Civil. UCM*

RESUMEN: Existe responsabilidad extracontractual de la madre de la menor acosadora y del centro académico, por los episodios ocurridos a la salida del colegio, dentro de un contexto académico, que debió conocer, controlar y evitar, sobre todo para que no progresaran y se agravaran. Se establece en conexión con la responsabilidad la necesaria indemnización por secuelas y daños morales.

ABSTRACT: *There is responsibility of the mother of the stalker and of the academic center for episodes that occurred outside of the school, within an academic context, which should know, to control and to avoid, especially for not progress and aggravate. It is established in connection with the responsibility the necessary compensation for sequels and moral damages.*

PALABRAS CLAVE: Menores. Acoso escolar. Responsabilidad. Daño moral.

KEY WORDS: *Minors. bullying, responsibility moral damage.*

* Este trabajo se integra dentro del marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyo equipo de investigación formo parte.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE ACOSO ESCOLAR.—III. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA MATERNA Y DEL CENTRO ESCOLAR: 1. RESPONSABILIDAD DE LA MADRE DE LA MENOR ACOSADORA. 2. RESPONSABILIDAD DEL CENTRO ACADÉMICO Y POR EXTENSIÓN DE SU COMPAÑÍA DE SEGUROS.—IV. DAÑO MORAL.—V. PRESCRIPCIÓN.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El comentario¹ de hoy nos lleva al ámbito de la violencia física y/o psicológica entre menores —concretamente entre alumnos— y sus repercusiones civiles de responsabilidad por daños. El problema concreto al que nos vamos a referir es el que cada vez mayor incidencia está adquiriendo centrado en las agresiones —tanto físicas como psicológicas— entre compañeros, que además, pueden ser grabadas en el móvil y difundidas por Internet, constituyendo el fenómeno conocido como acoso escolar, maltrato entre iguales o *bullying*.

Como indica MAGRO SERVET² «los jóvenes desarrollan conductas violentas dentro y fuera de la escuela. Dentro, hacia otros compañeros o contra el profesorado. Fuera, hacia sus parejas o frente a sus padres y hermanos. Los tipos de comportamiento antisocial entre los que debemos diferenciar para poder orientar un abordaje adecuado del problema de la violencia escolar podrían ser los siguientes: Problemas de disciplina (conflictos entre educadores y alumnos), acoso escolar o “bullying” (violencia entre alumnos), acoso sexual, violencia física y/o psicológica, vandalismo y daños materiales, y, interrupción o alteración en las aulas».

Nos encontramos ante un problema muy duro de la sociedad que trasciende a las instituciones escolares, originando un tipo de violencia escolar con carácter propios y que además, debe ser atajado desde la prevención coordinada de la Administración y los centros educativos³.

Y decimos que es un problema de la sociedad actual con repercusión en los centros de enseñanza consecuencia de la ausencia de determinados principios y valores de carácter educativo, como responsabilidad y disciplina; la sobreprotección por parte de los padres para sus hijos, la disminución del tiempo de convivencia entre padres e hijos, la tendencia social a consentir ciertas actitudes violentas y la disminución de la valoración social del docente⁴.

El acoso supone el maltrato, vejación de una persona o grupo de individuos frente a otro, llevándole a una situación de estrés producido por el hostigamiento continuo de los compañeros. El menor sufre daños tanto físicos como, sobre todo, psíquicos, consecuencia de la falta de estrategias para hacer frente al acoso: en unos casos no sabe que pueden resolver su problema y en otras ocasiones no saben cómo hacerlo. Y desde luego siempre se le causan unos daños de difícil reparación.

Por último, cabe indicar que la hoy vigente Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, modificó en su artículo único, la LOE de 2006, dando una nueva redacción al párrafo k) del artículo 1, que incorpora el tema del «acoso escolar»; del artículo 124, que dispone *que el plan de convivencia de los centros recogerá, entre otros aspectos, la realización de actuaciones para la resolución pacífica de conflictos con especial atención a las actuaciones de prevención de la violencia de género, igualdad y no discriminación...*; del artículo 127 g) sobre las competencias del Consejo Escolar; y del artículo 132.f)

relativo a las competencias del director y que incorpora una distinción de género («alumnos/as»).

Son varios los motivos que nos llevan a comentar esta sentencia, pues aunque alguna otra ya había dado un paso por esta vía, en esta sentencia se concreta la solidaridad de la responsabilidad entre la madre de la niña acosadora y el centro educativo, como veremos en las siguientes líneas.

II. CONCEPTO DE ACOSO ESCOLAR

El acoso escolar ha sido definido como una conducta de persecución física y/o psicológica que realiza un alumno/a contra otro/a, al que escoge como víctima de sus repetidos ataques. Sus características fundamentales son la repetición de las acciones, la intencionalidad del agresor, y una situación de abuso de poder⁵.

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 10/2005, de 6 de octubre caracteriza el acoso, también conocido como *bullying* o «violencia horizontal», por una continuidad en el tiempo, pudiendo consistir los actos concretos que lo integran en agresiones físicas, amenazas, vejaciones, coacciones insultos o en el aislamiento deliberado de la víctima. Concorre junto a estos caracteres una nota de desequilibrio de poder a partir de circunstancias tan diferentes como la propia presión del grupo, la mayor fortaleza o edad de los acosadores o la existencia de discapacidad en la víctima⁶.

En la sentencia objeto de comentario, la Audiencia entiende la existencia de vinculación de varios episodios producidos en años sucesivos (2009 y 2010) calificándolos de acoso escolar continuado y sistemático de una menor producidos por otra menor, susceptible de causar daño moral. Aunque dos de ellos se hayan producido fuera del colegio, realmente tienen lugar «a la salida del colegio» y, por lo tanto, en un contexto académico y en relación con la actividad académica. Además las partes son siempre las mismas: María Ángeles y Blanca y existe una continuación temporal y espacial unitaria; pues dos episodios se producen en septiembre-octubre a la salida del colegio y otro en marzo en la clase de gimnasia. Hay una continuidad en la acción acosadora e intimidatoria de una menor hacia la otra que responde a una dinámica de actos y menosprecio que no pueden ni separarse, ni desvincularse: ni para valorar la causalidad por responsabilidad extracontractual, ni para valorar la concurrencia de secuelas y de daño moral (debe tenerse en cuenta que en la sentencia penal previa, no solo condena por tres faltas (una de lesiones y otras dos de maltrato de obra), sino que es por conformidad de la menor y, por lo tanto, con conocimiento y consentimiento de sus padres).

Todos los episodios reflejan una violencia física y una acción intimidatoria inaceptable de una menor de 12/13 años hacia otra menor de semejante edad y en el contexto escolar. Así, en el primer episodio la víctima sufre un agarrón del cuerpo y tirón de pelo; en el segundo: agarrones, patadas y la tiraron al suelo y en el tercero, aún estando en clase con desconsideración no solo al profesor, sino a los demás alumnos, Ángeles lanza un balón contra Blanca y lo que es peor vuelve a agarrarla del pelo y a tirarla al suelo, precisando de asistencia médica inmediata e incapacidad por 45 días, según informe forense, y con ingreso en urgencias en marzo de 2010, como dice el informe pericial: «tras el incidente con otras menores de su clase».

Los hechos dañosos se concretan en diversas situaciones sufridas durante 2.º ESO, así como los insultos, comentarios negativos, risas y burlas en la clase

y en el patio, por parte de un grupo de compañeras mientras el resto se limitan a ser espectadores. Por parte del equipo de profesores abordan la problemática junto con los padres de Blanca sin éxito.

La menor se siente en situación de indefensión, situación de desequilibrio de poder del grupo de chicas frente a ella con acciones amenazantes y/o agresivas hacia ella de forma repetida durante parte del curso, que le crean la expectativa de poder ser atacada de nuevo y con ello un aumento en su nivel de ansiedad. Destacar la mayor afectación de ese tipo de situaciones en el momento evolutivo de la adolescencia por la importancia de la dimensión social y las amistades siendo estas importantes figuras de apego en esas edades.

Y los efectos de este acoso producen diferentes consecuencias: malestar psicológico respecto al entorno escolar, con disminución de su rendimiento que posteriormente remonta, somatizaciones en forma de cefaleas y quejas de dolor abdominal, vómitos, crisis de ansiedad, pensamientos de contaminación y culpabilidad e indefensión por no saber defenderse de sus compañeras, búsqueda de figuras de protección sin éxito. Todo ello genera un estado de alerta y ansiedad que pudiera ser el origen del encontrado en la actualidad en el momento de la evaluación.

Ha precisado desde entonces de tratamiento en Salud mental por trastorno ansioso con síntomas relacionados a ansiedad social, miedo a la exposición y síntomas obsesivos compulsivos con interferencia importante en actividades sociales y lúdicas.

En resumen hay una serie de requisitos necesarios para que prospere la acción de responsabilidad por acoso escolar:

- Conducta de persecución física y/o psicológica que realiza un alumno/a contra otro/a.
- Intencionalidad y abuso de poder de un alumno frente a otro.
- Los actos pueden consistir en agresiones físicas, amenazas, vejaciones, coacciones insultos o en el aislamiento deliberado de la víctima.
- Carácter prolongado o reiterado de las conductas vejatorias o humillantes⁷.
- Hostigamiento a menor por sus compañeros de clase causalmente determinante de padecimiento psicológico⁸.

III. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA MATERNA Y DEL CENTRO ESCOLAR

El informe pericial psicológico judicial, cuya imparcialidad y cualificación está fuera de toda duda razonable, es categórico a los efectos de acreditar la causalidad y conexidad entre los tres episodios de acoso y la responsabilidad solidaria de los codemandados. Los problemas de la menor, y en particular su situación de ansiedad, tiene su origen y derivan de los incidentes escolares, aunque hayan remitido y mejorado y la menor (hoy mayor de edad) haya continuado sus estudios e iniciado la vida universitaria, lo que se valorará en el análisis no tanto en la causalidad, que nos ocupa, como en la cuantificación del daño.

La sentencia de la Audiencia critica a la de Primera Instancia en que si esta no cree que los hechos deben vincular debería haber establecido la responsabilidad de la madre de la menor acosadora por los hechos que ocurrieron en 2009 fuera del colegio. Y no lo hizo.

Ante la imposibilidad de individualizar las responsabilidades entre los codeemandados —madre y colegio—, y dada la unidad de acción y de resultado en

el conjunto de la actuación, es por lo que la Audiencia considera que la responsabilidad es *solidaria por todos los actos de acoso y por su vinculación causal, temporal, comitiva y finalista*. Aunque como indica la sentencia sin perjuicio de las acciones entre deudores que permite el artículo 1145-2 del Código Civil.

1. RESPONSABILIDAD DE LA MADRE DE LA MENOR ACOSADORA

En la SAP de Palencia, de 18 de marzo 2016⁹, se hace notar que la madre no ha adoptado ninguna medida disciplinaria, educativa o terapéutica para evitar que su hija tuviera un comportamiento inadecuado respecto de la otra menor, que además era compañera de clase y que no tenía el deber de soportar las agresiones y/o vejaciones que vino sufriendo durante varios meses con solo 12 y 13 años edad de manera continuada e injustificada. Todo ello en base al artículo 1903 del Código Civil que indica que «los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda»¹⁰.

También en la SAP de Valencia, Sección 7.^a, de 14 de marzo de 2014¹¹, se refiere a la presunción de culpa de los padres de la menor acosadora en un supuesto donde los hechos continuados de acoso comenzaron antes de la agresión producida y continuaron después¹². Frente al argumento de que los padres no tienen ninguna responsabilidad en lo ocurrido pues se trata de una mera pelea que tuvo lugar en las instalaciones del Colegio en horario lectivo, no existiendo ninguna prueba del acoso, y menos de la relación de causalidad entre la pelea y el daño psicológico. La Audiencia desestimó tal argumentación¹³.

2. RESPONSABILIDAD DEL CENTRO ACADÉMICO Y POR EXTENSIÓN DE SU COMPAÑÍA DE SEGUROS

El fundamento de la responsabilidad de los centros educativos ya sea objetivo, cuasi-objetivo o subjetivo en relación con sus alumnos, se centra en el criterio de la culpa «in vigilando», derivada de que los padres transfieren al centro académico la guarda de hecho que impone al centro un deber objetivo de cuidado, control y vigilancia sobre sus alumnos y el criterio de la «responsabilidad por la deficiente organización de personas o de medios» y que como indica la sentencia de la Audiencia tiene su antecedente en la doctrina alemana de la «culpa de organización» o «organisationsverschulden» y que se acoge en la Exposición de Motivos de la Ley de 1991¹⁴, con relación a la redacción del artículo 1903 del Código Civil.

Resulta evidente la responsabilidad por riesgo o cuasi-objetiva justificándose por la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad¹⁵, y que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho¹⁶.

Los hechos más dañosos ocurridos en 2010, se producen durante la clase de gimnasia (horario lectivo, dependencias lectivas, ante un profesor, y el conjunto de la clase) aunque se desarrollara en el patio por ser educación física. En cuanto a los otros dos incidentes iniciales de acoso de 2009, ya se ha apuntado que si bien no tuvieron ni la gravedad, ni las consecuencias de los hechos de marzo de 2010, no exime de responsabilidad al colegio por dos razones:

- a) En primer lugar, porque se producen *con otra alumna, en un contexto académico respecto a niñas de 12-13 años, con agresiones físicas a la salida*

del colegio y que el colegio debió de conocer, controlar y evitar; sobre todo, para que progresaran y se agravaran como así lamentablemente ocurrió y que dio lugar a un episodio de especial gravedad a los pocos meses con secuelas médicas y necesidad de asistencia sanitaria urgente.

- b) No supone una desvinculación del ámbito académico, pues no solo se producen los episodios de finales de 2009 al salir del colegio, sino que la Jurisprudencia hace una interpretación amplia del ámbito académico y establece que *el deber de reparar el daño se impone al centro académico y este responde cuando mantiene un control del alumnado sea total o parcial, ya sea en horas lectivas o en un tiempo posterior; y en particular en una niña de 12 años que no había sido recogida por sus padres o persona autorizada al salir de la colegio.*
- c) La vigilancia del colegio sobre el entorno de la alumna acosada y sobre la actitud que con ella observaba alguna de sus compañeras fue escaso, inadecuado y tardío; y, sobre todo, fue tibia, poco ejemplarizante y a destiempo la reacción sobre los hechos y que dio lugar a que la única solución efectiva para la salud de la menor acosada fuera abandonar el colegio a casi final de curso, lo nunca es deseable, ni adecuado, para el alumno/a afectado.

Sin olvidar, además que el carácter especial de Blanca tímida, cohibida, discreta o retraída o con más o menos dificultades de integración social y escolar, *no solo no limita la responsabilidad del colegio, sino que la agrava* pues pone de manifiesto que precisamente su carácter y vulnerabilidad exigían de *un especial deber de vigilancia* sobre su entorno académico y sobre su relación con sus compañeras de clase por parte de profesores y tutores.

El Colegio realmente no actúa, a mi modo de ver, aunque menos enérgica se muestra la Audiencia diciendo que *«(se debe) excluir en la actuación del colegio las pautas de lo que denomina el artículo 1903 del Código Civil un “buen padre de familia”:*

Y reitero la pasividad del Colegio, cuando la propia sentencia indica que de un «informe del propio colegio a la inspección ya se detectan y admiten señales de alarma en relación con Blanca... (pues) a finales del curso anterior la madre ya habló con la tutora sobre la *desaparición de cuadernos* y al principio del curso en septiembre algunas alumnas *no permitieron a Blanca participar en una actividad de baile para las fiestas de colegio*», lo que el colegio debió conocer y corregir con contundencia.

No obstante la Audiencia entiende que «esa falta de actividad para evitar el acoso por parte del centro determina los incidentes de finales de septiembre y octubre, y que solo aparejaron una leve amonestación a una alumna y actividades de mediación que, pese a lo informado por el colegio, no fueron, ni efectivas, ni eficaces. Así, la madre demandante se dirigió por escrito a la dirección del centro y al servicio de inspección insistiendo en el miedo y en la situación de acoso que sufría su hija».

También insiste la resolución en que «esta falta de medidas urgentes y efectivas en el inicio del problema y de raíz, estuvo en el origen y provocó el grave acontecimiento del 31 de marzo de 2010».

La propia sentencia reprocha la actuación del propio Colegio, que tras conocer los hechos de marzo de 2010, aunque incoa el correspondiente expediente y nombra instructora, y pese a la gravedad de los hechos probados solamente se califican como *falta de respeto, indisciplina acoso, amenaza, agresión física, dete-*

rioro grave de pertenencias de miembros de la comunidad educativa y actuaciones perjudiciales para la salud de otros miembros de la comunidad educativa, con una sanción para María Ángeles, la acosadora, benévola, y poco ejemplarizante ante la progresión y gravedad de los hechos en el contexto académico. Cuyo resultado y esto es lo peor supusieron la falta de resolución del problema teniendo que dejar el colegio en 2010 a finales de curso académico.

En resumen hay pasividad ante determinados hechos que ocurren en el Centro, cuando toma medidas son simples amonestaciones y actividades de mediación sin resultado positivo. No se toman medidas urgentes y efectivas. Y cuando se toman por la existencia de los hechos ocurridos en 2010 se califican como falta leve, con una sanción benévola y poco ejemplarizante para los demás alumnos, lo que permitió que la actitud de la acosadora progresara.

Toda actividad de queja ante el propio centro, y ante la Inspección es por parte de la madre de la menor acosada, quien al final tiene que sacar a su hija del Centro educativo¹⁷.

En cuanto a los requisitos exigibles para establecer y concretar la responsabilidad del centro educativo, son reseñables:

- La actitud omisiva del colegio, el cual debe llevar a cabo una conducta de vigilancia y control con la adopción de medidas adicionales que eviten la violencia escolar¹⁸.
- Ante la existencia de conflicto y su conocimiento por el centro este debe adoptar un deber de diligencia e intentar solucionar el conflicto. La respuesta del centro escolar debe ser proporcionada y razonable, atendido el nivel de acoso objetivado y¹⁹ debe tener como prioridad apoyar al menor y aplicar medidas disciplinarias al grupo²⁰.
- Se produce en consecuencia responsabilidad del centro educativo por la omisión de la diligencia exigible en la prevención y elusión del daño causado implantando las medidas necesarias para prevenir y evitar la violencia escolar sufrida²¹. Los agentes del centro deben mostrar diligencia en sus actuaciones²².
- Frente al acoso el centro escolar debe tener una respuesta de castigo o sanción, ejemplarizante para el grupo²³.

IV. DAÑO MORAL

En la sentencia objeto de comentario se insiste en que resulta de la prueba documental derivada de multitud de informes médicos, de pediatría, psiquiatría y de psicólogos especializados, ponen de manifiesto que desde marzo-abril de 2010, la menor precisó de asistencia médica continuada que se prolongó en 2011 y en años posteriores y que aún mantenía en 2012, 2013, 2014 y 2015 con diagnóstico de trastorno de ansiedad no especificado que se inicia precisamente en los episodios de 2009 y 2010, cuanto tiene 12 y 13 años.

La STS de 22 de septiembre de 2004 ya indicó que «el perjuicio y daño moral se expresa que lo comparten: Todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado por el acaecimiento de una conducta ilícita y, que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica»²⁴.

Previamente la STS de 22 de mayo de 1995 declaró que «Puede entenderse como daño moral, en su integración negativa, toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado no referido a los daños corporales materia-

les o perjuicios, y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe integrar, en los daños materiales porque estos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su «*quantum*» económico, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque estos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico. En cuanto a su integración positiva, hay que afirmar —siguiendo esa jurisprudencia—, que por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior; aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se estima el sufrimiento o esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales...»²⁵.

Pero la STS de 22 de julio de 2002 precisó que los daños morales no necesitan su acreditación dado su contenido inmaterial ya que derivan directamente de la acción determinante del daño moral, en los siguientes términos «para fundamentar la determinación del daño moral, dado que este resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente. El daño moral, además, no se deriva de la prueba de lesiones materiales, como parece sostenerlo la Defensa al considerar que no está probado en el proceso, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima»²⁶.

En nuestro caso, existe el daño moral de la menor, no solo por el padecimiento derivado de los daños físicos sufridos con agarrones, tirones de pelo, tirarla al suelo, sino en especial por las zozobras, sufrimientos y angustias de la menor y de sus padres por el trato inadecuado, indebido e injusto que sufría de su compañera y por la falta de medidas eficaces para estas situaciones permitidas por la pasividad del centro, o por las medidas insuficientes o leves que tomaron. Hechos que tuvieron lugar en un contexto académico y en un momento de la evolución educativa del menor y del desarrollo de su personalidad (12-13 años) de especial significación. Finalizando con el cambio del centro escolar, medida propiciada por los padres lo cual solo es una solución parcial, pues siempre es traumático y no deseado un cambio de colegio y más a final de curso con cambio de profesores, compañeros, técnicas de estudio, etc.

Aún cuando ha mejorado la situación sanitaria de Blanca sigue precisando de asistencia médica especializada con medicación y con diagnóstico de trastorno por ansiedad y que ya se había iniciado en la época escolar en que se produjeron los hechos enjuiciados; y siempre teniendo en cuenta que el daño moral por su propia naturaleza es un daño «*in re ipsa*» y que no precisa de una prueba expresa y específica de su contenido y cuantía.

La Audiencia valoró los daños en el ejercicio de moderación del artículo 1103 del Código Civil, en una cuantía indemnizatoria de 6000 euros; pues la aficción moral fue intensa y en particular por la edad de la víctima, por la actitud de superioridad ofensiva de la hija de la demandada hacia su compañera de clase y por el hecho de que la única solución eficaz fue el cambio de colegio, el cual, en sí mismo, es un hecho traumático para una menor de 13 años.

Además, la Audiencia otorga una indemnización de 3000 euros en concepto de secuelas basándose en la valoración conjunta de la prueba documental y pe-

ricial obrante en la causa ponen de manifiesto no solo que la menor precisó en los años siguientes a 2009 y 2010 de tratamiento psiquiátrico, farmacológico y psicológico, sino que el informe psicológico de los peritos judiciales es claro en el sentido de que el origen de las lesiones y secuelas de la menor son respuesta a su situación estresante en el contexto escolar; y, sobre todo, que desde entonces ha precisado de tratamiento de salud mental por trastorno de ansiedad y en el momento actual (el informe es muy reciente de septiembre de 2015), se mantienen síntomas de ansiedad e inseguridad.

V. PRESCRIPCIÓN

Como es sabido la acción de responsabilidad extracontractual tiene un plazo de prescripción muy breve de un año (1902 del Código Civil). De ahí que siempre sea la cuestión del cómputo del plazo una cuestión a valorar. En la SAP de Madrid, Sección 20.^a, de 18 de noviembre de 2015²⁷, que analiza la reclamación de indemnización por daños sufridos por un menor en centro escolar como consecuencia de una situación persistente de acoso sufrido, se indica que en supuestos de lesiones que dejan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de curación o mejora mediante el oportuno tratamiento continuado de las mismas, el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción no puede comenzar a contarse desde la fecha del informe de sanidad o de alta, sino que ha de esperarse en conocer el alcance o efecto definitivo de las lesiones.

En otro caso conocido por la SAP de Valencia, Sección 7.^a, de 14 de marzo de 2014²⁸, se indica que «al no existir una sentencia penal firme, este tribunal no está vinculado por la calificación de los hechos que realiza el Decreto de la fiscalía de 23 de septiembre de 2011, por lo que podemos apreciar los hechos de un modo distinto. Y en esta tesitura, en nuestra opinión sí que existen unos hechos continuados de acoso a la menor que, según se desprende de la resolución de la fiscalía y del expediente escolar, comenzaron antes de la agresión y se han continuado después, como se deduce de sus intervenciones en la red social «Tuenti», por la llamada telefónica realizada desde la vivienda de Paulina e, indirectamente, por la intervención de la madre de Eva María, cuando el día 26 de enero de 2011, llamó zorra a la menor Mari José... Por todo ello, estimamos que no nos hallamos ante una pelea aislada y que los hechos no concluyeron con la misma, sino que se han prolongado en el tiempo. A lo expuesto, debemos añadir que el daño psicológico tanto de la menor como de la madre, derivado de tales hechos, igualmente han persistido, prolongándose su tratamiento durante varios meses...*Las anteriores consideraciones nos llevan a concluir que si bien el plazo de prescripción es de un año, la acción no ha prescrito*».

VI. CONCLUSIONES

I. La violencia psíquica y física entre menores va en aumento y con ello sus repercusiones en el ámbito de la *responsabilidad civil por daño*. Violencia que entre compañeros constituye el fenómeno conocido como acoso escolar, o *bullying*. El acoso escolar consiste en la conducta de persecución física y/o psicológica que realiza un alumno/a contra otro/a, al que escoge como víctima de sus repetidos ataques. Sus características fundamentales son la repetición de las acciones, la intencionalidad, y la situación de abuso de poder del agresor.

II. Los daños pueden tener lugar fuera del colegio, aunque deben de tener una vinculación con el contexto de la relación académica pudiendo incluso tener lugar a la salida del colegio y, por lo tanto, en relación con la actividad académica.

La continuidad en la acción acosadora e intimidatoria responden a una dinámica de actos y menosprecio que no pueden desvincularse: ni para valorar la causalidad por responsabilidad extracontractual, ni para valorar la concurrencia de secuelas y de daño moral. *Daños físicos* que en menores pueden consistir en agarrones del cuerpo y tirón de pelo, patadas, empujones y tirar al suelo, o verbales como insultos, comentarios negativos, risas y burlas en la clase y en el patio. Y *daños morales* traducidos en una situación de indefensión, de desequilibrio de poder de un grupo frente a la víctima con acciones amenazantes y/o agresivas hacia ella de forma repetida durante parte del curso, que le crean la expectativa de poder ser atacada de nuevo y con ello un aumento en su nivel de ansiedad.

Los *efectos* de estos daños tienen como consecuencia: malestar psicológico respecto al entorno escolar, disminución de su rendimiento, somatizaciones en forma de cefaleas y quejas de dolor abdominal, vómitos, crisis de ansiedad, pensamientos de contaminación y culpabilidad e indefensión.

III. Se establece la responsabilidad *solidaria por todos los actos de acoso y por su vinculación causal, temporal, comitiva y finalista* entre la madre de la niña acosadora y el centro educativo consecuencia de la imposibilidad de individualizar la responsabilidad dada la unidad de acción y de resultado. La *madre* no ha adoptado ninguna medida disciplinaria, educativa o terapéutica para evitar que su hija tuviera un comportamiento inadecuado respecto de la otra menor.

El *centro educativo* fundamenta su responsabilidad (ya sea objetivo, cuasi-objetivo o subjetivo en relación con sus alumnos) en el criterio de la culpa «in vigilando», derivada de que los padres transfieren al centro académico la guarda de hecho que impone al centro un deber objetivo de cuidado, control y vigilancia sobre sus alumnos y el criterio de la «responsabilidad por la deficiente organización de personas o de medios». El deber de reparar el daño se impone al centro académico y este responde cuando mantiene un control del alumnado sea total o parcial, ya sea en horas lectivas o en un tiempo posterior. *Y se agrava su responsabilidad* por el carácter especial de la menor tímida, cohibida, discreta o retraída o con más o menos dificultades de integración social y escolar, *ya que* pone de manifiesto que precisamente por su carácter y vulnerabilidad se le exigía *un especial deber de vigilancia* sobre su entorno académico y sobre su relación con sus compañeras de clase por parte de profesores y tutores.

Hay pasividad ante determinados hechos que ocurren en el Centro, cuando toma medidas son simples amonestaciones y actividades de mediación sin resultado positivo concretada en una sanción benévola y poco ejemplarizante para los demás alumnos, lo que permitió que la actitud de la acosadora progresara. No se toman medidas urgentes y efectivas.

Toda actividad de queja ante el propio centro, y ante la Inspección es por parte de la madre de la menor acosada, quien al final tiene que sacar a su hija del colegio.

IV. Existe el *daño moral* no solo por el padecimiento derivado de los daños físicos sufridos sino en especial por las zozobras, sufrimientos y angustias de la menor y de sus padres por el trato inadecuado, indebido e injusto que sufría de su compañera y por la falta de medidas eficaces para estas situaciones permitidas por la pasividad del centro.

V. En cuanto a la *prescripción* en estos casos de *bullying* no nos hallamos ante una pelea aislada sino que los hechos se prolongan en el tiempo. Además

el daño psicológico tanto de la menor como de la madre ha persistido, prolongándose su tratamiento durante varios meses. De modo que *si bien el plazo de prescripción es de un año, la acción no ha prescrito.*

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 226/2006 de 8 de marzo de 2006, Rec. 2586/1999. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 2006, 529).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 881/2004 de 22 de septiembre de 2004, Rec. 4058/1998. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (La Ley 2004, 2078).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 805/2002 de 22 de julio de 2002, Rec. 619/1997. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ (La Ley 2002, 7242).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 22 de mayo de 1995, Rec. 399/1992. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (La Ley 1995, 713).
- SAP de Palencia, sentencia 55/2016 de 18 de marzo 2016, Rec. 57/2016. Ponente: Juan Miguel CARRERAS MARAÑA (La Ley 2016, 23872).
- SAP de Madrid, Sección 20.ª, sentencia 418/2015 de 18 de noviembre de 2015, Rec. 683/2014. Ponente: Ramón Fernando RODRÍGUEZ JACKSON (La Ley 2015, 191668).
- SAP de Valencia, Sección 7.ª, sentencia 107/2014 de 14 de marzo de 2014, Rec. 612/2013. Ponente: María del Carmen ESCRIG ORENGA (La Ley 2014, 65451).
- SAP de Barcelona, Sección 4.ª, 412/2012 de 12 de julio de 2012, Rec. 592/2011. Ponente: Vicente CONCA PÉREZ (La Ley 2012, 174466).
- SAP de Valencia, Sección 7.ª, sentencia 438/2013 de 4 de octubre de 2013, Rec. 112/2013. Ponente: María del Carmen ESCRIG ORENGA (La Ley 2013, 206278).
- SAP de Madrid, Sección 25.ª, sentencia 241/2012 de 11 de mayo de 2012, Rec. 502/2011. Ponente: Fernando DELGADO RODRÍGUEZ (La Ley 2012, 65408).
- SAP de Valencia, Sección 7.ª, sentencia 583/2011 de 4 de noviembre de 2011, Rec. 412/2011. Ponente: María del Carmen ESCRIG ORENGA (La Ley 2011, 273501).
- SAP de Álava, Sección 1.ª, sentencia 292/2010 de 10 de junio de 2010, Rec. 212/2009. Ponente: Iñigo ELIZBURU AGUIRRE (La Ley 2010, 204966).
- SAP de Madrid, Sección 10.ª, sentencia 737/2008 de 18 de diciembre de 2008, Rec. 355/2008. Ponente: Ana María OLALLA CAMARERO (La Ley 2008, 189331).
- SAP de Asturias, Sección 7.ª, sentencia 515/2008 de 14 de octubre de 2008, Rec. 421/2007. Ponente: Julián PAVESIO FERNÁNDEZ (La Ley 2008, 325300).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BERROCAL LANZAROT, A. I., La comunidad educativa ante el acoso escolar o *bullying*. La responsabilidad civil de los centros docentes, en *Diario La Ley*,

- núm. 7359, Sección Doctrina, 10 de marzo de 2010, Año XXXI, Ref. D-79, Editorial La Ley. (La Ley 2010, 354).
- DUPLÁ MARÍN, T., y DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., La gestión de conflictos en la escuela: ¿es la mediación una alternativa eficiente en el contexto educativo actual? En *Diario La Ley*, núm. 8700, Sección Práctica Forense, 11 de febrero de 2016, Editorial La Ley (La Ley 2016, 471).
- MAGRO SERVET, V., Otras formas de violencia sobre los menores. El acoso escolar, en *La Ley Derecho de familia*, 12 de noviembre de 2014, Editorial LA LEY, ISBN-ISSN: 2341-0566. (La Ley 2014, 8200).
- PÉREZ MARTELL, R., El *bullying* (acoso escolar) y el *cyberbullying*: prevención y soluciones desde la vía judicial y las extrajudiciales, *Diario La Ley*, núm. 7978, Sección Doctrina, 4 de diciembre de 2012, Ref. D-431, Editorial LA LEY. LA LEY 2012, 18144.

NOTAS

¹ Comentario de la SAP de Palencia, sentencia 55/2016 de 18 de marzo 2016, Rec. 57/2016. Ponente: Juan Miguel Carreras Maraña (La Ley 23872/2016).

² MAGRO SERVET, V., «Otras formas de violencia sobre los menores. El acoso escolar», en *La Ley Derecho de familia*, 12 de noviembre de 2014, Editorial LA LEY, ISBN-ISSN: 2341-0566 (La Ley 2014, 8200).

³ Como también indica PÉREZ MARTELL, Rosa («El *bullying* (acoso escolar) y el *cyberbullying*: prevención y soluciones desde la vía judicial y las extrajudiciales», *Diario La Ley*, núm. 7978, Sección Doctrina, 4 de diciembre de 2012, Ref. D-431, Editorial La Ley. La Ley 2012, 18144), al señalar que los problemas de acoso escolar o *bullying* (cualquier situación en la que se produzca el maltrato físico, verbal, psicológico...) son cada vez más habituales: los conflictos están presentes en el colegio, en la vida doméstica, con amigos, en actividades extraescolares, en el vecindario... Cuando hablamos de acoso a menores es tan importante disponer de respuestas reparadoras por parte del ordenamiento jurídico como actuar en un nivel preventivo, con la aplicación de programas de mediación específicos: la mediación está de moda, siempre han estado de moda todas aquellas innovaciones que contribuyen al bienestar y al progreso humano.

⁴ MAGRO SERVET establece un decálogo de mínimos para la prevención del problema, basado en: 1. Perspectiva interdisciplinar. 2. Flexibilidad en el sistema educativo. 3. Intervención en el medio familiar. 4. Formación especializada. 5. Fomentar la interrelación entre los elementos integrantes del binomio «familia-escuela». 6. Evitar situaciones de exclusión y marginación. 7. Creación de equipos de mediación. 8. Estandarizar el seguro escolar, que debería cubrir, en su caso, la eventual intervención psicoterapéutica infantil y juvenil que pudiera tener lugar y potenciar las ayudas a las familias que estén atravesando momentos y situaciones difíciles y complejas, ya que casi siempre son los menores quienes sufren de una manera más dramática las posibles consecuencias que se pudieran derivar. 9. Actuación frente al absentismo escolar. 10. Revalorización y dignificación de la profesión docente.

⁵ SAP de Madrid, Sección 20.ª, sentencia 418/2015 de 18 de noviembre de 2015, Rec. 683/2014. Ponente: Ramón Fernando RODRÍGUEZ JACKSON (La Ley 2015, 191668).

⁶ *Id.*, la SAP de Madrid, Sección 20.ª, sentencia 418/2015 de 18 de noviembre de 2015, Rec. 683/2014. Ponente: Ramón Fernando RODRÍGUEZ JACKSON (La Ley 2015, 191668).

⁷ La SAP de Asturias, Sección 7.ª, sentencia 515/2008 de 14 de octubre de 2008, Rec. 421/2007. Ponente: Pavesio Fernández, Julián. (La Ley 325300/2008) establece la falta de concurrencia de los requisitos necesarios para la prosperabilidad de la acción ejercitada, sobre el carácter prolongado o reiterado de conductas vejatorias o humillantes, necesario para integrar acoso escolar.

⁸ Hostigamiento a menor por sus compañeros de clase causalmente determinante de padecimiento psicológico. Responsabilidad del centro educativo por su deficiente actuación

en la prevención y control de dicho hostigamiento al incidir especialmente en medidas dirigidas a reforzar las tutorías y en el desarrollo de sesiones grupales e individuales con el alumnado, dejando en un segundo plano las sesiones personalizadas de apoyo al menor y la aplicación de medidas disciplinarias al grupo, llegándose a percibir por el grupo y por el equipo educativo las demandas de atención del niño y su estilo de resolución de conflictos, tendente a la búsqueda de apoyo de los adultos, como signos de debilidad del menor o estrategias erróneas, contribuyendo así a mantener su situación de aislamiento. SAP de Álava, Sección 1.^a, sentencia 292/2010 de 10 de junio de 2010, Rec. 212/2009. Ponente: Iñigo Elizburu Aguirre. (La Ley 2010, 204966).

⁹ SAP de Palencia, sentencia 55/2016 de 18 de marzo 2016, Rec. 57/2016. Ponente: Juan Miguel CARRERAS MARAÑA. (La Ley 23872/2016).

¹⁰ Otras sentencias que determinan la responsabilidad general de los padres por los hechos de sus hijos, pero no relativos a acoso escolar son:

SAP de Valencia, Sección 7.^a, sentencia 438/2013 de 4 de octubre de 2013, Rec. 112/2013. Ponente: María del Carmen ESCRIG ORENGA (La Ley 2013, 206278). «Respecto de la responsabilidad de los padres, igualmente compartimos el criterio de la juzgadora de instancia, ya que hemos de partir de que el artículo 1903 del Código Civil, establece que «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda [...]». La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

¹¹ SAP de Valencia, Sección 7.^a, sentencia 107/2014 de 14 de marzo de 2014, Rec. 612/2013. Ponente: María del Carmen ESCRIG ORENGA (La Ley 2014, 65451).

¹² Presunción derivada de «la intervención de la madre de Eva María, cuando el día 26 de enero de 2011, llamó zorra a la menor Mari José; hechos juzgados y por los que ha sido condenada por tres faltas de faltas de vejaciones, confirmada por la Audiencia Provincial. Ciertamente que estos últimos hechos, en los que intervino la madre de Eva María, son ajenos a la presente reclamación pero denotan una situación permanente de acoso moral a la menor.

¹³ Basando en las siguientes pruebas que constan en el expediente judicial: En el expediente tramitado por el Colegio con ocasión de la agresión que tuvo lugar el día 13 de mayo de 2010, que le provocó un traumatismo en la cara a Mari José se hace constar que la menor Eva María manifestó que «el motivo de la agresión no es el insulto sino, el enorme rencor que tiene acumulado en su interior contra ella. También admite que ha amenazado a otras compañeras de clase»; en el mismo se refleja que la menor Eva María tras la agresión ni tras la expulsión muestra arrepentimiento por lo acaecido y, según el test que se le pasa por la psicóloga del colegio presenta unos niveles elevados de ira y agresividad y un valor muy bajo en autocontrol. En la posterior publicación por la demandada en la red social «Tuenti», de los hechos ocurridos el día 13, además de indicar que «castigada 1 mes por pegar a la puta de la Mari José» utiliza expresiones como «ya le tenía ganas» «estoy muy feliz». El día 26 de enero de 2011, trató de ponerse en contacto telefónico con la menor Mari José si bien realizando la llamada desde el domicilio de otra menor, Paulina, y dando un nombre ficticio... La existencia de la llamada telefónica desde el domicilio de otra menor que provocó la recaída en la sintomatología.

En la prueba testifical, doña Mariana, madre de la menor Paulina, quien intervino en la llamada telefónica antes referida, y doña Teodora, madre de dos amigas de las menores manifiestan que Eva María mantenía con sus hijas una actitud de control y acoso, si bien nunca han existido agresiones y no han formulado denuncia alguna.

¹⁴ Ley 1/1991, de 7 de enero, de modificación de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado, cuyo artículo 2 suprimió el párrafo quinto del artículo 1903 del Código Civil, indicando en el párrafo sexto de dicho artículo que: Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

¹⁵ «Es doctrina de esta Sala la de que la responsabilidad declarada en el artículo 1903, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia,

no menciona tal dato de culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla una *responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, justificándose por la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido ampararse en que la conducta del menor*, debido a su escasa edad y falta de madurez, no puede calificarse de culposa, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia (SSTS de 14 de marzo de 1978; 24 de marzo de 1979; 17 de junio de 1980; 10 de marzo de 1983; 22 de enero de 1991, y 7 de enero de 1992; 30 de junio 1995, y 16 de mayo de 2000); razones que ponen en evidencia la infracción legal denunciada en el motivo y el error jurídico padecido por la sentencia de instancia». STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 226/2006 de 8 de marzo de 2006, Rec. 2586/1999. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 2006, 529).

¹⁶ La SAP de Valencia, Sección 7.^a, sentencia 583/2011 de 4 de noviembre de 2011, Rec. 412/2011. Ponente: María del Carmen ESCRIG ORENGA (La Ley 2011, 273501), indica que: «Ahora bien, fijada la falta de diligencia de la menor es procedente determinar la responsabilidad de sus progenitores, en el presente caso la madre demandada, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1903 del Código Civil, que encuentra su fundamento en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, por no ejercitar de manera correcta las obligaciones que la ley impone a los padres de vigilar las actividades de los menores. En este sentido el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de marzo de 2000 nos dice que: «Los hechos probados conforman culpa del artículo 1902 del Código Civil y según la jurisprudencia de esta Sala resultan responsables los padres que ostentan la patria potestad, al ser el causante menor de edad y vivir en su compañía, tratándose de una responsabilidad por semi-riesgo, con proyección de cuasi-objetiva que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho (sentencias de 10 de marzo de 1983, 22 de enero de 1991, y 7 de enero de 1992). Se trata de culpa propia de los progenitores por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores de edad ...».

¹⁷ «Los centros educativos tienen que ser los lugares donde se pueda aprender y practicar la convivencia entre diferentes, lugares de relación en los que debe quedar excluido cualquier tipo de violencia, discriminación o humillación, y en los que se debe crecer en el aprendizaje del uso del diálogo y de la comunicación en las relaciones sociales, en la gestión de las mismas, la prevención de los conflictos y el uso de la mediación o métodos similares de gestión alternativa de conflictos» (*vid.*, DUPLÁ MARÍN, Teresa y DOMÍNGUEZ TRISTÁN, Paula: «La gestión de conflictos en la escuela: ¿es la mediación una alternativa eficiente en el contexto educativo actual?» En *Diario La Ley*, Núm. 8700, Sección Práctica Forense, 11 de febrero de 2016, Editorial La Ley (La Ley 2016, 471).

¹⁸ Responsabilidad extracontractual del centro escolar por daños y perjuicios derivados del acoso a un estudiante menor de edad. La actitud omisiva del colegio llevó a que el hijo de los demandantes se viese obligado a abandonarlo. No solo no se agotaron las medidas de vigilancia y control a su disposición sino que no adoptó ninguna adicional, lo que generó un daño moral resarcible. SAP de Madrid, Sección 25.^a, sentencia 241/2012 de 11 de mayo de 2012, Rec. 502/2011. Ponente: Fernando DELGADO RODRÍGUEZ (La Ley 2012, 65408).

¹⁹ Inexistencia de responsabilidad extracontractual ya que hay diligencia del centro escolar demandado en intentar solucionar el conflicto. La respuesta del centro escolar fue del todo proporcionada y razonable, atendido el nivel de acoso objetivado. Autonomía de los hechos del curso anterior, que quedaron solucionados satisfactoriamente. No puede exigirse al centro prever que al curso siguiente podrían reproducirse los mismos hechos, máximo cuando al final del curso anterior la convivencia fue buena. Solo constan insultos, unos puntapiés por debajo de la mesa y algún empujón. No es reprochable al centro escolar que intentara acercar a los niños en una mediación para la que no era exigible la autorización de los padres, pues se trata de una cuestión que incide en el marco de mantenimiento de la convivencia que corresponde decidir a la escuela. Si bien consta el daño, materializado en una situación de deterioro psicológico de la menor, no consta culpa del centro escolar

sobe la que sustentar condena, ello además de que el estado psicológico de la menor no puede atribuirse solo al ámbito escolar sino también los problemas externos al colegio. SAP de Barcelona, Sección 4.^a, 412/2012 de 12 de julio de 2012, Rec. 592/2011. Ponente: CONCA PÉREZ, Vicente (La Ley 2012, 174466).

²⁰ En dicho sentido la SAP de Álava, Sección 1.^a, sentencia 292/2010 de 10 de junio de 2010, Rec. 212/2009. Ponente: Iñigo ELIZBURU AGUIRRE (La Ley 2010, 204966), establece la responsabilidad del centro educativo *por su deficiente actuación en la prevención y control de dicho hostigamiento al incidir especialmente en medidas dirigidas a reforzar las tutorías y en el desarrollo de sesiones grupales e individuales con el alumnado, dejando en un segundo plano las sesiones personalizadas de apoyo al menor y la aplicación de medidas disciplinarias al grupo*, llegándose a percibir por el grupo y por el equipo educativo las demandas de atención del niño y su estilo de resolución de conflictos, tendente a la búsqueda de apoyo de los adultos, como signos de debilidad del menor o estrategias erróneas, contribuyendo así a mantener su situación de aislamiento.

²¹ El colegio no agotó todas las medidas de precaución a su alcance para evitar una situación de acoso de la que tenía evidentes indicios, y tampoco actuaron con diligencia los agentes escolares intervinientes en relación con una concreta agresión sufrida por el menor en un cambio de clase por parte de varios compañeros y que fue grabada con una cámara. SAP de Madrid, Sección 10.^a, sentencia 737/2008 de 18 de diciembre de 2008, Rec. 355/2008. Ponente: Ana María OLALLA CAMARERO (La Ley 2008, 189331).

²² La profesora que entró en el aula, pese al grado de alteración que presentaban los niños, no exigió la cámara al alumno que hizo uso de la misma para comprobar su contenido. Tampoco lo hicieron la tutora y la dirección, a las que dicha profesora dio cuenta de lo sucedido. SAP de Madrid, Sección 10.^a, sentencia 737/2008 de 18 de diciembre de 2008, Rec. 355/2008. Ponente: Ana María OLALLA CAMARERO (La Ley 2008, 189331).

²³ «No se considera como Diligente, tampoco la reacción de los agentes escolares intervinientes, ante el suceso acaecido el día 26/6/06. Si como ha manifestado la profesora de Matemáticas al entrar en la clase se da cuenta del grado de alteración y excitación de los niños, y estos hablan de un incidente en el que se han tirado gomas, y que hay una grabación con una cámara, no es entendible para este Tribunal, como la preceptora no exige la cámara al alumno que ha hecho uso de la misma, en un horario lectivo, y comprueba su contenido. En vez de hacerlo, se limita a deducir que la habrán utilizado en clase de alemán, lo que resulta totalmente incomprensible, pues dicha denuncia del uso de la cámara, aparecía unida a las acusaciones de un enfrentamiento y a un grado de excitación del alumnado, que según ella era claramente perceptible. ...Ante tal suerte de omisiones, no es de extrañar la desesperación de Pedro que podía prever la exhibición de las imágenes en las que se le humilla, golpea con un estuche, levemente sí, pero golpes al fin, y se le insulta, difundiéndolo entre otros niños del colegio o fuera de él, aumentando de ese modo el grado deterioro de su imagen y el rechazo generalizado hacia su persona. Desesperación que le llevó a requerir ayuda fuera del Centro, a los únicos que se la estaban dando, sus padres, quienes actuaron como lo haría cualquier progenitor, intentando frenar el ataque a su hijo, impidiendo la difusión de esas imágenes vergonzantes, asumiendo un papel que solo al centro correspondía para evitar el mayor sufrimiento de su hijo». SAP de Madrid, Sección 10.^a, sentencia 737/2008 de 18 de diciembre de 2008, Rec. 355/2008. Ponente: Ana María OLALLA CAMARERO (La Ley 2008, 189331).

²⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 881/2004 de 22 de septiembre de 2004, Rec. 4058/1998. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (La Ley 2004, 2078).

²⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 22 de mayo de 1995, Rec. 399/1992. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (La Ley 1995, 713).

²⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 805/2002 de 22 de julio de 2002, Rec. 619/1997. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ (La Ley 2002, 7242).

²⁷ SAP de Madrid, Sección 20.^a, sentencia 418/2015 de 18 de noviembre de 2015, Rec. 683/2014. Ponente: Ramón Fernando RODRÍGUEZ JACKSON (La Ley 2015, 191668).

²⁸ SAP de Valencia, Sección 7.^a, sentencia 107/2014 de 14 de marzo de 2014, Rec. 612/2013. Ponente: María del Carmen ESCRIG ORENGA (La Ley 2014, 65451).

1.2. Familia

Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas en torno a la guarda y custodia compartida

Controversial questions and practical implications concerning the guard and custody

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN. La guarda y custodia compartida como modalidad de guarda que se regula en el artículo 92 del Código Civil y de una forma más amplia en algunas legislaciones forales, plantea una serie de cuestiones con una importante trascendencia práctica que, ha generado una abundante doctrina jurisprudencial, además de su relación con otras medidas fijadas en convenio regulador o en procesos de nulidad, separación y divorcio como la pensión alimenticia y la atribución del uso de la vivienda. En el análisis de tales materias se va a centrar el presente estudio.

ABSTRACT: *The guard and custody shared as guard's modality that is regulated in the article 92 of the Civil Code and of a more wide form in some statutory legislations raises a series of questions with an important practical transcendancy that has generated an important jurisprudential doctrine besides his relation with other measures fixed on regulation agreement or on processes of nullity, separation and divorce as the alimentary pension and the attribution of the use of housing on the analysis of such matters it is going to centre on the present study.*

PALABRAS CLAVE: Guarda y custodia compartida. Interés del menor. Pensión de alimentos. Atribución del uso de la vivienda. Violencia de género. Hijos menores de edad.

KEY WORDS: *Guard and shared custody. Interest of minor. Alimentary pension. Attribution of use of housing. Familiar violence. Minor childrens.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LOS CRITERIOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.—III. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y SU RELACIÓN CON OTRAS MEDIDAS: PENSIÓN DE ALIMENTOS Y ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad se configura como un conjunto de derechos y deberes que, determina su calificación como función que se ejerce en interés y beneficio de los hijos, y donde las actuaciones de los padres deben estar presididas por el respeto a la personalidad de estos, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que su desarrollo personal exige y demanda. Solo los padres pueden ser titulares de la misma, y, como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferible, irrenunciables, imprescriptible e indisponible y de carácter social¹. Se impide al titular el abandono de las finalidades que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece dentro del Título VII «De las relaciones paterno-filiales», del Libro I del Código Civil, que regula los derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (arts. 154 a 171)².

En este contexto, la titularidad de la patria potestad de los hijos no emancipados, y como regla general el ejercicio de la misma, corresponde conjuntamente a los progenitores —patria potestad dual— (art. 154, párrafo primero del Código Civil). Esta potestad que corresponde a los padres sobre los hijos, pueden ejercerla ambos progenitores de la manera que, estimen más conveniente; si bien, siempre ha de estar presidida por el interés o beneficio del menor³. Lo cierto es que, el principio de primacía del interés del menor, la consecución de su beneficio, y el respeto a su personalidad deben constituir los parámetros a los que se debe recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria potestad; y, se debe mantener y respetar cuando tiene lugar la crisis matrimonial⁴. De forma que, cuando en el ejercicio de la patria potestad, los padres incumplen los deberes inherentes a la misma, esto es, pongan en peligro el bienestar del menor, la intervención de los poderes públicos en la autonomía familiar está plenamente justificada; si bien, tal nivel de intervención debe ser siempre proporcional a la necesidad de una adecuada protección del menor y, asimismo, debe tenerse en cuenta que esta corresponde en primer lugar a los padres⁵.

Como ha precisado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2002 la patria potestad se configura como «una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitarles el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo»⁶.

Entre el conjunto de deberes y derechos incluidos en la patria potestad, se encuentra el de guarda y custodia de los hijos menores de edad. En los casos de ruptura de la convivencia, la patria potestad la continúan ejerciendo ambos progenitores, si bien ha de consensuar todas aquellas decisiones que, afecten al desarrollo de la vida de los hijos menores.

Por otra parte, en nuestro ordenamiento coexisten varios modelos de guarda:

- La guarda exclusiva ejercida solo por uno de los progenitores. Dentro de esta modalidad se ha de diferenciar los supuestos en los que los progenitores mantienen la titularidad y ejercicio común de la patria potestad, frente a aquellos supuestos en los que uno de ellos no ejerce la patria potestad o no ejerce alguna de sus funciones;
- Guarda distribuida de los hijos o guarda alterna, representa una modalidad de alcance limitado y en cierta forma excepcional, pues, el Código

Civil parte de procurar la no separación de los hermanos; de ahí que cuando se opta por ello bien mediante pacto en convenio, o bien como medida en un proceso contencioso resulta necesario que se justifique su adopción sobre la base de resultar una medida adecuada al superior interés de todos los hermanos. Es por ello importante que, en el régimen de estancias entre los hijos se garantice no solo la relación paterno y materno filial, sino también la fraternal; c) La guarda atribuida a un tercero (art. 103 del Código Civil) se prevé con carácter específico y excepcional para aquellos casos en que ninguno de los progenitores pueden asumir el cuidado del menor⁷; d) La guarda conjunta o compartida o sucesiva. Dentro de ella cabe, asimismo, diferenciar: 1. Guarda compartida simultánea donde la convivencia de todo el núcleo familiar se mantiene bajo el mismo techo. Son supuestos en lo que no se ha procedido a dividir la vivienda. 2. Guarda compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio por parte de los menores: los hijos permanecen parte del tiempo con uno u otro progenitor, siendo posible la alternancia por días, por semanas, por meses o por años o cursos escolares; 3. La guarda compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por los menores: son los padres lo que entran y salen del único domicilio⁸.

Ahora bien, en caso de no existir parientes o allegados adecuados o en el caso de no prestar estos el consentimiento a la asunción de las funciones de guarda, el juez deberá acordar la guarda administrativa (art. 172). Esta guarda tiene carácter provisional, sin perjuicio de la posterior declaración de desamparo que, comporta la asunción por parte de la Administración de la tutela y la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria de forma automática, manteniendo la validez de los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y sean beneficiosos para él.

Sobre tales bases, con la Ley 30/1981, de 7 de julio, —pese a la falta de referencia normativa expresa a excepción de la mención indirecta en el artículo 92.4 del Código Civil—, no se impedía la guarda y custodia compartida, pero ante la postura mayoritaria de rechazo de la jurisprudencia por entender que podía afectar al adecuado desarrollo de las relaciones paterno-filiales, la práctica habitual era la atribución unilateral o exclusiva de la guarda y custodia de los menores a uno solo de los progenitores, que solía coincidir en la mayoría de los casos con la figura materna y donde se establecía un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio —normalmente el padre— (art. 159 en relación con los arts. 90 y 103 del Código Civil)⁹. Asimismo, el sistema legal hacía muy difícil la adopción de tal modalidad de guarda en los procesos contenciosos, lo que propició la práctica excepcionalidad de la misma, a lo que habría que añadir las escasas solicitudes por parte de los progenitores de esta modalidad de guarda y custodia. Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio al reformar la legislación anterior de divorcio también dio cierto impulso a la custodia compartida, al determinar que la guarda y custodia exclusiva no se configure como la única modalidad de guarda tras la situación de crisis matrimonial, sino que además se regula —con la exigencia de una serie de requisitos formales— como otra posibilidad la guarda y custodia compartida, pues, como justifica en su Exposición de Motivos, lo que hay que procurar, es el mejor beneficio para el menor. A tal fin, se dedica el artículo 92 del Código Civil que, precisamente no proporciona una definición legal de la guarda y custodia compartida o conjunta, refiriéndose, no obstante, a esta figura con expresiones tales como «ejercicio compartido de la guarda y custodia» (apartado 5), «guarda conjunta» (apartado 7) y «guarda y custodia compartida» (apartado 8), correspondiendo tal labor a la doctrina y a la jurisprudencia¹⁰. Así LATHROP conceptúa la guarda y custodia compartida

como «aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, que permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos determinados»¹¹.

Ahora bien, tal régimen de guarda descansa sobre tres principios fundamentales: el principio de interés del menor; el principio de igualdad de ambos progenitores y el principio de coparentalidad/corresponsabilidad¹². Respecto al principio de superior interés del menor viene reconocido como criterio preferente en prácticamente todas las normas nacionales e internacionales que afectan o inciden sobre los menores de edad. Así en nuestro ordenamiento, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor —reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio— señala que «1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primarán el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor». Con la reforma se viene a dotar de contenido al concepto de interés del menor y se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Y, en último lugar, este principio es, además, una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. Por lo que sobre estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio. Asimismo, en el artículo 9 de la citada Ley Orgánica 1/1996, también reformado por la Ley Orgánica 8/2015, reconoce su derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que está directamente implicado y del que se debe derivar una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social¹³. Con la nueva redacción se desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 12 de noviembre de 2010; y con los criterios recogidos en la Observación número 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado; y, se

sustituye el término suficiente juicio por el de madurez, por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense, que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y que, es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia. En todo caso, en la implementación de tales principios, en el ámbito internacional cabe destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12); además, el artículo 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007, e íntegramente reproducido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en el que se establece que «*los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrá expresar su opinión libremente. Este será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten en función de su edad y madurez*». También la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Principios 12 y 14); y, el Reglamento CE/2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental [arts. 12.1 b) y 3 b), 15.1 y 5 y 23] —en vigor desde el 1 de marzo de 2005.

En este contexto, el principio de interés superior del menor supone que, este tiene un estatuto jurídico propio que, debe ser respetado y es indisponible por las partes; es un interés prevalente, incluso por encima del interés legítimo de sus progenitores¹⁴; se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos de forma prioritaria y preferente a las demás partes implicadas, debido a su falta de capacidad para actuar defendiendo sus propios intereses; es un criterio básico que ha de inspirar la actuación de los particulares como de los poderes públicos, y en relación con estos últimos, y concretamente referido a la actuación jurisdiccional, determina que el juez ha de resolver *ex officio* sobre lo que concierne a los menores, no estando sujeto a la petición de parte; es un principio de orden público y, en consecuencia, debe ser observado por los jueces y tribunales¹⁵; ha de ser precisado caso por caso, en base a la información y pruebas practicadas que debe ser valoradas, y dando lugar a una decisión motivada. Y se introduce como una cláusula general que comprende un principio general del derecho y se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado¹⁶.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en la guarda y custodia compartida y en las cuestiones planteadas en relación a los criterios para su adopción, a los supuestos de conflictividad de los progenitores, de violencia de género, y su relación con otras medidas como la pensión de alimentos y el uso de la vivienda.

II. LOS CRITERIOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

El Código Civil español en su artículo 92, a diferencia también de lo que ocurre en el artículo 373-2.11 del *Code Civil* o en la *Children Act* 1989 inglesa, carece de un listado de criterios o elementos sobre los que las partes y juez puedan operar para determinar en cada caso el régimen de guarda más idóneo para el interés del menor. Tal labor ha sido asumida por la jurisprudencia mediante el desarrollo de tales criterios. Así la sentencia del Tribunal Supremo,

Sala Primera, de 29 de abril de 2013¹⁷ fija como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92.5 y 6 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se debe tomar y que se acordará cuando concurren criterios tales como: «la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente; y, en definitiva cualquier otro, que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven». Y, añade que la redacción del artículo 91 «no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»¹⁸. Estos criterios son los que deben tener en cuenta el juez para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar y deben atender a la protección del interés del menor¹⁹. Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 2016²⁰ establece, además, que es requisito necesario para otorgar la custodia compartida la propuesta de un plan de coparentalidad o plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integren con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que van a tener los hijos una vez producida la crisis de pareja. Y, asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2016 (*JUR* 2016,138686) anula el régimen de custodia compartida de una menor concedida a su padre y madre porque ninguno de los dos la solicitó, pues, de no existir petición de parte «difícilmente puede valorarse un plan contradictorio adecuadamente informado sobre el que decidir con fundamento en interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia». A tal fin, se ordena a la Audiencia Provincial de Vizcaya que dictó sentencia, estableciendo la custodia compartida que, pronuncie nueva sentencia en los «estrictos términos» en que se planteó el debate (cada progenitor reclamaba para sí la custodia de su hija) «que no incluía decidir sobre la guarda y custodia compartida».

Por otra parte, la guarda y custodia compartida no se debe confundir con la custodia atribuida a uno de los progenitores, concediendo al otro un amplio régimen de visitas²¹ y, asimismo, no consiste en «un premio o castigo» al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta, precisamente, los criterios abiertos ya señalados que concretan lo que debe tomarse en consideración a la hora de determinar el interés del menor²².

Por tanto, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida siempre que con ello se proteja adecuadamente el interés superior del menor, para lo cual además de atender a los factores o criterios expuestos, deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores si tienen suficiente juicio, y lo estime necesario²³ —aunque también se señala la obligatoriedad de la exploración del menor en alguna resolución²⁴— bien de oficio, bien a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Judicial o del propio menor, asimismo, habrá de valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba que se hubiera practicado en ella, y, si lo considere conveniente, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados en orden a la determinación del régimen de

custodia más idóneo y favorable a los intereses de los menores²⁵. Como precisa, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013²⁶ «se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil, ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, sin que la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel». Y añade la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 16 de febrero de 2015 con el régimen de guarda y custodia compartida «a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores, d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, ya que se ha venido desarrollando con eficiencia»²⁷.

En esencia, lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que también es beneficioso para ellos²⁸. De todas formas, la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que, permita la adopción de actitudes y conductas que, beneficien al menor; que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad; y, asimismo, que tengan aptitud y capacidad para desarrollar de forma óptima las funciones derivadas de la responsabilidad parental²⁹. Por lo que, en la toma de decisión del Juez ocupará un lugar importante la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos³⁰. Aunque también es cierto que, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida³¹. Solo se convierten en relevantes cuando afectan, perjudicándolo, el interés del menor³², como sucede en los supuestos de conflictividad manifiesta o extrema entre los progenitores especialmente siempre que exista malos tratos y, asimismo, una continua exposición del menor al enfrentamiento entre sus progenitores. Así el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de octubre de 2014 consideró que no era posible acordar la guarda y custodia compartida porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaban. Recuerda el Alto Tribunal los criterios establecidos en su sentencia de 29 de abril de 2013 y concluye que «esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor; que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad»³³. Sin embargo, el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de febrero de 2015³⁴ ha otorgado la custodia compartida de un niño solicitada por el padre al considerar que la existencia de divergencias entre los padres que sean razonables no imposibilitan este régimen que es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el «sentimiento de pérdida», no cuestiona la idoneidad de los padres y estima la cooperación de los mismos en beneficio del menor. De este modo, la citada sentencia indica que «para la adopción del sistema de cus-

todia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor; así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales como los ahora litigantes (ambos son profesores universitarios)». En ningún caso se acordará la guarda y custodia compartida, cuando exista o se advierta de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas la existencia de un caso de violencia doméstica o de género, o cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos³⁵. El artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los interés legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otros interés legítimo que pudiera concurrir». Ahora bien, la violencia de género afecta a los menores de muy diversas formas. Así, tales menores pueden ser víctima directa o indirecta de la violencia; de ahí, en primer lugar, su consideración de víctima directa de violencia de género tras la modificación de los artículos 1.2 y 61.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; o de víctima indirecta al sufrirlo el otro progenitor tal como establece el artículo 2 b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima. En todo caso, el artículo 94 del Código Civil permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente, el artículo 66 de la citada Ley Orgánica 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependen de él. Por su parte, el artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En igual sentido, la Carta Europea de Derechos del Niño de 1991 establece como esencial la salvaguarda de intereses del niño. En todo caso, tampoco el deseo del menor resulta por sí solo suficiente para determinar el régimen de guarda y custodia³⁶.

En todo caso, que los progenitores reúnan capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales durante la situación de crisis matrimonial, no tienen porque verse las mismas mermadas por el hecho normal y habitual, en estos casos, que los padres opten por rehacer sus vidas con nuevas parejas, situación que, incluso puede ser positivo y de interés para el menor³⁷; ni por razón de enfermedad de uno de los progenitores³⁸.

No obstante, esta medida que se acuerde puede ser revisada (modificada) cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior³⁹. Tal modificación opera siempre que se acredite que, el interés de los menores está mejor protegido con la custodia compartida, que con la guarda exclusiva, atenuándose la exigencia rigurosa de una «alteración sustancial de las circunstancias» para la modificación de las medidas definitivas (*ex arts. 90.3 y 91 in fine* del Código Civil, y art. 775 LEC).

Por otra parte, la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse, como ha venido concretando la Sala Primera del Tribunal Supremo, si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre y el recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia⁴⁰. La razón se encuentra en que «el

fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor en interés de este»⁴¹.

Ahora bien, la falta de mención de criterios o elementos a tener en cuenta por el juez en el artículo 92 del Código Civil contrasta con los desarrollados por las legislaciones autonómicas, que si han procedido a concretar los factores que deben ponderarse antes de tomar la decisión sobre el sistema de guarda más adecuado al interés del menor. Así en Aragón, el artículo 80.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo por el que se aprueba el Código de Derecho Foral (en adelante, CDFA) fija como criterios de atribución a tener en cuenta, además del plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores, los siguientes: a) La edad de los hijos; b) El arraigo social y familiar de los hijos; c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio, y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años; d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos; e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; y, f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de la convivencia⁴². Por su parte, el Código Civil catalán en su artículo 233-11 señala como criterios a tener en cuenta para valorar la modalidad de guarda: a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares; b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurar un entorno adecuado, de acuerdo con su edad; c) La actitud de cada uno de los progenitores de cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores; d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar; e) La opinión expresada por los hijos; f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento; y, g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y los progenitores⁴³. En cuanto a la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra en su artículo 3 señala como criterios para decidir sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores: a) La edad de los hijos; b) La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores, y sus familias extensas; c) El arraigo social y familiar de los hijos; d) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio, y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años; e) La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos; f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado; y, h) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de la convivencia.

Asimismo, la Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat Valenciana de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven en su artículo 5.3 indica como factores que deben ser valorados por el juez al fijar el régimen de convivencia: a) La edad de los hijos. En los casos de menores lactantes, se puede establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño, que deberá ser progresivamente

ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores; b) La opinión de los hijos menores, cuando tuvieran la madurez suficiente, y, en todo caso, cuando hayan cumplido los 12 años; c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos menores y la capacidad de cada progenitor; d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan; e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos menores; f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores, g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo menor de edad; y, h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos⁴⁴.

Por su parte, la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco señala como circunstancias que, debe tener en cuenta el juez: a) La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los y las menores y sus actitudes personales, y la vinculación afectiva de los y las menores o incapacitados con cada uno de sus progenitores; b) El número de hijos e hijas; c) La edad de los hijos e hijas; d) La opinión expresada por los hijos e hijas, siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años; e) El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos e hijas y entre ellos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales, así como su actitud para garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores y con el resto de sus parientes y allegados; f) El resultado de los informes a los que se refiere el apartado 4 de este artículo; g) El arraigo social, escolar y familiar de los hijos e hijas; h) Las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de cada progenitor, así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes; i) La ubicación de sus residencias habituales, así como los apoyos con los que cuentan; y, j) Cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores o en los hijos e hijas que resulte relevante para el régimen de convivencia.

En todo caso, atendiendo a la regulación de los diferentes ordenamientos autonómicos, conviene precisar que, tanto el Código de Derecho Foral de Aragón como la Ley 5/2011 de la Generalitat valenciana se decantan por establecer la guarda y custodia compartida con carácter preferente, aunque en Aragón no se exige un reparto idéntico del tiempo entre ambos progenitores, sino equitativo, mientras que sí parece exigirse en la citada Ley 5/2011. Por su parte, la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo sobre custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra y el Código Civil catalán no fija la guarda y custodia compartida como modalidad de guarda preferente (art. 3); y el artículo 9 de la Ley 7/2015, de 30 de junio del País Vasco regula la custodia compartida como régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio, atendiendo a los requisitos establecidos en su articulado y siempre velando por el interés superior de los y las menores. En todas ellas, no resulta exigible el informe del Ministerio Fiscal y, asimismo, se excluye tanto la guarda y custodia individual como la compartida en los supuestos de violencia doméstica y de género, o cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas menores.

Ahora bien, en materia de guarda y custodia compartida, el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga a acordar esta modalidad siempre en interés del menor. Al respecto, los sistemas de guarda vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de

ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre cónyuges (Alemania y Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia).

En este contexto, la doctrina española se encuentra dividida respecto de la conveniencia o no de adoptar una solución de preferencia en relación con las modalidades de custodia compartida o custodia individual. Para unos, es más adecuado a la satisfacción del interés del menor no condicionar por vía normativa la decisión del juez y dejar que sea el mismo el que, en función de las circunstancias del caso, decida sobre el particular⁴⁵. Mientras que, para otros sería más conveniente adoptar la solución contraria, y dotar de preferencia a la guarda compartida —como ya lo hacen la Ley aragonesa y catalana—, para lo que se requeriría invertir el sentido de la presunción establecida en el artículo 92.5 del Código Civil, por aquella en que la guarda y custodia compartida es en interés del menor⁴⁶. Sea cual sea la posición que se adopte, no parece que la cuestión se deba residenciar en la preferencia entre una u otra modalidad de guarda, sino en dejar a la capacidad decisoria del juez mediante una neutralidad regulatoria, el tipo de guarda que proporciona mayor estabilidad al menor, y protege su interés. En la toma de tal decisión puede resultar conveniente la utilización de algunos de los parámetros contenidos en las diferentes regulaciones autonómicas, o establecidos por el Tribunal Supremo en sus diferentes resoluciones, todo ello sin perjuicio de la utilización de otras medidas que, permitan al juez la adopción de la medida de guarda más beneficiosa para el menor. Ciertamente, la guarda y custodia exclusiva o compartida se otorgará en función del interés superior del menor en cada caso concreto, sin que ninguna forma de custodia se haya de considerar preferente. Por otra parte, de optarse por la guarda y custodia compartida no supone ello necesariamente un reparto igualitario de tiempos de convivencia. La distribución de tiempos y responsabilidades se hará, igualmente, atendiendo al interés del menor.

III. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y SU RELACIÓN CON OTRAS MEDIDAS: PENSIÓN DE ALIMENTOS Y ATRIBUCIÓN DEL USO DE VIVIENDA

Dentro de las prestaciones económicas ligadas a una crisis matrimonial o ruptura de pareja, ocupan un lugar preferente las prestaciones alimenticias a favor de los hijos menores de edad, como pronunciamiento de las medidas definitivas de la sentencia o del convenio ratificado judicialmente. La pensión alimenticia a favor de los hijos menores de edad la define SERRANO CASTRO la conceptúa como «el deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de una u otra, suponiendo la conjunción de dos partes: una acreedora alimentista, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos y otra deudora-alimentante, que tiene el deber legal y moral de prestarlos»⁴⁷.

Se trata de una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, inherente como es sabido, a las relación paterno-filial, y no a la patria potestad, se funda en la filiación, de duración temporal, de contenido absoluto y proporcionada a las necesidades del hijo y los medios y posibilidades

económicas del padre y madre obligados⁴⁸; de ahí que, los progenitores excluidos *ab initio* de la patria potestad (art. 111 del Código Civil) o privados judicialmente de esta (art. 170 del Código Civil) mantienen su deber de alimentos. De forma que, mientras el hijo sea menor de edad la obligación alimentaria existe incondicionalmente y no puede decretarse su cesación. Lo que antes se configuraba como carga del matrimonio, tras la ruptura de la convivencia se convierte en una medida —de obligada adopción en el caso de existir hijos menores de edad o incapacitado (art. 91 del Código Civil)— en la que se fija el modo en que se ha de hacer efectiva la prestación de alimentos a los hijos por parte de ambos progenitores, adaptándose a las nuevas circunstancias que supone la situación de vida independiente de aquellos. En todo caso, la determinación de esta medida —pensión de alimentos— opera sobre la base de la no sujeción del juez al principio de congruencia o aportación de parte en relación a la fijación de la pensión alimenticia de los menores o incapacitados judicialmente.

Como alimentantes, ambos progenitores en virtud de la potestad que es una función inexcusable, deben cuidar de los hijos y tienen en relación a ellos deberes de alimentos en el sentido más amplio, de convivencia, de educación y de formación integral (art. 154.1 del Código Civil)⁴⁹. Es una consecuencia de la filiación, de ahí que, no se extingue por el cese de la convivencia con el menor, por la pérdida de la patria potestad, o por el ejercicio en exclusiva del otro de la patria potestad. Es una obligación mancomunada, proporcional al caudal de cada obligado⁵⁰. Si bien, el progenitor custodio puede realizar lo que han denominado algunos tribunales la «aportación virtual» al sostenimiento de los hijos, si carece de ingresos propios⁵¹. Este deber paterno de alimentar a los hijos menores no emancipados es más amplio que el estricto deber de alimentos derivado de los artículos 142 a 153 del Código Civil, en cuanto no está sometido a las limitaciones de este⁵², aunque no se excluye la aplicación de algunos de sus preceptos⁵³. Los alimentistas han de ser hijos del alimentante, pues, la obligación de alimentar deriva de la filiación biológica o adoptiva. La necesidad del alimentista menor de edad se presume siempre⁵⁴.

Se justifica la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a hijos menores de manera incondicionada, aun en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios. Junto a este mínimo vital, por debajo del cual quedaría comprometido el cumplimiento de la obligación de alimentar a los hijos, el *quantum* concreto de la obligación de alimentos tiene como techo o límite máximo la referencia al estatus social de la familia⁵⁵.

De todas formas, no se exige para la efectividad de la medida la convivencia en el domicilio familiar, pues, es posible señalar una pensión alimenticia cuando la guarda y custodia del menor se ha otorgado a una tercera persona dentro de la propia *litis* matrimonial (art. 103 del Código Civil)⁵⁶.

Al igual que, sucede con la atribución del uso de la vivienda como veremos, el legislador estatal no ha aprovechado la reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio por el que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, para establecer normas específicas relativas a cómo afrontar la obligación alimenticia respecto de los menores de edad ante una custodia compartida o ante la distribución de los hijos.

La ausencia de mención expresa en el Código Civil sobre la obligación alimenticia en los supuestos de distribución de los hijos y guarda compartida contrasta con la previsión expresa en el artículo 233-10.3 del Código Civil catalán en el que se dispone que la forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien, es preciso ponderar el

tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores, además de los gastos que cada uno de ellos asuma pagar directamente. Asimismo, en esta línea, el artículo 7 de la Ley 5/2011 de la Generalitat valenciana señala que, en defecto de pacto de convivencia familiar, corresponde a la autoridad judicial determinar en función de los recursos económicos de que disponen ambos progenitores, la cantidad que estos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores. En relación con la cuestión relativa a los gastos extraordinarios clarifica su asunción, al disponer que, serán satisfechos por ambos progenitores de conformidad con lo acordado entre ellos. A falta de pacto, será la autoridad judicial la que decidirá el modo en que deben ser sufragados, con independencia de quien los satisfizo, y de si el régimen de convivencia es compartido o no. En todo caso, los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud, no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos menores, tendrá que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial. Por su parte, el artículo 82 del CDFa precisa que tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo que, determinará el juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres. Asimismo, el juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos. Y, en relación a los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto. Finalmente, la Ley 7/2015, del País Vasco establece que, el juez determinará, cuando proceda:

- a) La contribución de cada progenitor al sostenimiento de las cargas familiares y la pensión de alimentos para satisfacer las necesidades de los hijos e hijas;
- b) La proporción en la que deben contribuir a los gastos por sus necesidades extraordinarias; y,
- c) La periodicidad, forma de pago y bases de actualización de las anteriores.

Asimismo, adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos e hijas en cada momento. Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos e hijas, los recursos económicos de cada miembro de la pareja, el tiempo de permanencia de los hijos e hijas con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos e hijas y la contribución a las cargas familiares, en su caso. Los gastos extraordinarios de los hijos e hijas serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos voluntarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen, y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido su realización (art. 12).

En todo caso, corresponde al juez concretar en su resolución la cuantía de la pensión —que no queda obligado por el principio de rogación, sino por el principio de *favor filii*—, ni incurre en incongruencia por *extra o ultra petita* al fijar una suma superior a la reclamada por los progenitores— y cómo ha de abonarse.

No obstante, la atribución del uso de la vivienda familiar tiene un valor económico que debe ponderarse al fijar la pensión alimenticia⁵⁷, como así se

establece específicamente en el artículo 233-20.7 del Código Civil catalán y en el artículo 10.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco —como contribución en especie—⁵⁸. De no realizarse tal atribución, la pensión alimenticia deberá contemplar el nuevo gasto de vivienda que necesariamente se ha de generar en relación con el hijo común⁵⁹.

En este contexto, en caso de guarda y custodia compartida se parte como doctrina jurisprudencial que, no puede contemplarse como efecto necesario o ineludible la extinción de la obligación por parte de uno de los progenitores —o de los dos— de abonar una pensión de alimentos en favor de los hijos, incluso en aquellos supuestos en que el tiempo de permanencia sea idéntico. Si estamos ante progenitores con ingresos propios, corresponde la prestación de alimentos directamente a cada uno, cuando tenga consigo a su hijo. El problema surge cuando haya diferencias sustanciales entre los ingresos y recursos de uno con reparto al otro y no es posible cumplir la regla de atemperar los alimentos a las necesidades de los hijos y recursos de los padres (art. 93 del Código Civil) especialmente en el momento en que estos permanecen bajo la custodia del menos favorecido; de ahí que, el juez no puede dejar de analizar las posibilidades económicas de los padres en relación con las necesidades de los hijos, y ante las diferencias de ingresos de uno y otro, que puede determinar una desproporción entre los ingresos de ambos progenitores, o, en el caso que, uno de los progenitores no perciba salario o rendimiento alguno, resolver lo que proceda, y ante el hecho que la cuantía de alimentos ha de ser proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da, convenir que, aquel que tenga más ingresos o el que solo los perciba, pague una pensión alimenticia al que tenga menos ingresos, aun cuando el tiempo de permanencia de los hijos con ambos sea idéntico, correspondiendo, igualmente, al juez determinar la cuantía de aquella, que, puede ser sin limitación temporal, ya que, hay que partir de la base que, la custodia compartida no exime del pago de alimentos; o, en fin, optar por compensar al progenitor que menos capacidad económica tiene a través de un sistema de cuenta común con aportaciones mensuales de ambos progenitores o de uno de ellos en mayor proporción o en exclusiva⁶⁰. De todas formas, se concretarán los alimentos precisos para cubrir las necesidades ordinarias y extraordinarias de los hijos en la proporción que proceda y en la fijación de la pensión alimenticia se atenderá al tiempo de estancia, a las necesidades de los hijos, a la situación económica de los progenitores y, asimismo, nos parece oportuno, a la atribución de la vivienda familiar. Si bien, todo ello sin perjuicio de una ulterior modificación, si varían las circunstancias sustancialmente (art. 91 del Código Civil).

Con relación a la atribución del uso de la vivienda, la guarda y custodia deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar (art. 70 del Código Civil), dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del citado cuerpo legal respecto a la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo en el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otras la de fijar el nuevo domicilio, y como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura, coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importante que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo

corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder fijar de una manera ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura. De todas formas, en la determinación del domicilio de los menores debe estar presidida por el principio de protección que los mismos merecen en el marco del proceso matrimonial. Sobre tales bases, la atribución del derecho de uso del artículo 96 del Código Civil opera cuando los cónyuges no han llegado a un acuerdo vía convenio regulador, o este no se ha homologado judicialmente; de forma que, como hemos señalado, corresponde al juez en proceso contencioso decidir sobre el uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial sobre la base de diversos criterios contenidos en tal precepto, así la existencia de hijos que quedan en compañía de un progenitor con la problemática que, conlleva según estos sean menores, incapacitados o mayores de edad, o, cuando unos hijos permanecen en compañía de un progenitor y los demás con el otro o, en fin, cuando se carece de descendencia y la vivienda es exclusiva de uno de los cónyuges⁶¹. Asimismo, se fijan en dicho precepto los requisitos para la realización de actos dispositivos sobre la vivienda familiar por el cónyuge titular, cuando su uso ha sido asignado al otro (art. 96.4)⁶². En todo caso, se parte de un doble objetivo: en el supuesto de haber hijos, el interés de estos actúa como prioritario para la adopción de la medida e indirectamente, el interés del cónyuge al que se atribuye la guarda y custodia; y, en el caso de no haber hijos, se considera como determinante en la adopción de la medida el interés más necesitado de protección, para lo que el juez deberá atender a los motivos de distinta naturaleza (económicos, sociales, personales), que concurren en uno u otro cónyuge, procediendo a un estudio comparativo de la situación de cada uno antes de concretar la medida. Solo cuando no concorra en ninguno de los cónyuges un interés más necesitado de protección, se atenderá a la titularidad de la vivienda que, será, por tanto, en todos los casos el criterio subsidiario. Queda, sin embargo, huérfano de regulación, —pese a la reforma operada en el artículo 92 por la Ley 25/2005, de 8 de julio—, la atribución del uso de la vivienda cuando la custodia de los hijos es compartida, lo que contrasta con la normativa existente en el ámbito autonómico, como analizaremos. En todo caso, la custodia compartida tiene un verdadero «obstáculo» en la forma en que el artículo 96.1 del Código Civil regula la atribución del uso de la vivienda familiar, al vincular dicha atribución con la custodia exclusiva de menores.

A. Existencia de hijos. En este caso, la Ley prescinde del criterio de titularidad, pues, resulta irrelevante qué cónyuge sea el propietario del inmueble⁶³. Por tanto, el interés familiar que se tiene en cuenta, a los efectos de decidir la atribución del uso a uno de los cónyuges, es el de los hijos menores de edad, por entender que es el de estos el más necesitado de protección. De este modo, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 del Código Civil)⁶⁴. Si los hijos son encomendados al cónyuge titular no se plantean problemas, al recaer sobre la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda y, en consecuencia, ningún derecho emerge⁶⁵; ahora bien, si el beneficiario del uso no es el titular, o lo es en régimen de copropiedad, el fundamento de la privación del uso al cónyuge titular/propietario se encuentra en el especial cumplimiento de los deberes que, a él le corresponde respecto de sus hijos ya que la separación, nulidad y divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con ellos (art. 92.1 del Código Civil), como la relativa a facilitarles habitación y, además que esta siga desarrollándose en una vivienda determinada, que hasta ahora es la que constituía la vivienda familiar⁶⁶. Lo que no

impide que la vivienda que cubra las necesidades de alojamiento del hijo menor sea otra distinta de la vivienda familiar; pues, lo que se protege es el interés del menor a vivir en una digna que, satisfaga todas sus necesidades⁶⁷.

En este contexto, se ha planteado la posible limitación temporal del uso de la vivienda ante el riesgo que, se corre de «expropiar» al propietario, sin que exista defensa para este⁶⁸. Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de abril de 2011⁶⁹, considerando que cuando existen hijos menores conviviendo en el domicilio familiar no es posible establecer *a priori* ninguna limitación temporal. Y, añade la sentencia de este mismo Tribunal de 16 de junio de 2014 que «*la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil*»⁷⁰. Si bien, no faltan pronunciamientos a favor de la limitación temporal de la medida, fijando un plazo de duración concreto⁷¹, o, simplemente, hasta la mayoría de edad de los hijos⁷², o alcancen independencia económica⁷³, e, incluso, se opta por fijar como criterio temporal la liquidación de la sociedad de gananciales⁷⁴ o venta de la vivienda familiar, sobre el razonamiento que, la atribución preferente que sanciona el artículo 96.1 del Código Civil, no puede condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del conjunto de las facultades dominicales que, en principio reconoce el artículo 348 del citado cuerpo legal. De todas formas, respecto de los hijos mayores de edad, se suele optar mayoritariamente por su limitación temporal, si bien, se tiene en cuenta entre otros criterios, su dependencia económica, su edad⁷⁵.

Ahora bien, procede señalar que, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma del mencionado artículo 96.1 cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida⁷⁶; y, otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233.20 del Código Civil catalán, que establece que en caso de otras residencias idóneas para satisfacer el interés prevalente del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada; en el artículo 12.6 de la Ley 7/2015 del País Vasco que, igualmente, posibilita la sustitución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja, si resulta idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos y en su caso, del progenitor más necesitado; y, en fin, también en cierta forma en el artículo 81.1 del CDFV⁷⁷.

B. Atribución del uso de la vivienda familiar cuando a cada progenitor se otorga la guarda y custodia de uno de los hijos. El artículo 96.2 prevé la posibilidad de que la custodia de los hijos se reparta entre ambos cónyuges (custodia repartida). Si bien, el legislador no establece ningún criterio que permita objetivamente atribuir el uso de la vivienda a uno u otro cónyuge, por lo que en este supuesto, por expresa previsión legal, la decisión queda encomendada al arbitrio judicial, esto es, al criterio razonable e imparcial del juez. El criterio del «interés más necesitado de protección» no se presume a favor de los hijos menores, sino que deberá acreditarse en cada caso, en cuanto no sirve para resolver el conflicto⁷⁸.

Ahora bien, si no queda acreditado un interés especial de protección en ambos grupos familiares, es perfectamente factible que, si la vivienda familiar es privativa, se mantenga esta en poder y posesión del cónyuge titular, obviando la posibilidad de atribución del uso⁷⁹. Por ende, si la vivienda es de titularidad

común, el uso es compartido, por lo que se puede optar por no otorgar a ningún grupo familiar el uso de la vivienda⁸⁰, o dividirla —si es posible su división material—⁸¹, o, simplemente atribuir el uso de forma temporal y rotatoria o forma alternativa a cada grupo familiar.

C. Atribución del uso de la vivienda familiar cuando no existen hijos. Si no hubiera hijos menores de edad o incapacitados, el párrafo tercero del artículo 96 supedita la atribución a que el cónyuge no titular sea el interés más necesitado de protección y, además, así lo aconsejen las circunstancias del caso⁸².

En este contexto, la concreción de lo que representa el principio del interés más necesitado de protección y de las circunstancias personales y socioeconómicas en las que se puede encontrar el cónyuge no titular, corresponde al órgano judicial en una adecuada ponderación de los intereses en juego, pues, la aplicación del artículo 96.3 tiene carácter excepcional y, por ende, su interpretación debe ser sumamente restrictiva, máxime cuando la vivienda es propiedad de otro⁸³. Ahora bien, es posible que el juez después de valorar todas las circunstancias del caso llegue a la conclusión de que no existe un interés más necesitado de protección, por lo que el uso deberá permanecer en manos del cónyuge titular de la vivienda. La titularidad cede solo cuando se pruebe que el interés del cónyuge no titular es el más necesitado de protección y, además, las circunstancias hacen aconsejable que sea el beneficiario del uso. Por otra parte, se ha considerado en alguna ocasión que, la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse, operando precisamente sobre la base del párrafo tercero del artículo 96 del Código Civil⁸⁴.

D. La atribución del uso en el caso de guarda y custodia compartida. La atribución del uso de la vivienda constituye una de las medidas donde la guarda y custodia compartida tiene una incidencia directa. No solamente se trata de un espacio físico, sino que además representa el lugar donde se van a desarrollar las relaciones personales de los progenitores con sus hijos, lo que va a influir en su desarrollo y estabilidad emocional. Indudablemente, la atribución del uso a uno de ellos en estos casos de custodia compartida, conlleva una gran movilidad, y disponer de recursos económicos para hacer frente a esta nueva situación, que, sin embargo, no suponen un obstáculo para el reconocimiento de tal custodia.

El Código Civil no introduce reglas especiales de atribución en caso de guarda y custodia compartida⁸⁵. Las posibilidades son: a) Que los hijos permanezcan en la vivienda y sean los padres los que se desplacen en los periodos establecidos —conocido como vivienda-nido—. En este supuesto, la vivienda se atribuye a los hijos y al progenitor que en cada momento los tenga en guarda y custodia⁸⁶; b) Que sean los hijos los que cambien de domicilio. De forma que, para la atribución de la vivienda resulta lógico que se atienda al interés del cónyuge más necesitado de protección, valorando entre otros factores el que disponga de otra vivienda el otro progenitor, apoyos familiares, situación económica de cada uno de los progenitores, estado de salud, etc. (art. 96.1 del Código Civil)⁸⁷; o se atribuye de forma conjunta a ambos⁸⁸; o, en fin, se aplica analógicamente lo previsto en el párrafo segundo del artículo 96 que regula el supuesto ya analizado de que existan varios hijos y unos queden bajo la custodia de un progenitor y otros en la del otro, resolviendo el juez lo que estime procedente; c) Que no se realice atribución ninguno de los progenitores ni a los hijos⁸⁹. En caso de ser la vivienda ganancial o pertenecer a ambos cónyuges en propiedad común, la solución para la doctrina descansaría en la aplicación analógica del artículo 96.2 del Código Civil, que establece que será el juez el que resolverá lo procedente para el supuesto de que unos hijos queden en compañía de uno de

los progenitores y los otros en la del otro⁹⁰. La falta de regulación en relación con esta medida y la guarda y custodia compartida contrasta con la existente en las legislaciones autonómicas. Así en el Código Civil catalán, en los casos en los que no haya acuerdo, la atribución será preferente al progenitor que ostente la guarda mientras dure esta (art. 233-20.2); y, asimismo, puede atribuirse la vivienda al cónyuge más necesitado de protección en caso de guarda y custodia compartida o distribuida [arts. 233-20.3 a)]. Por su parte, el CDFa en caso de custodia compartida se atribuye el uso al progenitor que, por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda, y, en su defecto, se decidirá por el juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares (art. 81.1). En la Ley 5/2011, de la Generalitat valenciana tanto para el supuesto de régimen de convivencia compartida, como régimen de convivencia individual, a falta de pacto, la atribución del uso de la vivienda se harán: 1. En función de lo que sea más conveniente para los hijos; y, 2. Siempre que sea compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a la vivienda (art. 6.1)⁹¹; y, finalmente, la Ley 7/2015 del País Vasco partiendo del interés de la persona del menor de edad, se pretende impulsar el acuerdo entre los progenitores en lo referente al uso de la vivienda. También se considera que el uso de la vivienda no queda rígidamente unido al régimen de la custodia, con vistas a facilitar la autonomía de los miembros de la pareja después de la ruptura y en el menor tiempo posible. Así, en defecto de acuerdo o de su aprobación judicial, el juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, y de los enseres y el ajuar existente en ella, en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos e hijas, a criterios de necesidad de los miembros de la pareja y a la titularidad de la vivienda. El juez otorgará el uso de la vivienda familiar preferentemente al progenitor a quien corresponda la guarda y custodia de los hijos comunes si es lo más conveniente para su interés. Asimismo, atribuirá el uso de la vivienda familiar a aquel miembro de la pareja que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos e hijas, objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, y el otro progenitor tuviera medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores y fuera compatible con el interés superior de estos. En todo caso, la atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga deberá solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado, y tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas. Si la guarda y custodia fuera compartida se puede atribuir el uso de la vivienda por periodos alternos entre ambos; si no fuera así, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos. Si se atribuyere a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos, ya fuera exclusiva o compartida, y la vivienda fuera privativa del otro progenitor o común a ambos, dispondrá del uso solo mientras dure la obligación de prestarles alimentos. Opta por la temporalidad en la atribución. En este caso, la vivienda privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja. El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de

vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado. Y, si los progenitores poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley (art. 9).

Sobre tales bases, de nuevo la falta de regulación del Código Civil se suple con la labor que, al respecto realiza la jurisprudencia. Así en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014⁹², además de señalarse, precisamente que, el Código Civil a diferencia de otros ordenamientos autonómicos, no contiene una regulación específica de la materia señala que, el artículo 96 del Código Civil por lo que «ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección que, no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil».

Asimismo, el Tribunal considera que, el interés más necesitado de protección ya ha sido valorado en la sentencia —en concreto el de la madre—, por lo que queda por analizar si debe imponerse o no una limitación del derecho del uso, armonizando con ello dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otras vivienda, aspecto este en que debe casarse la sentencia.

Por lo que en este caso, entiende que, debe imponerse una limitación temporal en el uso de la vivienda por parte de la madre hasta los dos años contados desde esta sentencia, para con ello proceder a armonizar los dos intereses contrapuestos expuestos, y además ha de tenerse en cuenta que se trata de una situación que la esposa ha consentido y, por tanto, ha debido calcular en su momento. Se entiende, además que, con la limitación temporal del derecho de uso a dos años contados desde la sentencia, se armoniza el interés del hijo de comunicarse con su madre en otra vivienda, y el del titular de la vivienda (el padre), que de otra forma quedaría frustrado indefinidamente al no permitírsele disponer de tal vivienda. En todo caso, el interés prevalente del menor queda preservado, si la vivienda alternativa a la familiar que la madre tenga una vez que acabe los dos años, es idónea para satisfacer tal interés.

Ciertamente, aunque se insista desde el Tribunal Supremo que, el artículo 96 del Código Civil establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, representa una regla taxativa que, no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que, se pueda producir este perjuicio, también se ha precisado que, entre los factores que eliminar el rigor de la norma está que, el hijo no precise de la vivienda familiar por encontrarse satisfechas sus necesidades habitacionales a través de otros medios, esto es, que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así se contiene en el artículo 233-20 del Código Civil catalán y en cierta forma también el artículo 81.1 del Código de Derecho Foral aragonés.

En el mismo sentido, se pronuncia la sentencia de ese mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 17 de noviembre de 2015⁹³ después de fijar el reparto del tiempo de la menor con ambos progenitores, a falta de acuerdo entre los mismos, se pronuncia sobre la atribución del uso de la vivienda familiar estableciendo que, al acordar la custodia compartida, la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que, con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva, pues, ya la residencia no es única. Por tanto, de acuerdo con el artículo 96.2 del Código Civil, aplicando analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, el Tribunal determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedara supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales. En igual sentido se pronuncia, la sentencia de este Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2016⁹⁴. Por lo que, sobre tales bases, en el supuesto de guarda y custodia la norma que habría de aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo del artículo 96 del Código Civil y si la vivienda es privativa de uno de los cónyuges, de ambos o pertenece a un tercero se podría imponer una limitación temporal similar a la que establece el párrafo tercero del citado precepto para el matrimonio sin hijos y en función del interés más necesitado de protección. Ahora bien, en el caso de atribución de la vivienda familiar de titularidad dominical común, cuando se hiciera una atribución temporal del uso, se debería concretar en el convenio o en la sentencia el destino que se le dará al inmueble por el juez o por las partes, una vez se extinga el uso, o en el supuesto que, la vivienda familiar sea titularidad del cónyuge no custodio y no titular del uso, a la extinción temporal del uso, se facilitase el desalojo del inmueble.

De todas formas, tanto la guarda y custodia compartida como la atribución del uso de la vivienda son medidas revisables, cuando tenga lugar una modificación o alteración de las circunstancias⁹⁵.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CASTÁN TOBEÑAS, J. M.^a (1982). Comentario al artículo 154 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid: Edersa.
- CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, Navarra: Aranzadi.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. (2009). El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida, *LA LEY*, núm. 7206, 29 de junio, 1-5.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 14.ª ed., Madrid: Marcial Pons.
- LATHROP GÓMEZ, F. (2008). *Custodia compartida de hijos*, Madrid: La Ley.
- MARTÍN CALERO, C. (2007). Comentario al artículo 92 del Código Civil. En: V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios a las reformas de la separación y divorcio*, Valladolid: Lex Nova.
- (2010). Criterios de atribución de la custodia compartida, *Indret*, julio, 1-21.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (2013). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad, *Curso de Derecho Civil, vol. IV. Derecho de Familia*, 4.^a ed., Madrid: Colex.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 1991.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de julio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de diciembre de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de diciembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de julio de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de febrero de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de septiembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de septiembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de octubre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de enero de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de febrero de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de febrero de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de febrero de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de febrero de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 1 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de junio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2016.
- SAP, Guipúzcoa, secc. 3.^a, 30 de enero de 2001.
- SAP, Madrid, secc. 22.^a, 22 de febrero de 2005.
- SAP, Castellón, secc. 2.^a, 11 de diciembre de 2012.
- SAP, Barcelona, secc. 18.^a, 17 de septiembre de 2014.
- SAP, Asturias, secc. 6.^a, 2 de octubre de 2014.

- SAP, Burgos, secc. 2.^a, 21 de septiembre de 2015.
- SAP, Barcelona, secc. 12.^a, 13 de noviembre de 2015.

NOTAS

¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (2013). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad, *Curso de Derecho Civil. vol. IV Derecho de Familia*, 4.^a ed., Madrid: Colex, p. 353, quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas «potestades familiares». *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (LA LEY 44425-JF/0000), que señala que «la patria potestad es un derecho-deber de carácter obligatorio, irrenunciable, imprescriptible, que debe ejercitarse siempre en beneficio del menor, pero puede privarse total o parcialmente de él a los titulares»; de 25 de junio de 1994 (LA LEY 1994, 13968), se configura la patria potestad como un conjunto de derecho de los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y conjunto de deberes inherentes a ella; y, de 31 de diciembre de 1996 (LA LEY 1997, 508); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.^a, de 20 de julio de 1998; y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 1.^a, de 8 de febrero de 1999; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.^a, de 22 de junio de 1999 (AC 1999, 8394) «la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnimodo sobre los hijos queda definida como una función en la que se integra un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes, que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos»; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.^a, de 5 de marzo de 2001; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 16 de octubre de 2007 (LA LEY 2007, 219823); de la misma Audiencia, secc. 12.^a, de 14 de marzo de 2008 (LA LEY 2008, 27513); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, de 1 de septiembre de 2008 (LA LEY 2008, 196431).

Por su parte, señala LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 14.^a ed., Madrid: Marcial Pons, p. 346, que la subordinación de las facultades paternas a la formación de los hijos ha llevado a algunos autores a defender la idea de que (al igual que la propiedad) la patria potestad debe configurarse actualmente como una función social, conclusión que, a su juicio, resulta exagerada y en todo caso, confusa por imprecisa. Y, añade «baste resaltar el aspecto de potestad para llegar a la conclusión unánimemente aceptada de que los poderes paternos se encuentran sometidos y dirigidos a la formación integral de los hijos».

² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991; de 20 de enero de 1993; y 31 de diciembre de 1996; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.^a, de 27 de febrero de 1996.

³ *Vid.*, CASTÁN TOBENAS, J. M.^a. (1982). Comentario al artículo 154 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. 2.º*, 2.^a ed., Madrid: Edersa, pp. 109-111; MARTÍN MORÓN M.^a T. (1989) *Voz «Patria potestad»*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XIX*, Barcelona 1989, pp. 130-131; ALONSO PÉREZ M. (1997). La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras, *Actualidad Civil*, número 2, semana del 6 al 12 de enero de 1997, pp. 22-24; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2.^a ed., Madrid: La Ley, pp. 29-30. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987 (LA LEY 12499-JF/0000); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996, 472).

⁴ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, de 20 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5376), en situaciones indudablemente conflictiva como los matrimonios mixtos.

⁵ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 1.^a, de 11 de diciembre de 2000 (LA LEY 2000, 225540).

⁶ *RJ* 2002, 5905. Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1960 (*RJ* 1960, 2833); 26 de abril de 1963 (*RJ* 1963, 2420); de 8 de abril de 1975 (*RJ* 1975, 1514); de 5 de octubre de 1987 (*RJ* 1987, 6716); y, 11 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 7447); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 1.^a, de 8 de febrero de 1999 (*AC* 1999, 3913); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.^a, 22 de junio de 1999 (*AC* 1999, 8394).

⁷ Se trata de un supuesto excepcional, prevista como medida provisional y vinculada a la incapacidad de ambos progenitores para ejercerla de modo adecuado. La atribución de la guarda del menor a un tercero no implica automáticamente la privación de la patria potestad. En todo caso, el juez ha de acordar en su resolución qué funciones han de ejercer los guardadores. Si el juez no dice nada, los progenitores conservan la patria potestad, salvo en la función de guarda. Esta medida, no obstante, puede ser acordada de oficio por el juez sin que esté vinculada ni al principio dispositivo, de rogación y aportación de parte tanto como medida provisional o definitiva en un procedimiento matrimonial (art. 103 del Código Civil), como en cualquier procedimiento o momento procesal (art. 158.4). Al respecto es importante señalar que, el Código Civil catalán ha regulado específicamente la posibilidad que, tras la muerte un progenitor, la autoridad judicial pueda, con informe del Ministerio Fiscal, y de forma excepcional, atribuir la guarda y demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto, si el interés del hijo lo requiere y, además, se dan dos requisitos: 1. Que este cónyuge o conviviente del progenitor difunto haya convivido con el menor; 2. Que se escuche al otro progenitor y al menor si tiene 12 años o tiene la suficiente capacidad natural (art. 236-15). Asimismo, el Derecho aragonés establece sobre la autoridad familiar del padrastro o la madrastra, que el cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad. Y que fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge puede continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar (art. 8 Código de Derecho Foral Aragonés). *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 681), guarda y custodia del menor ejercida por su tía paterna; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, de 11 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 193852), guarda y custodia atribuida a los abuelos, atendiendo al informe psicosocial que, señala que sobre la base de los intereses de los menores, es conveniente atribuir la guarda a ellos; y, de 16 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 71019), a favor de su tía, por considerarse la mejor solución para los hijos que, siempre han convivido con ella, y han de mantenerse en ese entorno, en el que son atendidos, reciben cuidados y ello no impide que tengan relación con sus padres.

⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, de 31 de julio de 2008 (LA LEY 2008, 116201) señala que, la denominación de custodia compartida puede amparar diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores —partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta—, que supongan un reparto no necesariamente igual de tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones.

Por su parte, ROGEL VIDE, C. (2005). En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación o divorcio, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 1, p. 82, considera más adecuado el término de custodia alterna, ya que la guarda y custodia ni es conjunta no se comparte, sino que lo que se alterna entre los progenitores es el lugar de estancia y/o el tiempo. El menor ha de repartir su tiempo entre ambos progenitores.

⁹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 17 de febrero de 1998 (LA LEY 1998, 23899).

¹⁰ Sin embargo, alguna normativa autonómica han incluido una definición al respecto. Así el artículo 3 a) de la Ley 5/2011, de 5 de abril de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven señala al respecto «*Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a organizar y regular la cohabitación de los progenitores*

que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordando voluntariamente entre aquello. O en su defecto por decisión judicial». Por su parte, en la letra b) del citado precepto se define el régimen de convivencia individual como «una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos menores a uno solo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos menores de edad adaptada a las circunstancias del caso»; y, finalmente, en la letra d) el pacto de convivencia familiar se conceptúa como «acuerdo de naturaleza familiar y patrimonial, adoptado por ambos progenitores y judicialmente aprobado, con la finalidad de regular y organizar el régimen de convivencia o de relaciones, en su caso, así como los demás extremos previstos en la Ley».

Asimismo, en algunos textos internacionales se define por un lado, la corresponsabilidad parental y, por otro, la custodia compartida. Así el artículo 2.7 del Reglamento (CE) número 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental conceptúa la corresponsabilidad parental como «los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita». Y, el artículo 2.11 b) define la custodia compartida «...Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no puede decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor». En otros, sin embargo, se opta por destacar algunos aspectos característicos de esta modalidad de guarda. Así el artículo 18.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece el deber por parte de los Estados de consagrar en sus normativas el principio de igualdad de los progenitores respecto de la crianza y desarrollo de los menores; y, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992 establece en el punto 14 que «...el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones...».

¹¹ LATHROP GÓMEZ, F. (2008). *Custodia compartida de los hijos*, Madrid: La Ley, p. 39. GUILARTE MARTÍN CALERO, C. (2007). Comentario al artículo 92 del Código Civil. En: V. Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la reforma de la separación y divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Valladolid: Lex Nova, p. 156, señala que «la guarda y custodia compartida consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y visitador (propios de la guarda exclusiva), lo que les coloca en pie de igualdad y garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de pareja». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 29 de junio de 2012 (LA LEY 2012, 128420), aboga por la superación del concepto de guarda y custodia, exclusiva o compartida, suprimiendo toda referencia a la guarda y custodia, para hablar de periodos de permanencia o de guarda, distribución de estancias, que deberán estar los hijos con un progenitor y con el otro. Pero, añade, aunque la sustitución de la terminología es conveniente y necesaria, y debe utilizarse de un forma generalizada, pues, salvo situaciones de estancias muy restringidas con un progenitor, aunque no exista una estancia igualitaria entre ambos progenitores, siempre podrá hablarse de guarda y custodia compartida, a fin de evitar la marginación de un progenitor frente a otro en las decisiones que afectan a los hijos.

¹² *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 17 de septiembre de 2014 (LA LEY 2014, 149595), no puede hablarse de un régimen de custodia compartida, si no hay coparentalidad. Por lo que la medida sobre la guarda se ha de acordar atendiendo al carácter conjunto de la responsabilidad parental y el ejercicio de las funciones será más o menos compartido según el grado de corresponsabilidad, de comunicación y de intercambio de información de los padres.

¹³ *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 31 de enero de 2008 (LA LEY 2008, 1122).

¹⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 16 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 553); de 18 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1919); de 27 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 146687); de 26 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2658); de 16 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2782); de 17 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2784); de 25 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4028), cumplimiento del principio de interés del menor, a pesar de separar a los hermanos; de 9 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4224); de 17 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5392) donde se señala que, el concepto de interés del menor que ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015 extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares»; se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo», «La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...», y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara»; de 28 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 27159); de 4 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 32451); de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 847); y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1131). Y, asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 1 de febrero de 2016 (BOE, núm. 57, 7 de marzo de 2016, pp. 18444-18459); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 26 de junio de 2015 (*AC* 2015, 1257).

¹⁵ *Vid.*, sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 141/2000, de 29 de mayo.

¹⁶ DE TORRES PEREA, J. M. (2009). *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Iustel, p. 24.

¹⁷ LA LEY 2013, 37196. Con anterioridad, *vid.*, en el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 8 de octubre de 2009 (LA LEY 2009, 192180) señaló que «(...) el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al juez determinar en cada caso concreto que circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. (...) Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven»; de 10 de marzo de 2010 (LA LEY 2010, 5293); de 11 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2340); y, de 9 de marzo de 2012 (LA LEY 2012, 31826). Con posterioridad, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5002); de 25 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2651); de 16 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 553); de 28 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 370); de 11 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 37611); y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 847). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 22 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 222004); y, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 31826), señalan como presupuestos normativos a los que ha de atenderse para la adopción de la medida de guarda y custodia compartida a «los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de menores, de alimentación, de educación, y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que puede ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos, y relaciones con ellos en especial, si existe un rechazo o una especial identificación, su edad, y capacidad de autoabastecerse, etc». Asimismo, la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 18 de febrero de 2011 (*JUR* 2011, 229748), señala que, resulta necesario analizar con cuidado todas las circunstancias y valorarlas a la luz del interés del menor; y

han de analizarse entre otras, la capacidad de los progenitores, el grado de armonía entre ellos; la edad de los hijos y su opinión o las circunstancias geográficas y convivenciales. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 29 de febrero de 2012 (*JUR* 2012, 117971) para el establecimiento de la custodia compartida, las circunstancias a ponderar, de carácter objetivo, son entre otras: «a) La disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; b) El aseguramiento de la estabilidad de los menores en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, familia amplia, colegio, amigos o ciudad o barrio; c) La ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; d) El rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; e) La garantía de equilibrio psíquico de los menores, para que no se vean afectados por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores; y, f) Que quede deslindada la idoneidad de la custodia, con el afán por la obtención de réditos materiales, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones».

¹⁸ Igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de julio de 2011 (LA LEY 2011, 111554); y, de 2 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4250) señalan que, no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen de relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. Ni tampoco ha de ser objeto de interpretación restrictiva. Asimismo, las sentencias de este mismo Tribunal, de 16 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 553); de 15 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2778); de 17 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2784) no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable; de 21 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4784) establece que, la corta edad de los menores no desincentiva la guarda y custodia compartida; 11 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 248); y, de 29 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 995) además de reiterar la doctrina sobre la normalidad y conveniencia de la custodia compartida en caso de separación de progenitores. Casa y anula la sentencia de la Audiencia y señala que esta sentencia ciertamente desconoce, como si no existiera la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales en asuntos similares» pero el Alto Tribunal va más allá e insiste que «la sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a este, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 del Código Civil en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues, ninguna se dice salvo que funciona el sistema instaurado en la sentencia de divorcio». Por lo que acusa a las Audiencias Provinciales de crear inseguridad. *Vid.*, también, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, 9 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 73146).

Por otra parte, atendiendo a los criterios expresados, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de julio de 2013 (LA LEY 2013, 118670), hijos con un vínculo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos, sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con casa uno; y, de 25 noviembre 2013 (LA LEY 2013, 190714), considera idónea la guarda y custodia compartida ya que existe un estímulo de cooperación de los padres en beneficio del menor, y proximidad de los domicilios materno y paterno y régimen de visitas desarrollado sin incidencia. Sin embargo, en la sentencia de este Alto Tribunal, Sala Primera, de 7 de junio de 2013 (LA LEY 2013, 65217), en la valoración conjunta de la prueba, se consideró que era más conveniente a los niños la atribución de la guarda y custodia a la madre.

En esta línea, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 15 de septiembre de 2014 (LA LEY 2014, 149622), señala que resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación y cierta coherencia en los estilos educativos entre ambos progenitores.

¹⁹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 1 de octubre de 2010 (LA LEY 2010, 1657547); de 27 de abril de 2012 (LA LEY 2012, 56727), donde,

asimismo, se precisa que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre; de 25 de mayo de 2012 (LA LEY 2012, 72578); de 25 de noviembre de 2013 (LA LEY 2013, 190714); de 29 de noviembre de 2013 (LA LEY 2013, 186577); de 17 de diciembre de 2013 (LA LEY 2013, 204311); de 25 de abril de 2014 (LA LEY 2014, 51101); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 2014, 79813), ambos progenitores están capacitados para ejercer responsabilidades parentales y atender a sus hijos de forma adecuada, su relación se ha desarrollado con normalidad, procurando adaptar a los hijos a la nueva situación, y sus domicilios están próximos en una pequeña localidad; de 16 de octubre de 2014 (LA LEY 2014, 149440); de 20 de octubre de 2014 (LA LEY 2014, 149445); y, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 2014, 145489). Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (LA LEY 2011, 119736), se deniega la guarda y custodia compartida por no convenir al interés primordial de los menores; de 27 de septiembre de 2011 (LA LEY 2011, 183864), denegación de la guarda y custodia compartida por falta de la concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación de la Ley 5/2011, de la Comunidad Valenciana. La guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva de la mejor forma posible que es la de procurar la protección del interés del menor; de 10 de enero de 2012 (LA LEY 2012, 7717), se dispone que, para establecer un régimen de guarda y custodia compartida es necesario demostrar que de este modo se protege más eficazmente el interés del menor; lo que no ha ocurrido en el caso de autos, pues, el padre se limita a exponer sus propios argumentos sobre la primacía y la conveniencia general de la guarda y custodia compartida, pero sin referencia concreta al interés del menor; de 10 de diciembre de 2012 (LA LEY 2012, 18517), se deniega la guarda y custodia compartida solicitada por el padre. El sistema de custodia y de visitas que ambos cónyuges establecieron de mutuo acuerdo desde su superación de hecho ha funcionado correctamente y los menores se encuentran adaptados al mismo y es beneficioso para ellos. La guarda y custodia compartida se concibe como una forma de protección del interés de los menores, cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda; de 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 4894) no procede establecer un sistema de custodia compartida, al no ser beneficioso para los hijos y, la madre que, se ha dedicado en exclusiva al cuidado de los tres niños desde su nacimiento hasta el momento actual, dejando por ello de trabajar. Además de una menor disponibilidad del padre, y una conflictiva relación de la progenitora con la familia paterna, que puede no resultar beneficiosa para los hijos, teniendo en cuenta la atención que deberían prestarles dada la escasa disponibilidad de tiempo por parte del padre; de 1 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 736) se deniega la custodia compartida dada la distancia de los domicilios al residir la madre en Granada y el padre en Cádiz, y no solo se tienen en cuenta la corta edad del menor, sino también las alteraciones que, esto supone en el régimen de vida del menor, máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria; de 9 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 842) desestimación de la atribución de guarda y custodia a favor del padre, pues, la enfermedad de Parkinson en estado leve y controlada de la madre no le impide hacerse cargo del cuidado de sus hijos, sino perjuicio de lo que resulte de su posterior evolución. Y, además, la existencia de una manifestación ansioso-represiva que, no consta que sea consustancial al Parkinson, es un cuadro de relativa frecuencia tras las rupturas matrimoniales y no inhabilita para desarrollar la labor como madre, como se deduce del informe psicosocial elaborado por los peritos judiciales; de 9 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 972) aptitud de ambos progenitores para hacerse cargo de la educación de sus hijos; y aun reconociendo que le es más fácil a la madre la compatibilización de horarios por el hecho de ser maestra del mismo colegio en el que están escolarizados sus hijos, ello no impide que el padre pueda afrontar la custodia compartida con el mismo éxito, dada la flexibilidad de horario (acreditada documentalente), por lo que debe ser reconocida al padre el compartir con la madre la guarda y custodia de los hijos; y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1131) no se concede la guarda y custodia compartida, pues, con la sensibilidad orientada al interés del menor; y consciente de la doctrina de esta Sala, entiende que

«por el momento» se le crea al menor un problema de lealtades que le provoca ansiedad y preocupación, desfavorable para su estabilidad emocional, y de ahí que, partiendo de sus deseos, concluya como más favorable para él un régimen amplio de relación con el padre y la nueva familia de este, cercano a la custodia compartida, pero sin que la madre que no tiene nueva familia, pierda la custodia.

²⁰ *JUR* 2016, 52409. Añade al respecto que «esto no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, con la precisión —STS de 22 de julio de 2011— de que “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”. Se deniega la guarda y custodia por no haberse propuesto tal Plan, al considerarse, en los términos expuestos, necesario conocer «los pormenores en que va a consistir la custodia compartida».

²¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 57738) ante la constancia de un desequilibrio amplio en los tiempos de permanencia de uno u otro con la hija, procede el reparto, a falta de acuerdo entre los progenitores por semanas alternas de lunes a lunes y vacaciones por mitades.

²² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 11 de marzo de 2010 (LA LEY 2010, 5294); de 18 de noviembre de 2011 (LA LEY 2011, 241446); y, de 10 de diciembre de 2012 (LA LEY 2012, 185317).

²³ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, 20 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5613); y, de 11 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 37611), se dota de relevancia a las manifestaciones del menor de catorce años de edad, no solo por su edad, sino también por su madurez.

²⁴ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 10 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2564).

²⁵ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de marzo de 2010 (LA LEY 2010, 5294); de 2 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4250), opta por la guarda compartida; de 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 4894); y, de que al respecto señala que «las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 2011 (LA LEY 2011, 186210), deniega la guarda y custodia compartida valorando el informe psicosocial emitido por el psicólogo del servicio judicial. También, la sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 87928) se deniega la custodia compartida pues, en el informe psicosocial se pone de manifiesto que «no consta de momento que sea lo más beneficioso para los menores... se encuentran en estado evolutivo saludable, tiene buena adaptación escolar, el buen estado de salud, y un proceso de desarrollo normalizado». Y a mayor abundamiento, se amplía el extenso régimen de visitas que «permita asegurar una presencia sólida de la figura paterna indispensable para la formación integral de los hijos». Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 20 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 789199), informe psicosocial emitido por el equipo técnico adscrito a los Juzgados de Avilés; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 11 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 236809), informe psicosocial emitido por EATAV en el que se considera que, el interés de los menores en ese momento, determina la conveniencia que queden al cuidado de la madre con un amplio sistema de relaciones y comunicaciones con el padre; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª,

24 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 156255) valor relevante de los informes psicológicos; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, 19 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 196315).

²⁶ *RJ* 2013, 5002. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 87925).

²⁷ *RJ* 2015, 564. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, secc. 1.^a, 22 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5023); de 15 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 3004); de 9 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4179); de 28 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 27159); de 11 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 249); de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 847); y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1131).

Por su parte, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, de 22 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5676) —y con anterioridad, las sentencias de 10 de octubre de 2010, y 11 de febrero de 2011— que lo que importa es garantizar o proteger con este procedimiento el interés del menor que, si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 del Código Civil han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta materia pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior. No obstante, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). Régimen común a la nulidad, separación y divorcio, *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, Madrid: Colex, p. 184 señala que este ejercicio conjunto de la guarda suscita también algunos reparos, derivados fundamentalmente del peligro de perpetuare los enfrentamientos o desencuentros que dieron lugar a la ruptura matrimonial, a la hora de tomar decisiones relativas al cuidado y educación de los hijos.

²⁸ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, de 2 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4250); y de 18 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 5718). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 9 de abril de 2014 (*AC* 2014, 689).

²⁹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, de 2 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4250); de 30 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5268); 11 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 249); y, de 25 de abril de 2016 (*LA LEY* 39317, 2016) se deniega la custodia compartida al no resultar, en este caso, el sistema más adecuado en base a los siguientes elementos de juicio: 1. El padre no podrá atender debidamente a la menor; 2. La tensa situación de la pareja unido a una condena penal por injurias; y, 3. Escasa espontaneidad del menor en la exploración al estar mediatizado por su padre; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, de 11 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 114405), capacidad de atención y cuidado por parte de los padres, por igual ubicación de domicilios en la misma localidad, no se aprecia un grado de conflictividad que, impide el desarrollo de este sistema; de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.^a, de 27 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 246153), sólida relación con ambos progenitores con la menor; medida favorable a ellos, al suponer implicación de ambos progenitores en el cuidado y atención de la menor. Además existe aptitudes personales de ambos para su cuidado y atención; de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.^a, de 31 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 18910), idoneidad, compromiso, y preocupación de ambos padres respecto de sus hijos; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.^a, de 16 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 276233), la mayor vinculación de la menor con su madre no es obstáculo para que la guarda compartida funcione. La edad de la menor de 3 años y medio permite que, pueda desarrollarse de manera plena con ambos progenitores. Reparto quincenal; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.^a, de 2 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 5669); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.^a, de 30 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 14468) adecuada capacidad de ambos progenitores para ejercer la guarda sobre su hijo, siendo la custodia compartida beneficiosa para el menor; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 28 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 34731) aptitud y capacidad para desarrollar de forma óptima las funciones derivadas de la responsabilidad parental. La ausencia de una correcta comunicación entre los progenitores al tiempo de la ruptura carece de entidad suficiente para invalidar un ejercicio compartido de la responsabilidad parental y del desarrollo de la guarda. Existe, además, una voluntad

de diálogo por parte de los progenitores; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 5 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 19607); y, de 10 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 49944). Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, de 12 de diciembre de 2013 (*RJ* 2013, 7838) se indica que «sin duda, la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado y la solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta ninguno de los parámetros imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que pueda asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva, y aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, garantizando al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos en la última etapa de su infancia, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos»; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 16 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 227514), falta de condiciones de coparentalidad, necesaria comunicación fluida entre ambos progenitores y una valoración positiva del rol que ejerce el otro progenitor con los hijos; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, de 2 de octubre de 2014 (*AC* 2014, 2095), no procede la atribución de la guarda y custodia compartida al tener domicilios los padres en distintas localidades y no cercanas entre sí; de forma que, no puede ir el menor trasladándose cada pocos días, o en varios meses durante el curso escolar, pues, ello implicaría que cada año que transcurre en su vida cambia de colegio, amigos y vecinos.

³⁰ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, de 19 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5002), hijos con un vínculo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos, sin que se adviertan obstáculos al hecho que puedan vivir quince días con cada uno, aunque se reconozca que se encuentran a gusto con las visitas que actualmente tienen con su padre. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.^a, de 9 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 49868), ruptura de la pareja al nacer el hijo quien ha vivido siempre con su madre, el padre ha dedicado pocos esfuerzos a estar con el menor y hay una ausencia de comunicación fluida entre los progenitores.

³¹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, de 17 de diciembre de 2013 (*RJ* 2014, 74); de 16 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5165); de 3 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2330) tras establecer que la falta de comunicación desaconsejarían el sistema de custodia compartida señala que «la falta de diálogo que no consta, en este caso, que llegue al extremo del conflicto, no debe ser causa directa para la atribución de la custodia a la madre o al padre, dado que se habrá de concretar la motivación de la decisión». Si bien, ante la falta de comunicación se atribuye, en la sentencia recurrida, la custodia a la madre, sin concretar y justificar porqué dicho déficit de comunicación se imputa al padre, razones todas ellas que llevan al Tribunal Supremo a la adopción del sistema de custodia compartida, al constar la aptitud de ambos, su mutua implicación en la educación y desarrollo de su hijo y por gozar los dos de las capacidades necesarias para poder superar los mutuos recelos en beneficio de su hijo; y, de 27 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 156219) la existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican *per se* que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Será preciso que, existiesen pruebas relativas a que los desencuentros afectan de modo relevante a la menor, causándole un perjuicio. Sin embargo, en la sentencia recurrida no se motiva tal perjuicio. Además en el informe psicosocial no se detecta en ningún progenitor incapacidad para el ejercicio de las funciones inherente a la guarda y custodia, sin que ofrezca respuesta motivada sobre qué perjuicio habría para el menor, si fuera compartida; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, de 18 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 6655), los criterios expresados en la sentencia recurrida no acreditan que, partiendo de la aptitud, interés y capacidad de los progenitores, se haya observado los principios establecidos para descartar el régimen preferente de custodia compartida. El nivel de conflictividad ni resulta de tal entidad que pueda justificar el cambio de criterio legal preferente de la custodia compartida. La alteración de la vida y costumbres del menor por la adopción del régimen de custodia compartida, no justifican, por sí solas, el mantenimiento del régimen

de custodia individual; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.^a, de 5 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 369126), el mero hecho de que haya malas relaciones entre los progenitores no es por sí mismo suficiente para establecer la custodia individual; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 26 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 1128), la existencia de malas relaciones entre ambos progenitores no es causa bastante para no acudir a una custodia compartida; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, de 24 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 220687), no puede denegarse solo con base a la mala relación de los progenitores y la inexistencia de informe favorable del Fiscal. No se deduce de los hechos probados que la difícil relación de los padres, perjudique el interés del menor; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 15 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 268576), pésima relación entre los padres que, no lo hacen prevalecer sobre las necesidades de los hijos que, han sido capaces de organizarse y existe capacidad de preservar a los menores del conflicto; y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, de 2 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 57125).

³² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5676) y, de 26 de mayo de 2016 (LA LEY 52462, 2016) que, «partiendo del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida». Este sistema, según la jurisprudencia se refiere, exige «un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconsejan un régimen de custodia compartida, pues, afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente.

³³ LA LEY 152551/2014. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, 15 de octubre de 2015 (*RJ* 2014, 4894); y, de 19 de febrero de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100098); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 4 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 861); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 27 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 534); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 18 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 741006), malas relaciones de los progenitores, y falta de Plan de Responsabilidad parental aportado por el padre que, solicita la custodia compartida y postura expresamente negativa del hijo a un nuevo cambio personal; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, 27 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 168549); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.^a, 30 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 150733); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.^a, 15 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 264839); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 14 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 261055).

³⁴ LA LEY 2015, 10275. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, 9 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4179), la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión; de 21 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4784); de 11 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 248); y, de 19 de febrero de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100098). Con anterioridad, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, de 17 de diciembre de 2012 (*RJ* 2014, 74), que a la vista de esta doctrina opta por la guarda y custodia compartida y declara que: «1. No consta que la mala relación entre los cónyuges pueda afectar a los menores, hoy con seis años de edad ambos, dado que el propio padre permitió tras el auto de medidas provisionales, las estancias durante la semana con la madre, que no estaban previstas; 2. No consta que la madre desarrolle un rol pernicioso para con los hijos; y, de 29 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7449). Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.^a, de 16 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 54581), señaló que, la conflictividad entre ambos progenitores no era de tal gravedad como para dificultar seriamente el régimen de guarda propuesto.

³⁵ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, 27 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 5043); de 26 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5624) donde se declara que, los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otras de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos; y, de 4 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 30008) donde

se indica que «una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparte al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos; el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 13810); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 16 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 201094); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, 4 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 166601); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.^a, 21 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 243595); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, 13 de noviembre de 2015 (*JUR* 2015, 10519). Por su parte, el artículo 3.8 b) apartado 4 de la Ley Foral 3/2011 de Navarra señala que, la simple denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no es suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuir la guarda y custodia de estos a favor del otro.

³⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, de 13 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 4751).

³⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 10 y de 11 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2329, y *RJ* 2010, 2340); de 7 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5008); y, de 25 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2651).

³⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 842).

³⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 19 de noviembre de 2013 (LA LEY 2013, 180585), señala que, tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012, «se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art. 91 del Código Civil), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del Código Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancias está supeditado a que favorezca el interés del menor». Y añade «A la luz de los datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del artículo 92 del Código Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia y confirmando en todos sus extremos la del Juzgado de Primera Instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida: a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor; que ya se ha venido desarrollando con eficiencia»; las sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 22 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5023); de 18 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 5718) esta última dispone que, no es causa para impedir la modificación del sistema acordado en convenio notarial de atribución a la madre de la guarda y custodia, pues, el cambio de residencia y de horario laboral del padre, y la cordialidad en la relación de los progenitores, facilitan el cambio a un régimen de guarda y custodia compartida. Se trata de un supuesto de uniones extramatrimoniales; de 3 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 33206); de 19 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 924) señala que, el cambio de la política conciliadora de la empresa, no tiene calado suficiente como para poder apreciar un cambio sustancial de las circunstancias (art. 91 del Código Civil), por lo que se mantiene la guarda y custodia atribuida a la madre en convenio regulador; y la adopción de un régimen amplio de visitas que los aproxima al sistema de custodia compartida; de 19 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 582) en base a la protección del interés de la menor y en consideración al informe pericial que se ha practicado, considera que la madre responde de forma positiva a las funciones de guarda y custodia y no es suficiente presentar la alternativa sobre la custodia paterna basada en la presencia de los abuelos paternos, puesto que el padre prefiere vivir con aquellos en la vivienda de los mismos, aunque se encuentre mejor ubicada. En todo caso, el incumplimiento reiterado por parte de cualquiera de los progenitores del régimen de guarda acordado, podrá dar lugar a su

modificación (art. 776.3 LEC); de 9 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 840) señala que, la Sala bien reiterando en sentencias, entre las más recientes de 4 de febrero de 2016, y 11 de febrero de 2016, la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida; por lo que se ha de dilucidar en cada caso concreto si se prima o no en la decisión que se adopta el interés del menor y sobre tal base no se acredita que en tan corto espacio de tiempo haya existido alguna circunstancia nueva de las que representaron los progenitores, fieles conocedores de todas ellas en lo personal, vital y familiar; cuando decidieron sobre la guarda y custodia del menor, con acuerdo que mereció la aprobación judicial; de 29 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1133) se indica que, si la atribución de la guarda y custodia a la madre, con reconocimiento de un régimen de visitas a favor del padre, tales como los implantados ya en noviembre de 2012, viene siendo beneficioso para el plano desarrollo personal y social del menor, como se ha demostrado, no se alcanza la razón por la que habría que sustituir aquel régimen por el de custodia compartida, máxime cuando se ofrecen argumentos que permitan pensar que este nuevo régimen fuera más beneficioso para el interés del menor, como así lo ha entendido también, el Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición al recurso; de 12 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 1336) se modifica el régimen de guarda y se opta por la custodia compartida porque se da un cambio significativo de las circunstancias, en interés del menor; al apreciarse la capacitación de los padres, su implicación, la vinculación del hijo con ambos progenitores y la proximidad de los domicilios; de 13 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 1339); de 3 de mayo de 2016 (LA LEY 2016, 43299) después de manifestar que «si se acude al régimen de guarda y custodia compartida ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales durante la semana» señala que «en atención a lo razonado el motivo no puede prosperar, en el buen entendimiento de que no se niega el régimen de custodia compartida por ser *per se* desfavorable para el interés de los menores, sino por no ser favorable para los mismos el plan propuesto y el modo de articular aquélla»; de 24 de mayo de 2016 (LA LEY 2016, 56320) concluye que no se ha producido un cambio de circunstancias significativo, dada la escasa diferencia de edad y la ausencia de elementos de juicio que, permiten entender que se ha producido una alteración de las bases de enjuiciamiento, máxime cuando el padre mantiene un régimen de visitas amplio y mucho más flexible que el normalmente fijado. En suma, no se acredita que un cambio del sistema de custodia exclusiva a compartida, en este caso, beneficie el interés de los menores. De la doctrina jurisprudencial antes expuesta se deduce que, el decidir sobre la custodia de los menores, los tribunales no han de premiar ni castigar a los progenitores sino instaurar aquel sistema que ofrezca más ventajas a los menores. Por lo que no ha de prosperar el recurso que intente la adopción de las medidas que sean interesantes para los progenitores, dado que no prima el interés del padre-madre sino el de sus hijos, por lo que habrá de procurarse que la relación de éstos con sus progenitores se mantenga y progrese, su sustento económico se garantice, su estabilidad y desarrollo emocional se potencie y el derecho a una vivienda diga se ampare (art. 47 de la Constitución); y, de 30 de mayo de 2016 (LA LEY 2016, 59415) no procede la modificación de la guarda atribuida al padre por la custodia compartida, pues, se valora la existencia de apoyos del padre para cumplir la guarda, ayuda de la que carece la madre, así como la mayor vinculación afectiva, por las circunstancias del caso, del menor con la familia paterna; se procede a otorgar la guarda y custodia compartida al apreciarse un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el sistema anterior de custodia, pues, el padre ha sido absuelto de un delito de maltrato habitual y amenazas por los que le denunció su esposa. Dicha absolución constituye, precisamente, un cambio significativo de circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida por aplicación del artículo 92.7 del Código Civil.

⁴⁰ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, 10 de enero de 2011; de 9 de marzo de 2012 (LA LEY 2012, 31826); de 8 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1731); de 16 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2782); de 9 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 840); de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1131); de 20 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 87925); y, de 30 de mayo de 2016 (LA LEY 59415, 2016); y el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 2 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5192).

⁴¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 27 de abril de 2012 (LA LEY 2012, 56727). Asimismo, la jurisprudencia ha señalado la dificultad de acudir a la vía casacional por el cauce del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, cuando se invoca la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales, por cuanto las resoluciones de contraste que se invocan atienden a las circunstancias concretas y precisas de cada caso, para adoptar la solución más adecuada en cada supuesto, por lo que no existen en realidad criterios jurídicos contrapuestos (*vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 21 de julio de 2011 (LA LEY 2011, 119737)).

⁴² *Vid.*, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 13 de julio de 2011 (LA LEY 2011, 165381), en el caso objeto de enjuiciamiento, se trata de un menor que, al tiempo de la interposición de la demanda, no contaba con dos años de edad. La única prueba de carácter pericial practicada en autos recomienda razonablemente atribuir a la madre la guarda y custodia, con un régimen amplio de visitas con el padre que garantizase su permanencia como figura de referencia estable y continua. Y no se había aportado en autos plan de convivencia, sino que la Audiencia Provincial remitía a las partes a establecerlo, a los efectos de la posible ampliación de los periodos de convivencia. Por ello, la Audiencia Provincial ha incurrido en infracción de los preceptos denunciados —art. 76.2 y 80.2 Código Foral Aragonés—. Por una parte, porque en el caso presente resulta más conveniente la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba practicada y al factor que el propio legislador considera en primer lugar, cual es la edad del niño, que se encuentra en la primera infancia. Además, porque no debe establecerse el sistema de guarda y custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige. Asimismo, en la sentencia de este mismo Tribunal Superior, de 30 de septiembre de 2011 (LA LEY 2011, 216294), no se concede la guarda y custodia compartida, pues, el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor. Tampoco en la sentencia, de nuevo, de este mismo Tribunal Superior, de 4 de enero de 2013 (LA LEY 2013, 20830), ante la preferencia y deseos de los hijos de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana, siendo esta la principal figura de su mundo afectivo y quien les ha aportado la seguridad y estabilidad que han requerido a lo largo de su desarrollo evolutivo.

En cuanto a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 28 de septiembre de 2012 (LA LEY 2012, 164364), procede la guarda y custodia compartida de los hijos, pues, la conflictividad existente entre los progenitores no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida; asimismo, la circunstancia de la corta edad del menor no resulta tampoco por sí sola determinante para rechazar la medida, ni la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, sin delegar en terceras personas.

Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 28 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 47008); y, de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.ª, de 5 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 294567), indican que la guarda y custodia compartida es el régimen preferente y predeterminado por el legislador aragonés.

⁴³ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 23 de febrero de 2012 (LA LEY 2012, 34208) procede la guarda y custodia compartida atendiendo fundamentalmente a los deseos expresados en la exploración realizada; en el Auto de este mismo Tribunal Superior, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 19 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 6134) se considera, igualmente, procedente la guarda y custodia compartida ante la valoración del informe psicológico y la declaración de la menor que no se opone a estar conjuntamente con el padre y la madre, además, de la consideración de las circunstancias familiares como la proximidad de los domicilios e idéntica capacidad de los progenitores para atender a los requerimientos de la hija; y, que la falta de comunicación entre los progenitores no tiene suficiente entidad conflictual para desaconsejar dicha guarda y custodia compartida.

⁴⁴ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 10 de junio de 2014 (*AC* 2014, 1734); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 23 de junio de 2014 (*AC* 2014, 1829) se considera que el régimen de convivencia individual es excepcional, siendo el régimen de convivencia compartida el ordinario.

⁴⁵ NANCLARES VALLE, J. (2012). La custodia de los hijos en el Derecho civil navarro, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, abril, p. 103, en la que, asimismo, analiza la legislación navarra. En esta línea, MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A. (2014). El tratamiento de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, *LA LEY Derecho de familia*, núm. 3, tercer trimestre, p. 5.

⁴⁶ HERRERA DE LAS HERAS, R. (2011). Sobre la necesidad de una regulación de la guarda y custodia compartida, *Actualidad Civil*, núm. 10, 16-31 de mayo, p. 1145.

⁴⁷ SERRANO CASTRO FCO. DE ASÍS (2010). *Relaciones paterno-filiales*, Madrid: El Derecho, p. 177. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 1.ª, de 2 de noviembre de 1999 (AC 1999, 2281), se entiende como una extensión o prolongación del deber de los padres de contribución al sostenimiento de las cargas familiares.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 30 de enero de 2001 (AC 2001, 162) señala que, los alimentos de los hijos menores de edad se ha de regir por las siguientes pautas: «1. La separación, nulidad y el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos (art. 92 del Código Civil); 2. Los padres están obligados a alimentar, educar, y procurar una educación integral de sus hijos menores (art. 154 del Código Civil); 3. La obligación de contribuir a satisfacer los alimentos y necesidades de los hijos menores (art. 93 del Código Civil) se extiende a la totalidad del concepto amplio de alimentos (sustento, educación, vivienda, vestido, sanidad, ocio y formación complementaria incluidos los aspectos lúdicos) propios de la patria potestad; 4. La pensión mensual de los alimentos incluye la totalidad de todos los conceptos anteriores integrantes en el ámbito del ejercicio ordinario de la patria potestad; y, 5. La antedicha pensión no agota las obligaciones de los progenitores, ya que los mismos están obligados a soportar por mitades los gastos extraordinarios que generen sus hijos menores».

⁴⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7464); las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, de 26 de febrero de 2001 (JUR 2001, 138816); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 30 de junio de 2005 (JUR 2006, 47270); y, de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 2.ª, de 15 de febrero de 2006 (JUR 2006, 172411).

⁴⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 24 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5794); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de junio de 1995 (AC 1995, 1267); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 26 de abril de 1999 (AC 1999, 4842); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, de 31 de enero de 2001 (JUR 2001, 122798); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 8 de febrero de 2001 (JUR 2001, 124117).

⁵⁰ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4917); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 29 de mayo de 2002 (JUR 2002, 209048); de 18 de febrero de 2008 (JUR 2008, 130457); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 21 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 40176).

⁵¹ DÍAZ MARTÍNEZ A. (2013). Comentario al artículo 93 del Código Civil. En: R. Berco-vitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentario al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 958.

⁵² MORENO MOZO, F. (2008). *Cargas del matrimonio y alimentos*, Granada: Comares, p. 84.

⁵³ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. (2011). Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia, *Actualidad Civil*, primera quincena septiembre, núm. 15, pp. 1677-1678; ECHARTE FELIÚ, A. M. (2000). *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Granada: Comares, pp. 137-138. Si bien, a nuestro entender se debe matizar sobre todo con relación a los hijos menores de edad, ya que la obligación de alimentos tiene un alcance más amplio. En todo caso, cabe una identificación de los alimentos a los hijos mayores de edad (art. 93.2 del Código Civil) y los alimentos entre parientes del artículo 142 del Código Civil.

⁵⁴ Las sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 2001 (RTC 2001/1); y, de la Sala Segunda, de 14 de marzo de 2005 (RTC 2005, 57). *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 18 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 91648); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2.ª, de 4 de junio de 2003 (JUR 2003, 223298), que precisa «(...) la situación de necesidad se presume en esos casos, como

se presume sin dificultad que el menor ha de comer, vestirse, disponer de una vivienda, y de todo lo que integra el concepto jurídico de alimentos».

⁵⁵ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 601); y, de 22 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 3788). Por su parte, la sentencia de este Alto Tribunal y Sala de 18 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 70364) precisa que, aunque el interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo «en todo caso», conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 del Código Civil. Ahora bien, este interés no impide que aquellos que por disposición legal están obligados a prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían para proveer a sus necesidades. La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligadas a hacerlo. Estamos en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resultan necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 de la CE. Por lo que el Alto Tribunal confirma la sentencia fijada en primera instancia al considerar que la obligación del padre hacia el menor «cesa cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades». Asimismo, da la razón al padre en su referencia al principio de proporcionalidad a la hora de establecer la cuantía de la pensión de alimentos, citando para ello diferentes sentencias que señalados con anterioridad mínimos vitales en atención al caudal de ingresos del alimentante, y por ende, fija la manutención en 63 euros mensuales de acuerdo con la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Finalmente, señala la obligación de los servicios sociales de la Administración Pública de cubrir la manutención de un menor cuando no puede hacerlo el padre por encontrarse en situación de pobreza extrema. Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2016 (Id Cendoj. 28079110012016100270) declara que la falta de medios determina otro mínimo vital, que es el del alimentante; y, la necesaria intervención de los servicios sociales de las Administraciones Públicas en determinados supuestos de precaria situación. Si bien, en este caso, la pensión no se considera desproporcionada al disponer el padre de medios económicos ocultos con los que cubrir las necesidades básicas de alimentos, vestido y transporte de su hijo.

⁵⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.^a, de 11 de noviembre de 2005 (*JUR* 2005, 13189), aunque la tutela del menor la tiene la Xunta, no exime al progenitor de su obligación alimenticia.

⁵⁷ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, de 29 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 3021), señala que, el artículo 96.1 del Código Civil atribuye el derecho de uso al hijo menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el artículo 154.2.1.º del Código. En la misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 24 de septiembre de 1999 (*AC* 1999, 7798); la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.^a, de 30 de junio de 2010 (*LA LEY* 2010, 243246), que en relación con la cuantía de la pensión señala que debe quedar también ligada a la solución que se dé respecto al uso y atribución del domicilio familiar. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de abril de 2011 (*LA LEY* 2011, 52203) pone de manifiesto que, el artículo 96.1 del Código Civil es una regla taxativa que no permite interpretaciones temporales limitadoras. El principio que aparece protegido en esta disposición es el de interés del menor que requiere alimentos que debe prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 del Código Civil). Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 30 de septiembre de 2011 (*LA LEY* 2011, 186204). Doctrina que, también se reitera con relación a una unión no matrimonial, así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011 (*LA LEY* 2011, 14453); lo que de

nuevo se establece en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de mayo de 2012 (LA LEY 2012, 72585).

Sin embargo, cuando se trata de hijos mayores de edad, la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 5677), no cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 del Código Civil; e, igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de marzo de 2012 (LA LEY 2012, 39626) dispone que, ningún alimentista mayor de edad tiene derecho a obtener como parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir.

⁵⁸ ROCA TRÍAS, E. (1984). Comentario al artículo 93 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Madrid: Tecnos, p. 588. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 9 de julio de 1998 (AC 1998, 6858).

⁵⁹ La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 14 de diciembre de 2004 (JUR 2005, 67089), considera que también se ha de tener en cuenta, para fijar el *quantum* de la pensión, el gasto que representa el pago de una renta cuando la vivienda se atribuye *ex artículo 96* del Código Civil es alquilada.

⁶⁰ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 2015 (RJ 2015, 2658); de 11 de febrero de 2016 (JUR 2016, 36518); y, 4 de marzo de 2016 (JUR 2016, 57738) señalan que el sistema de custodia compartida de los hijos no exime del pago de una pensión de alimentos si existe desproporción en los ingresos de los cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 del Código Civil), y así lo ha fallado en el caso de una pareja divorciada de la provincia de Sevilla con dos niñas en común. La solución del Tribunal Supremo es: establecer la custodia compartida, dejar la pensión de alimentos sin limitación temporal y mantener en tres años la pensión compensatoria. Además la Sala subraya que una limitación tienen sentido en una pensión compensatoria, como estímulo en la búsqueda de ocupación laboral, pero no tiene cabida en los alimentos a los hijos.

⁶¹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de mayo de 2012 (LA LEY 2012, 58285), fija como doctrina jurisprudencial que, en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar; y, de 11 de noviembre de 2013 (LA LEY 2013, 179525), la decisión del hijo de convivir con uno de los progenitores no es un factor a tener en cuenta al atribuir el uso de la vivienda para privar a la esposa de su derecho a usar el domicilio familiar, como venía haciéndolo hasta ese momento.

⁶² *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 7 de marzo de 1994 (AC 1994, 521), donde se precisa que, la atribución del uso no supone restricción alguna al poder de disposición; y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, de 15 de enero de 2010 (JUR 2010, 210815), la protección que proporciona al usuario es de carácter absoluto, ejercitable *erga omnes*.

⁶³ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, de 20 de enero de 1998 (AC 1998, 3185); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 8 de febrero de 2002 (LA LEY 2002, 31329).

⁶⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de abril de 1994 (LA LEY 1994, 13928); de 1 de abril de 2011 (LA LEY 2011, 14453), que aplica analógicamente el artículo 96.1 del Código Civil al supuesto de unión no matrimonial, pues, considera que la protección del interés del menor es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados; de 21 de junio de 2011 (LA LEY 2011, 90854); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 2012, 56726); de 30 de mayo de 2012 (LA LEY 2012, 69264), donde se precisa que, el interés de los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores, porque su interés resulta más necesitado de protección por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil; de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 2013, 156714); de 17 de febrero de 2014 (LA LEY 2014, 10444); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 2014, 40090); de 16 de junio de 2014 (LA LEY 2014, 68745); y, de 25 de abril de 2016 (Id Cendoj 2807910012016100269) que vuelve a aplicar analógicamente el artículo 96.1 del Código Civil a las uniones de hecho; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 27 de febrero de 1998 (AC 1998, 326); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 29 de junio de 1998 (JUR

1998, 89243); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, de 23 de julio de 1999 (LA LEY 1999, 115070); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 15 de junio de 2006 (*JUR* 2007, 10406); de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.^a, de 18 de enero de 2007 (LA LEY 2007, 27477); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, de 5 de noviembre de 2008 (LA LEY 2008, 279953); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, de 18 de febrero de 2010 (LA LEY 2010, 38828); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, de 20 de mayo de 2011 (LA LEY 2011, 125895); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.^a, de 2 de marzo de 2012 (LA LEY 2012, 224628); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, de 19 de julio de 2012 (LA LEY 2012, 120942); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.^a, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 224164); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 2013, 214050); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3.^a, de 23 de julio de 2014 (LA LEY 2014, 104742).

⁶⁵ *Vid.*, la resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 634).

⁶⁶ MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del Código Civil)*, Navarra: Thomson Civitas, pp. 143-146.

De todas formas, como precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, de 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 524), la división de la cosa común no impide la venta en pública subasta de la vivienda con subsistencia del derecho de uso constituido, en tanto este no se extinga por voluntad de aquellos o decisión del órgano que lo acordó. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.^a, de 30 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 295394).

⁶⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 162416) y, de 3 de mayo de 2016 (LA LEY 43287, 2016) no procede la atribución a la esposa que ostente la custodia de la hija de la vivienda que deja de ser familiar por acuerdo entre los esposos. La vivienda se adjudica al esposo en la liquidación del régimen económico matrimonial y la esposa adquiere otra vivienda a la que se ha ido a vivir en compañía de la hija, con lo que quedan satisfechas las necesidades de habitación de la menor. Sin embargo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 3 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 1958) formula la siguiente doctrina a los efectos de unificar la de las Audiencias Provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no puede atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

⁶⁸ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de marzo de 2011 (LA LEY 2011, 9107); y de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 162426).

⁶⁹ *RJ* 2011, 3590. Asimismo, las sentencias de este mismo Tribunal, de 9 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3561); de 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 524), donde se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a terceros adjudicatarios; de 14 de abril, y 21 de junio de 2011 (LA LEY 2011, 14453; *RJ* 2011, 3590); LA LEY 2011, 90854); de 30 de septiembre de 2011 (LA LEY 2011, 186204); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 2012, 56726); de 21 de mayo de 2012 (LA LEY 2012, 58422); de 13 de julio de 2012 (LA LEY 2012, 134899); de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 2013, 156714); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 2014, 40090); de 29 de mayo de 2014 (LA LEY 2014, 95232); de 2 de junio de 2014 (LA LEY 2014, 64164); de 16 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3073); y, de 28 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 6048); y, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, de 12 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 224413); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 25 de julio de 2012 (*JUR* 2012, 357810).

⁷⁰ LA LEY 2014, 68745. En esta línea, de no limitación temporal, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 6048) el interés protegido no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de pareja; y, de 18 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1919).

⁷¹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, de 10 de octubre de 2011 (LA LEY 2011, 194732); de 17 de junio de 2013 (LA LEY 2013, 87809), uso por el hijo y la esposa durante tres años; y, de 27 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 151006) se mantiene a la esposa en el domicilio durante un año más contado desde esta sentencia. Se trata de

un tiempo suficiente que va a permitir buscar una nueva vivienda, como hizo el esposo, para atender a las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en interés del menor tienen estas y las demás medidas que pueden afectarle; las sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18.ª, de 5 de julio de 2008, dos años desde que el hijo menor viva de forma independiente; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 28 de junio de 2010 (LA LEY 2010, 223438), límite temporal máximo de cuatro años; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 24 de mayo de 2011 (LA LEY 2011, 130663), a dos años.

⁷² *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.ª, de 29 de marzo de 2010 (AC 2010, 1211), cuando el hijo del matrimonio cumpla 25 años; y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 8 de marzo de 2013 (JUR 2013, 159485), hasta que el hijo alcance los 21 años.

⁷³ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 18 de febrero de 2011 (LA LEY 2011, 55229).

⁷⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 19 de noviembre de 2013 (LA LEY 2013, 180585); de 15 de enero de 2014 (JUR 2014, 46953); de 3 de abril de 2014 (RJ 2014, 1950); y, de 29 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3889); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 21 de mayo de 2007 (LA LEY 2007, 117631); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 10 de octubre de 2012 (LA LEY 2012, 175093); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 22 de marzo de 2013 (LA LEY 2013, 52437).

⁷⁵ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.ª, de 20 de octubre de 2009 (JUR 2010, 28500); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, de 15 de marzo de 2013 (LA LEY 2013, 42578).

⁷⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 19 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7447).

⁷⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 17 de junio de 2013 (RJ 2013, 4375); de 16 de enero de 2015 (JUR 2015, 47658); y, de 15 de julio de 2015 (RJ 2015, 3597) abandono de la vivienda por la madre e hijas bajo su guarda para pasar a ocupar otra vivienda propiedad de la abuela materna. Disfrute por la madre de una posición económica más favorable que la del padre. Inexistencia de una reserva indefinida de la vivienda cuyo uso se atribuyó inicialmente.

⁷⁸ PÉREZ MARTÍN, A. J. (2011). La vivienda familiar, *Tratado de Derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, p. 524. *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 12 de febrero de 2002 (LA LEY 2002, 33343); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 25 de octubre de 2005 (LA LEY 2005, 208063); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 14 de enero de 2010 (LA LEY 2010, 3028).

⁷⁹ RAMS ALBESA J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos, p. 115; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia, vol. III*, Navarra: Aranzadi, p. 386.

⁸⁰ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 30 de septiembre de 2010 (LA LEY 2010, 277807).

⁸¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 21 de mayo de 2003 (LA LEY 2003, 91309).

⁸² MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del Código Civil)*, op. cit., p. 293. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, (Pleno), Sala de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011; de 30 de marzo de 2012; 11 de noviembre de 2013; 12 de febrero de 2014; de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1165); y, de 23 de junio de 2015 (RJ 2015, 2546).

⁸³ MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del Código Civil)*, op. cit., p. 287; CUENA CASAS, M. (2011). «El régimen jurídico de la vivienda familiar», op. cit., p. 398. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 29 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2273) dispone que «la atribución del uso de la vivienda sin limitación temporal alguna,

vulnera lo dispuesto en el artículo 96.3 y la jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta, puesto que existe una previsión legal del tiempo de uso para el supuesto de que se atribuya al cónyuge no titular, que ha sido ignorada en la sentencia desde el momento en que remite el tiempo de permanencia en la casa propiedad de quien fue su esposo a una posible alteración sustancial de las circunstancias en lo que parece más una verdadera expropiación de la vivienda que, una efectiva tutela de lo que la Ley dispensa a casa una de las partes, fundada en un inexistente principio de «solidaridad conyugal» y consiguiente sacrificio del «puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro», puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por criterio judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes, uso que se ha cumplido desde el momento en que la esposa ha dispuesto en estas circunstancias de la vivienda desde hace varios años». En cuanto a la limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda, se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 15 de abril de 2013 (*RJ* 2013, 7245). Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 28 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 19455), se procede a una atribución conjunta de la vivienda familiar mediante un uso alternativo por periodos sucesivos de un año en evitación de comportamientos obstruccionistas a la liquidación, división o a la venta.

⁸⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo (Pleno), Sala Primera, de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011 (LA LEY 2011, 189049); de 11 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7262); y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 978) dispone que, «la mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés superior de protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad de los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignado inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas». En consecuencia, se procede a modificar la atribución del uso al no acreditarse la situación de especial protección de la usuaria, pues, la no percepción de la pensión no prueba que no perciba salario si no se ha intentado su acreditación. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 14 de julio de 2015 (LA LEY 2015, 110024) señala que, las hijas no ostentan la titularidad del derecho de uso respecto a la vivienda en cuestión una vez cumplan los 18 años, sin que la perpetuación de la convivencia con la progenitora constituya un interés digno de protección de acuerdo con el artículo 96.3 del Código Civil; en el supuesto de que entonces las descendientes necesitaran alimento, incluyendo la vivienda, el obligado a prestarlos podrá efectuar la elección que ofrece el artículo 149 del Código Civil y decidir proporcionarlos «manteniendo en su propia casa a quienes tienen derecho a ellos».

⁸⁵ Señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 13 de julio de 2012 (LA LEY 2012, 134899), que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio de interés del menor que, no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil.

⁸⁶ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 31 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 119200) atribución a los menores; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 8 de julio de 2014 (LA LEY 2014, 108568); alternancia de los padres cada quince días hasta que el hijo cumpla 18 años; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 30 de julio de 2014 (LA LEY 2014, 141867), los progenitores se alternan anualmente en el uso de la vivienda; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 16 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 276233), atribución del uso a la menor y desplazamiento de los padres, ocupándola durante el tiempo que les corresponda la guarda; y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 26 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 298695).

⁸⁷ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 26 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 115097) con carácter temporal a la madre por ser el interés más necesitado

de protección; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 26 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 135522) atribución a la esposa hasta que finalice el sistema de guarda y custodia compartida que, se acuerde; y, de 27 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 534); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.^a, de 10 de julio de 2014 (*JUR* 2015, 52617) atribución a la esposa; de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.^a, de 17 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 246623) atribución al padre, vivienda privativa del mismo, y donde van los hijos todos los días a comer; y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.^a, de 27 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 49497).

⁸⁸ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 14 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 234601) se atribuye a ambos durante el tiempo que tengan la guarda; y, de 23 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 233941), uso alternativo por periodos temporales.

⁸⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, de 22 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5023), adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial.

⁹⁰ LUQUE JIMÉNEZ, M.^a DEL C. (2012). La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, Madrid: *Cuadernos de Derecho Registral*, p. 84; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2009). «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso», *La Ley*, núm. 7105, año XXX, 2 de febrero, p. 7. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de octubre de 2014 (*LA LEY* 2014, 145489); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, de 20 de febrero de 2012 (*LA LEY* 2012, 136661).

⁹¹ En todo caso, de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si esta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso. La sentencia del Tribunal de Justicia de Valencia, Sala de lo Civil y Penal de 2 de diciembre de 2014 (*LA LEY* 2014, 235928) por su parte, señala que, esta compensación por pérdida de uso de la vivienda familiar no resulta de aplicación en los supuestos de ruptura de la convivencia cuando no existen hijos comunes y cuando el cauce procedimental seguido de no sea el procedimiento de nulidad, separación y divorcio, y medidas paterno o materno-filiales.

⁹² *RJ* 2014, 5180. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, 22 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5023) no se asigna la vivienda a ninguno de los padres que tienen la custodia, así que queda sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación en su caso, y la Sala fija un plazo prudencial a la demandada para el desalojo de seis meses.

⁹³ *LA LEY* 2015, 192070.

⁹⁴ *JUR* 2016, 36442. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 1322) ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del artículo 96 del Código Civil que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro, remitiendo al juez resolver «lo procedente». Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso y debiendo ser tenido en cuenta el factor del interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres (STS de 24 de octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades que, conforme a la regla dispuesta en el artículo 96 del Código Civil, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar «esta Sala, al acordar la custodia compartida, esté estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitor, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con el convivan pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el artículo 96.2 del Código Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva re-

sidencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales».

⁹⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, de 22 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5023) en la que se precisa que todo cambio de circunstancias está supeditado a que favorezca el interés del menor; las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.^a, de 21 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 109026); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.^a, de 15 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 222265); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, 25 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 34970).

Acerca del derecho de superficie urbano y sus «modalidades»

About the right of building and its forms

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora Titular (acreditada) de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: En este trabajo se pretende abordar uno de los aspectos más controvertidos en relación con el derecho de superficie urbana, tratando de aclarar la vieja cuestión que todavía hoy en día genera algún tipo de discusión doctrinal acerca de su unidad o dualidad de formas. Es decir, pretendemos aclarar si persiste o no la dualidad normativa y de «clases» de superficie urbana que tradicionalmente se habían admitido: una regida por el Código Civil y otra por la Ley del Suelo recientemente reformada. Para ello se va a analizar cómo tanto la doctrina como la jurisprudencia han argumentado a favor y en contra de la existencia de una o dos modalidades de derecho de superficie urbano; y aunque parece que mayoritariamente debe darse por superada la tesis dualista, conviene reflexionar si esto es así al hilo de la jurisprudencia más actual.

ABSTRACT: *This paper aims to address one of the most controversial in relation to the right of urban surface, trying to clear the old question that still today generates some kind of doctrinal discussion about unity or duality of forms aspects. That is, we aim to clarify whether or not the rules persists and «classes» of urban area traditionally had admitted duality: «civil» surface right, or the «urban» surface right. To do so is to analyse how both doctrine and jurisprudence have argued for and against the existence of one or two types of surface right; and although it seems that majority should give overcome the dualist thesis, we should consider whether this is so in line with the most recent case law.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de superficie. Derechos reales. *Numerus apertus*. Inscripción constitutiva.

KEY WORDS: *Surface rights. Property rights. Numerus apertus. Constitutive registration.*

SUMARIO: I. EL DERECHO DE SUPERFICIE: REGULACIÓN Y EVOLUCIÓN.—II. LAS DISTINTAS CLASES DE DERECHO DE SUPERFICIE URBANA: LA «NORMAL» Y LA «URBANÍSTICA» VERSUS UN ÚNICO DERECHO DE SUPERFICIE: 1. EL DERECHO DE SUPERFICIE URBANO «NORMAL» Y EL «URBANÍSTICO». 1.1. *Derecho de superficie «normal».* 1.2. *El derecho de superficie «urbanístico».*

2. ARGUMENTOS A FAVOR DE CADA TESIS.—III. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA POSIBLE DUALIDAD DE DERECHOS DE SUPERFICIE URBANA.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA

I. EL DERECHO DE SUPERFICIE: REGULACIÓN Y EVOLUCIÓN

El viejo principio romano de *superficie solo cedit* ha evolucionado muchísimo y aunque sigue teniendo una importancia considerable en nuestro ordenamiento, le ha ganado la partida, precisamente, su excepción más llamativa: el derecho real de superficie.

En efecto, la posibilidad de separar la utilización del vuelo (o subsuelo) a favor de otra persona distinta del dueño del suelo sobre el que recae, sin que este pueda hacer suyo lo allí construido, sembrado o plantado, es realmente una regresión de dicho principio.

El derecho de superficie urbana se sitúa como la facultad que el dueño del suelo concede a otra persona de construir en ese suelo ajeno adquiriendo la propiedad de lo construido, si bien durante un tiempo limitado, transcurrido el cual, la construcción revierte al dueño del suelo, que pasa a ser propietario definitivo de esa construcción.

Este derecho de superficie urbana no aparece expresamente regulado en el Código Civil, sino solo de forma indirecta, mencionado al tratar de los censos (1611 del Código Civil), o incluido y deducido del 1655 del Código Civil como figura análoga a los foros y censos. Sin embargo, esta falta de regulación legal inicial clara no ha supuesto obstáculo alguno para su admisión y consolidación como un verdadero derecho real de goce, con duración limitada en el tiempo, admitido por la jurisprudencia sin problemas. Figura de confirmación legal, tras su regulación expresa en la Ley del Suelo de 1956 que, en su artículo 157, se refería al derecho de superficie como recurso que se podía utilizar para la construcción de viviendas determinadas en los planes de ordenación¹, exigiendo forma pública e inscripción constitutiva para el derecho de superficie en ella expresamente regulado, que es el constituido sobre suelos sometidos a planes de ordenación².

Mas tarde, el Reglamento Hipotecario de 1959 recogió, ya de forma expresa, los requisitos de la inscripción del derecho de superficie urbana en el Registro de la Propiedad, en el artículo 16 RH, con diferencias importantes, por ejemplo con respecto al plazo, respecto de la Ley del Suelo 1956, pues esta ley establecía un plazo máximo de duración del derecho de superficie sobre fincas pertenecientes al Estado o entidades públicas de 50 años, mientras que no existía limitación de plazo en los derechos de superficie sobre fincas particulares (art. 161 LS); mientras que el Reglamento Hipotecario asumió esa misma duración para el derecho de superficie con independencia de quien fuera su concedente.

A partir de ahí, el derecho de superficie ya está contemplado de forma expresa en la legislación, si bien, ha sido regulado por las sucesivas leyes del suelo que han ido delimitando sus requisitos, sin que en el Código Civil o legislación hipotecaria se haya añadido alguna referencia mas a este derecho. Lo que dio pie a considerar la existencia de dos derechos de superficie diferentes, el regulado en la Ley del Suelo, con fines de intervención en el mercado del suelo y sobre suelos públicos, al que se refiere expresamente la Ley, y el regulado por el Código Civil y RH, para particulares, surgiendo la tesis dualista, o de dualidad de derechos de superficie.

De este modo, la Ley del Suelo 1992 (Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana) también reguló el derecho de superficie, en el artículo 287³, aunque al igual que la anterior no lo definió, y lo otorgaba como «instrumento de intervención en el mercado del suelo» para posibilitar la construcción de viviendas sujetas a un régimen de protección pública o a otros usos de interés social, sobre fincas propiedad de las entidades públicas, o sin limitación de destino cuando se otorgaba dicha posibilidad sobre fincas propiedad de personas particulares, diferenciando, por tanto, y claramente en función del tipo del concedente (personas públicas o particulares).

De este modo, esa dualidad de posibles regulaciones, —el del Código Civil y el RH por una parte, y la Ley del Suelo, por otra, que contempla el derecho de superficie solo con fines de función pública—, lleva a la consideración ya general y extendida de que caben dos tipos diferenciados de derecho de superficie urbana: el urbanístico, y el normal, con características propias.

Después, la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV) de 1998, afirmó expresamente la vigencia de los artículos 287.2 y 3, 288.2 y 3, y 289 de la Ley del Suelo 1992, en su disposición derogatoria única, que tras la STC 61/1997 de 20 de marzo, habían quedado señalados.

En efecto, la STC 61/1997 declaró inconstitucionales y nulos los artículos 278.1, 288.1 y el 290 de la LS 1992, por entender que las competencias en materia urbanística estaban reservadas a las CCAA y que por lo tanto no podían ser objeto de regulación estatal, quedando reservadas estas materias, en virtud del 149.1.3 a las Comunidades Autónomas. De esta forma, y como luego volveremos, quedaban sin efecto los párrafos correspondientes a la posibilidad de utilizar el derecho de superficie como instrumento de intervención de las entidades públicas, en el suelo, permaneciendo su posible utilización a favor de los particulares, pues como la propia sentencia del TC citada afirmaba: «desde una perspectiva sistemática, sin embargo, es evidente que la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del artículo 149.1.8.º CE, corresponde al Estado establecer. Por ello, los artículos 287.2 y 3, 288.3, y 289 TRLS (reconocimiento del derecho de superficie; su tráfico jurídico-privado; y su extinción) son conformes al orden constitucional de competencias, sin que quepa apreciar en su regulación extralimitación alguna».

A partir de esta importante sentencia del TC parece claro que la vigencia de las normas relativas al derecho de superficie en la Ley del Suelo no contraviene el sistema competencial, porque son normas de Derecho civil, materia que queda reservada al Estado. Luego si esto es así, el derecho de superficie, a pesar de estar regulado en la LS, y con fines de ordenación urbana, no es materia urbanística, sino civil, impidiendo de este modo mantener la posible cohabitación de dos derechos de superficie urbana: el urbanístico, regulado en la LS, como «instrumento de intervención en el mercado», y el «normal» al que se refiere indirectamente el Código Civil y el RH. La tesis dualista se pone en tela de juicio con esta sentencia, y empieza a predominar la visión unitaria del derecho de superficie.

La Ley 8/2007, de 20 de mayo de Suelo (LS de 2007) definió por primera vez el derecho de superficie y modificó sustancialmente su contenido, introduciendo importantes novedades, entre las cuales destaca el que ya no se hace distinción de duración del derecho según los distintos propietarios del suelo sobre los que se establece. Es decir, se unifica el plazo máximo de duración legal a 99 años con independencia de que se constituya por entidades públicas o por personas particulares; además se permitió un derecho de superficie sobre rasante, suelo y

subsuelo y sobre construcciones ya hechas, o sobre elementos privativos en propiedad horizontal; corrobora sin dudas su inscripción constitutiva, lo considera como un derecho que atribuye «la propiedad» temporal a su titular, desterrando su semejanza a los censos, etc... (arts. 35 y 36 LS 2007)⁴. Además, por primera vez, el artículo 35.4 LS establece que el derecho de superficie se rige por las disposiciones de esa Ley, por la legislación civil en lo no previsto por aquella y por lo previsto en su título normativo, delimitando el sistema legal de fuentes, y unificando el mismo, de forma que parece que el derecho de superficie a partir de ahora tiene un único régimen legal.

Fue a partir de esta Ley cuando se empieza a cuestionar la llamada tesis dualista, afirmando la doctrina, como luego veremos, que ya no cabe sostener la existencia de dos derechos de superficie distintos sometidos a dos regulaciones diferentes, pues la Ley establece claramente que todo derecho de superficie se rige por la Ley del Suelo, subsidiariamente por el del Código Civil y por su título constitutivo, no unos por un régimen y otros por otro, dando lugar a la denominada tesis unitaria.

Por último, tanto la reforma de 2008 (Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio) que modificó parcialmente la LS 2007, dando lugar a su texto refundido, como la reciente reforma de 2015, Real Decreto Legislativo 7/2015 de 30 de octubre de Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, han mantenido la literalidad de los artículos 35 y 36 LS 2007, si bien, trasladando su contenido a los artículos 40 y 41 y en la última reforma a los artículos 53 y 54.

¿Debe, entonces, a la luz de la evolución legislativa ponerse fin a la existencia de las dos modalidades de derecho de superficie urbana? ¿Hay que superar la tesis dualista?

Analicemos primero qué distingue una de otra modalidad, cuáles son sus diferencias, qué argumentos tienen una y otra a su favor, para poder concluir, después, si realmente hoy ya no deben existir tales asimetrías.

II. LAS DISTINTAS CLASES DE DERECHO DE SUPERFICIE URBANA: LA «NORMAL» Y LA «URBANÍSTICA» VERSUS UN ÚNICO DERECHO DE SUPERFICIE

Para los defensores de la tesis dualista⁵, existen dos tipos diferenciados de derecho de superficie: la superficie normal o civil y la superficie urbanística; mientras que los defensores de la tesis unitaria⁶ consideran que solo hay un modelo de derecho de superficie sin que quepa apreciar diferencias normativas o de requisitos entre ellas.

Vamos a exponer, en primer lugar, las posibles diferencias entre ambos derechos según la tesis dualista, para poder apreciar si son o no sustanciales, a la hora de defender una u otra tesis, y a continuación recogeremos los principales argumentos en defensa de una u otra tesis.

1. EL DERECHO DE SUPERFICIE URBANO «NORMAL» Y EL «URBANÍSTICO»

1.1. *Derecho de superficie normal*

Se entiende que existe un derecho de superficie urbano «normal» o «civil» sobre todas aquellas fincas que no están sometidas a un plan de actuación ur-

banístico, establecido entre particulares, y sin ninguna finalidad de orden social, pública o de ordenación del territorio.

Este derecho de superficie, constituido siempre sobre suelo ajeno no sujeto a un plan de ordenación urbana y sobre suelo de un particular se encuentra regulado por el Código Civil (si es que los artículos que lo mencionan sirven para ello), y si se inscribe en el Registro de la Propiedad —en condicional, pues su inscripción no es constitutiva—, por lo dispuesto en el artículo 16 RH. No le afectaría, por tanto, lo dispuesto en la Ley del Suelo.

Se caracteriza por su constitución en virtud de un contrato de superficie entre los particulares, sin necesidad de escritura pública ni inscripción registral, tal y como confirmó la jurisprudencia del TS⁷. Su inscripción no es, entonces, constitutiva, naciendo el derecho entre las partes sin necesidad de aportarlo al folio registral.

Este derecho no tiene un plazo máximo legal previsto, sino que queda sometido a la voluntad de las partes, según lo establecido en su título constitutivo, pudiendo ser indefinido, a semejanza de lo dispuesto en el artículo 1655 del Código Civil.

Puede constituirse a título oneroso o gratuito, estableciendo en su caso la contraprestación que ambas partes consideren.

Asimismo puede cederse, o transmitirse, y siempre según lo dispuesto en su título constitutivo.

El derecho de reversión a favor del dueño del suelo existe sin duda alguna, pues es requisito típico del derecho de superficie.

La autonomía de la voluntad de las partes es esencial en esta modalidad de derecho de superficie.

No obstante, si este derecho de superficie urbana «normal» se quiere inscribir en el Registro de la Propiedad, entonces debe adaptarse y cumplir los requisitos que establece el artículo 16 RH, a saber⁸:

- a) Plazo de duración del derecho de superficie de 50 años.
- b) Determinación del canon o contraprestación que se haya establecido.
- c) Plazo de construcción máximo, que no podrá exceder de 5 años.
- d) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.
- e) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contra.

1.2. *El derecho de superficie urbanístico*

El derecho de superficie urbanístico, diferente del «normal», sería por el contrario aquel derecho de superficie que se establece sobre una finca que está sometida a un Plan de actuación urbanístico, y que por lo tanto debe regirse por la Ley del Suelo, con las especiales características que allí se recogen. Tiene siempre una finalidad o fin público, y se establece sobre suelo de propiedad pública.

De este modo, y fijándonos en la regulación actual del derecho de superficie en la Ley del Suelo, en sus artículos 53 y 54, las características de este derecho serían las siguientes:

- a) Se trata de un derecho de inscripción constitutiva, por lo tanto, si no se inscribe en el Registro, mediante la correspondiente escritura pública, el derecho no nace ni siquiera entre las partes.

- b) Es un negocio formal, con forma pública —escritura pública— *ad solemnitatem*.
- c) La duración máxima prevista para este derecho de superficie son 99 años (con independencia de quien sea su concedente y propietario del suelo).
- d) El derecho de superficie puede constituirse a título gratuito u oneroso, en cuyo caso la contraprestación puede ser una cantidad, un canon o la adjudicación de viviendas o locales o arrendamientos en el edificio a construir.
- e) El derecho de reversión se produce siempre una vez finalizado el plazo.
- f) El derecho de superficie se rige por las disposiciones de esta Ley, del Código Civil, y título constitutivo.
- g) Puede transmitirse y gravarse tanto el derecho de superficie como la propiedad del suelo.
- h) Puede constituirse derechos de retracto a favor del propietario del suelo cuando se enajene el derecho de superficie.
- i) El derecho de superficie se extingue si no se ha terminado la construcción en el plazo establecido, y en cualquier caso al finalizar el plazo máximo de duración previsto.

Si comparamos ambos derechos de superficie, fácilmente se puede constatar que si seguimos la tesis dualista, y admitimos la existencia de dos derechos diferenciados, sus divergencias son notorias y con respecto a requisitos tan importantes y con tanta trascendencia práctica como son: la forma de constitución (inscripción constitutiva o no), el plazo (99 años o libertad de plazo). Estas grandes diferencias nos hacen plantearnos si realmente existen, o no, estos dos tipos de derechos, puesto que en la práctica es necesario conocerlos ya que se pueden producir situaciones diferentes con legislaciones diferentes a aplicar.

Si por otra parte consideramos superada la tesis dualista, tras la LS 2007 y la unificación de regímenes y derechos de superficie, todos los derechos que se constituyan deberán someterse a los requisitos que se acaban de exponer, no siendo entonces válido un derecho de superficie con una duración, por ejemplo de 100 años, y sin inscribir en el Registro.

2. ARGUMENTOS A FAVOR DE CADA TESIS

Hay que aclarar, entonces, si sigue vigente o no esta dualidad de regímenes y derechos y para ello nos paramos a analizar los argumentos a favor de una y otra tesis.

En este punto, y siguiendo a EGUSQUIZA (2008)⁹, podemos resumir como argumentos a favor de una y otra tesis los siguientes.

A favor de la tesis dualista se puede argumentar:

1.º El Código Civil regula específicamente el derecho de superficie en el artículo 1655 que no ha sido derogado.

2.º Además, la legislación del suelo es una norma de carácter administrativo que parte de la preexistencia de la institución del derecho de superficie que se contempla en el Código Civil, de lo que deduce esta autora que «la regulación de este derecho en las leyes urbanísticas carece de carácter institucional».

3.º La Ley del suelo se reduce al ámbito que la propia Ley ha establecido, por lo que el derecho de superficie que en ella se contempla, solo puede aplicarse a aquellos suelos o terrenos afectados por planes de actuación u ordenación urbanística, sin que quepa aplicarse a aquellos casos en los que no se utilice el

derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, y sea sobre suelos particulares.

4.º Por todo ello, la Ley del suelo no ha podido derogar las disposiciones del Código Civil.

5.º Si se admite la tesis unitaria y un único derecho de superficie, no cabrían derechos de superficie con fines distintos de los previstos en la Ley del Suelo, ni tampoco un derecho de superficie sobre fincas rústicas, y sin embargo, ambos casos son posibles hoy en día. Y esto queda de manifiesto en el RH que admite en el artículo 16 la inscripción de superficies urbanas y en el 30 RH superficies rústicas, sin limitación temporal.

6.º Además, añadimos nosotros, no pueden olvidarse los principios generales de derecho civil de libertad de contratación, libertad de forma y autonomía de voluntad de las partes que deben regir a la hora de constituirse una institución típicamente civil, como así lo ha manifestado la propia STC 67/1997.

7.º La admisión de *numerus apertus* de derechos reales unido a lo anterior, nos conduce a considerar la posibilidad de que todavía hoy existan distintos derecho de superficie y no solo el de la Ley del Suelo.

Y como argumentos a favor de la tesis unitaria, y siguiendo a la misma autora, podemos destacar los siguientes argumentos que rebaten los anteriores:

1.º El Código Civil carece de una regulación institucional del derecho de superficie; las normas que hacen referencia al mismo (1655) son imprecisas y poco claras y no lo recogen de forma expresa.

2.º El ordenamiento jurídico es un todo completo, lo que conduce a que no pueda concebirse la regulación que ofrece la Ley del Suelo sobre el derecho de superficie como ajena o paralela a la normativa existente en el ámbito del Derecho privado: es un complemento a lo dispuesto en Código Civil, ya que ambas leyes tienen igual rango formal.

3.º Tras la Ley del Suelo 2007 y el Texto refundido 2008, y su elenco de fuentes y dicción de sus artículos, parece clara la voluntad del legislador de que solo haya un único modelo de superficie.

4.º Y el hecho de que el RH en su artículo 16, haya observado criterios concordantes con la legislación del suelo para permitir la inscripción del derecho de superficie, confirma el carácter sustantivo y único de esa regulación.

5.º Además, y como sostienen otros autores, como CARRASCO PERERA (2012)¹⁰, no puede entenderse en la práctica la existencia de dos tipos de superficie urbana, ya que no existe suelo no afectado por la Ley del Suelo, pues todo suelo es edificable.

Ante este panorama incierto, con razones de peso para ambas tesis, vamos a ver cómo ha afrontado la jurisprudencia este asunto, y cómo se ha decantado en su devenir doctrinal, con el fin de arrojar algo de luz en este asunto.

III. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA POSIBLE DUALIDAD DE DERECHOS DE SUPERFICIE URBANA

1. PRIMERA ETAPA: ADMISIÓN TESIS DUALISTA Y DUALIDAD DE RÉGIMENES Y DERECHOS

En una primera fase, y antes de la entrada en vigor de la Ley del Suelo 2007 que es de la que parece deducirse por primera vez la unidad de regímenes y fin

de la dualidad de derechos, la jurisprudencia ha admitido, como no podía ser de otra forma, la posibilidad de diferenciar entre el derecho de superficie urbano «normal» regido por el Código Civil, y el «urbanístico».

La diferencia fundamental entre ambos derechos, que recoge la tesis dualista, se refiere a la forma de constitución, pues el derecho de superficie urbano normal entre particulares no exige inscripción constitutiva, y el urbanístico, tal y como recogen la sucesivas leyes del suelo, sí. Y en este hecho diferenciador se basan la mayoría de resoluciones que a continuación comentamos, para defender una u otra tesis.

De este modo, y como reflejo de la admisión de la tesis dualista, encontramos las SSTs de 4 de julio de 1928, 1 de febrero de 1979, 15 de junio de 1984, 27 de marzo de 2001, 26 de noviembre de 2002, que admiten la existencia de un derecho de superficie entre particulares, al margen del Registro de la propiedad, y sin necesidad, por tanto de forma pública *ad solemnitatem*, ni inscripción registral.

La STS de 4 de julio de 1928 afirmaba que el derecho de superficie en cuanto supone una desmembración o grave limitación del dominio, constituye una excepción al principio «*aedificium solo cedit*», y por tanto ha de ser objeto de categórica constitución, no pudiendo presumirse, por tanto. Este derecho, según esta sentencia, necesita para que se reconozca su existencia, que se demuestre con la escritura o con algún otro documento; es decir, afirma la necesidad de probarse documentalmente, pero no exige que se inscriba en el Registro de la propiedad para constituirse. En definitiva, puede existir un derecho de superficie sin inscripción registral. Esta sentencia da pie u origen a los distintos tipos de derecho de superficie que surgirán después con la primera Ley del Suelo. La STS de 1 de febrero de 1979 repite lo dispuesto en esta sentencia de 1928, y aboga por la necesidad de que el derecho de superficie tenga una constitución formal, pero no es necesario que se inscriba en el Registro¹¹.

La STS de 15 de junio de 1984 da un paso más, en el sentido de que ya alude a los dos tipos de derecho de superficie, el creado por particulares, y otro regulado por la Ley del Suelo, donde sí se exige escritura pública como forma *ad solemnitatem* e inscripción en el Registro. Pero fuera de ese caso contemplado de forma expresa en la Ley del Suelo, el derecho de superficie, conforme al principio de libertad de forma de los contratos, no requiere de forma pública para su constitución, sino solo, cuando así lo requiera la otra parte contratante, en virtud del juego de los artículos 1278-1280 del Código Civil, bastando para su validez el que contenga los elementos esenciales del contrato del 1261 del Código Civil.

Esta sentencia afirma lo siguiente, respecto del derecho de superficie que «haciendo decaer el principio “*superficies solo cedit*” tiene su razón de ser en estimular y facilitar la construcción, así como posibilitar una propiedad dividida por planos horizontales, no puede por menos de reconocerse tiene una singularidad diferenciable del censo enfitéutico, si se constituye por tiempo indefinido, y del arrendamiento, si es por tiempo limitado a los que se vino asimilándola, que conduce a que no requiera su necesaria constitución a medio de escritura pública, o sea a modo “*ad solemnitatem*”, salvo concretos supuestos en que así se establezca como vino siendo en normativa referida a Ley del Suelo (RCL 1956, 773, 867 y NDL 30144), rigiendo en consecuencia cuando esta exigencia no venga legalmente establecida, cual sucede en el presente caso, por las reglas generales que al respecto establecen los artículos 1278, 1279 y 1280 del Código Civil, y por tanto por el principio espiritualista de la libertad de contratación que contiene dicho artículo 1278, sancionador; según proclama esta Sala en sentencias entre otras de 8 de julio de 1904, 4 de febrero de 1905, 27 de abril de 1921, 19 de mayo de 1945 (RJ 1945, 688), 29 de noviembre de 1950 (RJ 1950, 1694), y 9 de

abril de 1956 (*RJ* 1956, 1554), de que la eficacia de los contratos, expresión de la voluntad común de las contratantes, depende de sus formas externas, sino de las condiciones necesarias para su validez, previstas en el artículo 1261 del Código Civil, pues debe darse preferencia a la libertad de contratación».

La última gran sentencia de esta etapa (antes de la aprobación de la Ley del Suelo 2007), es la STS de 26 de noviembre de 2002, máximo exponente de la tesis dualista, en la que se sustenta claramente la existencia de dos tipos de derecho de superficie urbano, y en la que se dan los argumentos suficientes para defender esa dualidad.

En esta sentencia se parte de la demanda por la que se solicita que se declare la nulidad del contrato de cesión del derecho de superficie al carecer de objeto pues este no se había inscrito en el Registro de la propiedad, requisito esencial para la existencia del derecho, como entiende la demandante que debe hacerse, según lo establecido en la Ley del Suelo.

El TS analiza el caso, y afirma que existen dos modalidades o tipos de derecho de superficie, a la vista del doble régimen normativo existente: «la urbana, común o clásica que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer sobre suelos de esta naturaleza, no tiene por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil, y la urbanística que al constituir uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación ha de someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo». Y confirma la existencia de estos dos tipos de derechos con base en tres argumentos:

a) El hecho de que las sucesivas leyes del suelo hayan aludido a la posibilidad de que los particulares constituyan derechos de superficie sin necesidad de que actúen con la intención de conseguir fines de utilidad pública o de interés general, al margen de los que sí tienen esa finalidad constituidos por Entidades públicas, posibilidad que sí que establece ya de forma expresa la Ley del Suelo 1992 (en la que se basa esta sentencia), admitiendo que los particulares puedan constituir esos derechos sin «limitación de destino».

b) La exigencia de forma pública e inscripción en el Registro de la Ley del Suelo para el derecho de superficie, al ser una excepción al principio de libertad de forma de la contratación y de la autonomía de la voluntad de las partes, solo debe predicarse de los supuestos excepcionales en los que se hallen en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración constituye derechos de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, pero no pueden imponerse cuando lo utilicen los particulares con otros fines privados.

c) Que el artículo 1 Ley Suelo 1992 (declarado inconstitucional por STC 61/1997, de 20 de marzo), señalaba que el objetivo de la norma era el establecimiento del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, y de la ordenación de la actividad administrativa en materia de urbanismo. Luego, aunque mencione los derechos de superficie de los particulares para fines privados, ello no quiere decir que se deroga el Código Civil, ni se pretende sustraer al mismo estos derechos y actos de carácter privado, que no interfieren en los fines públicos que el artículo 1 mencionaba, a los que debe aplicarse el principio de libertad de forma, y no lo establecido en el artículo 288 LS 1992.

Concluye el Alto Tribunal diciendo que conforme a lo que acaba de exponer, el derecho de superficie que se había constituido, al no rebasar «la esfera

de los intereses particulares de una y otra, no se hallaba sujeta a la exigencia de inscripción registral constitutiva que para el derecho de superficie alcance existencia y eficacia jurídica, establece la Ley del Suelo, pues esta no es aplicable al supuesto aquí debatido, ya que los intervinientes en el mismo no son los destinatarios de dicha norma».

Con esta importante sentencia se consolida la tesis dualista, y se confirma la existencia y posibilidad de dos tipos de derechos de superficie urbana con diferentes requisitos y regulación.

Poco después, la STSJ Madrid de 10 de junio de 2003, pone de manifiesto la dualidad de regímenes con respecto al derecho de superficie, y sus dos tipos con forma de constitución diferente.

2. SUPERACIÓN DE LA TESIS DUALISTA: UNIDAD DE REGÍMENES Y DERECHO

La importante STC 61/1997 de 20 de marzo, ya mencionada, supuso un impulso para el fin de la tesis dualista y la configuración de un único y homogéneo régimen para el derecho de superficie, que consolidó la posterior Ley del Suelo de 2007.

En efecto, esta sentencia declaró que la Ley del Suelo es ley que recoge materia propia de Derecho civil con respecto al derecho de superficie, y por tanto de competencia exclusiva del Estado conforme al artículo 149.1.8 CE; de este modo no invade las competencias exclusivas de las CCAA sobre urbanismo, al ser objeto del derecho civil, aunque «se haya convertido en una institución típicamente urbanística»¹². Por lo tanto, parece que el derecho de superficie allí recogido es una institución de derecho civil, las disposiciones que lo regulan son de derecho civil, al igual que el Código Civil o el Reglamento Hipotecario, y en consecuencia no hay dualidad de regímenes.

Así las cosas, se publica en 2007 la nueva Ley del Suelo, con importantes modificaciones con respecto al derecho de superficie, como ya hemos dicho, y sobre todo con un nuevo párrafo en el que se afirma que el derecho de superficie se regirá por «las disposiciones de este Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho», y parece que se refiere para todo derecho de superficie. Del mismo, parece desprenderse que solo existe un único régimen: el de la ley del suelo, luego, no pueden existir diferentes requisitos para distintos derechos de superficie, sino que todos se regulan por esta Ley, que es civil, y con los mismos requisitos que ella establece, a saber: escritura pública e inscripción en el Registro.

Además, como manifiesta MARINO PARDO (2015)¹³, esta idea se refuerza con el artículo 1 del Texto refundido de la Ley del Suelo 2008 donde se señala que el objeto de esta ley es la regulación del derecho de propiedad del suelo y no solo una acción urbanística de los entes públicos, como sí ocurría en la Ley del 92, lo que añadido a que no diferencia entre los dos derechos ni las personas titulares de los suelos sobre los que se constituye, hacen pensar que ya solo hay un único régimen de superficie.

Sin embargo, la entrada en vigor de esta Ley con sus pronunciamientos homogéneos sobre el derecho de superficie, pues se trata de normas de Derecho civil, no puede hacer olvidar los principios generales que rigen en este Derecho, como son la autonomía de la voluntad de las partes, y la libertad formal y de contratación, que chocan con este régimen encorsetado que se pretende dar al derecho de superficie desde la tesis unitaria¹⁴. Por eso, y añadiendo a ello las

últimas sentencias que a continuación se explican, nos planteamos si ese régimen unitario, comúnmente admitido, no debe ser tal.

3. ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

Si a tenor de la doctrina mayoritaria y de los cambios legislativos producidos, se ha abierto paso la tesis unitaria, negándose la posibilidad de dos modelos distintos de derecho de superficie urbana, debiéndose aplicar a ambos los mismos requisitos de constitución, dos sentencias más recientes nos llevan a plantearnos de nuevo, si se ha desterrado de forma definitiva la tesis dualista.

Nos referimos principalmente a la STS de 10 de diciembre de 2013, cuya doctrina ha sido repetida en la SAP Granada de 11 de abril de 2014.

La STS de 10 de diciembre de 2013 resuelve un recurso derivado de una acción de deslinde y reivindicación de una entidad «Promociones del Suelo Lorqui», frente al Ayuntamiento, y en el objeto del litigio que nos ocupa, al que se le había cedido el uso de un suelo destinado a la construcción de instalaciones deportivas. Se discute cuál es la naturaleza del derecho cedido y si puede tratarse de un derecho de superficie o no. Dicha cesión del uso se hizo mediante documento privado, empleando la expresión «cesión del derecho de uso», sin contraprestación a cambio. El Tribunal Supremo después de repasar la tesis de la posibilidad de creación de nuevos derechos reales, *numerus apertus*, si bien sometida a determinadas condiciones, afirma que esa figura se asemeja más a un derecho de superficie, y recuerda la existencia de los dos tipos diferenciados de derecho de superficie: la urbanística para cuya constitución se necesita escritura pública e inscripción registral, y la normal que no requiere forma pública para su constitución, recogiendo y repitiendo la doctrina dualista proclamada por la STS de 26 de noviembre de 2002.

Después de desarrollar estas tesis y dar argumentos a favor de la existencia de un derecho de superficie en ese «derecho de uso para construir», entiende que esa «constitución a título gratuito de un derecho real sobre inmueble» ha sido considerada como donación por la jurisprudencia, y concluye, entonces, que si se trata de la donación de un derecho de superficie sobre un inmueble, estamos ante la donación de un verdadero bien inmueble, pues esa consideración tienen los derechos reales que recaen sobre esos bienes, conforme el artículo 334.10 del Código Civil, y en consecuencia, esa donación de inmuebles exige escritura pública (art. 663 del Código Civil).

Al no haberse otorgado la cesión (donación) de ese derecho (bien inmueble) en escritura pública, que es forma *ad solemnitatem*, esa donación es nula de pleno derecho, y no reconoce por tanto el derecho de superficie a favor del Ayuntamiento. Subraya también el Tribunal que no se puede olvidar que en este caso el Ayuntamiento es el superficiario, y no el constituyente del derecho de superficie, por lo que no se está utilizando dicho derecho como instrumento de intervención en el mercado del suelo, lo que le confiere un carácter privado a este derecho, sin fin público alguno¹⁵.

Es decir, el Tribunal Supremo rechaza que el Ayuntamiento fuese el titular de ese derecho de superficie, pero no porque no se hubiera formalizado en escritura pública y no se hubiera inscrito en el Registro de la propiedad, como debería de concluir si solo existe ya un tipo de derecho de superficie, conforme a la Ley del Suelo; si no, que parece admitir claramente que la superficie urbana sin fines de utilidad pública puede constituirse sin necesidad de inscripción, ya que rechaza la válida constitución de ese derecho de superficie porque al equiparse a una donación

de inmuebles, ese negocio jurídico debe constar en escritura pública, pero no porque el propio derecho de superficie deba constituirse con escritura e inscripción.

Los motivos para rechazar la existencia del derecho de superficie no se basan en la forma necesaria del propio derecho según la Ley del Suelo (art. 40 y 41 LS 2007), sino en la forma *ad solemnitatem* de la donación que lo hace nacer (633 del Código Civil).

De esta sentencia, puede deducirse, entonces, que es posible un derecho de superficie sobre suelo particular, sin fines de ordenación del territorio o como instrumento de intervención en el mercado del suelo, al que no le afecta lo dispuesto en la Ley del Suelo; por lo tanto, ¿permanece la dualidad de tipos de derecho de superficie urbana?

Entendemos que sí, y así se puede sostener a la vista de este pronunciamiento del Supremo.

La SAP Granada 2014 repite en un caso muy parecido lo dispuesto en esta sentencia y vuelve a rechazar la existencia de un derecho de superficie porque al constituirse mediante donación, esta debería constar en escritura pública, pero no porque no reúna los requisitos formales que la Ley del Suelo exige: escritura e inscripción.

¿Volvemos a la tesis dualista?

IV. CONCLUSIONES

I. El derecho de superficie es un derecho de orígenes legales difusos, sin una regulación común clara y con peculiaridades tanto de derecho urbanístico como civil.

II. Esto ha llevado a considerar de forma tradicional la posible existencia de dos modalidades de derecho de superficie urbana: el normal y el urbanístico, sometidos a distinta regulación y con diferentes caracteres en cuanto a la titularidad del suelo donde se constituyen, plazo y forma de constitución.

III. Esta tesis dualista del derecho de superficie alcanzó su máximo apoyo con la legislación anterior, antes de la publicación de la LS 2007 y con la STS de 26 de noviembre de 2002.

IV. Sin embargo, la publicación de esta Ley, tras la famosa STC 67/1997, y la STS de 31 de enero de 2001, parece dejar sin apoyo legislativo el mantenimiento de dicha tesis dualista, inclinándose por un régimen unitario, al ser considerado los preceptos de la Ley del Suelo como de derecho civil, y al unificarse tanto los plazos como la forma de constitución, aunque no se diga expresamente, y establecerse un único sistema de fuentes, donde el del Código Civil debe actuar de forma supletoria.

V. La tesis unitaria parece ser la que hoy en día tiene más aceptación, pero la reciente STS de 2013, repetida por otras de Audiencias Provinciales, vuelve a despertar la duda o el fantasma de la tesis dualista, pues parece admitir la posibilidad de un derecho de superficie constituido sobre suelo particular, sin fines de ordenación del territorio, constituido sin inscripción registral. ¿Debe mantenerse entonces la tesis dualista?

VI. Creemos que sí, y ello por las siguientes razones: No pueden olvidarse los principios generales de derecho civil de libertad de contratación, libertad de forma y autonomía de voluntad de las partes que deben regir a la hora de constituirse una institución típicamente civil, como así lo ha manifestado la propia STC 67/1997. Ello unido a la admisión de *numerus apertus* de derechos reales,

nos conduce a considerar la posibilidad de que todavía hoy existan distintos derechos de superficie distintos a los de la Ley del Suelo, como así lo confirma la jurisprudencia más reciente. Además, el propio Reglamento Hipotecario que vuelve a su redacción anterior a 1998, separada de la Ley del Suelo, junto con la regulación del Código Civil, en la que cabe la creación de derechos de superficie particulares, con duración más amplia, así como la existencia de derechos de superficie rústica, que se excluyen claramente de la Ley del Suelo, nos inclina a considerar la posibilidad de derechos de superficie urbana diferenciados.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 61/1997, de 20 de marzo.

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO

- STS, 8 de julio de 1904
- STS, 4 de febrero de 1905
- STS, 27 de abril de 1921
- STS, 4 de julio de 1928
- STS, 19 de mayo de 1945
- STS, 29 de noviembre de 1950
- STS, 9 de abril de 1956
- STS, 1 de febrero de 1979
- STS, 15 de junio de 1984
- STS, 31 de enero de 2001
- STS, 27 de marzo de 2001
- STS, 26 de noviembre de 2002
- STS, 10 de junio de 2003
- STS, 10 de diciembre de 2013

SENTENCIAS AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP, Granada 11 de abril de 2014

RESOLUCIONES DGRN

- DGRN, 13 de marzo de 2007
- DGRN, 27 de octubre de 2007

VII. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2012). *Derecho de la Construcción y de la Vivienda*. Pamplona: Aranzadi.

- DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2000). *El derecho de superficie, aspectos civiles y registrales*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- EGÚSQUIZA BALMASEDA, M. A. (2008). La aplicación del derecho de superficie de los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (RCL 2008, 1260). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.14/2008, 1 y sigs.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2007). *Derechos reales. Registros*. Madrid: Carperi.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1996). *El derecho de superficie*. Pamplona: Aranzadi-Fundación Juan March.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2009). *Elementos de Derecho civil*, III-2. Madrid: Dykinson.
- MEZQUITA DEL CACHO, L. (1999). El régimen jurídico del derecho de superficie urbano y su actual diversidad legislativa. *AAMN*, Tomo 39, 301 a 359.
- NAVARRO VIÑUALES, J. M. (2003). El derecho de vuelo. El derecho de usufructo. *Instituciones de Derecho Privado* (coord. Juan Francisco Delgado de Miguel), Tomo II, Reales, vol. 1.º. Madrid: Civitas-Consejo General del Notariado, pp. 727 y sigs.
- SOFÍA DE SALAS MURILLO, S. (2008). El derecho de superficie en la ley del Suelo de 2007: una aproximación inicial. *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (Coord. Gómez Gállego, J.), vol. 2. Pamplona: Aranzadi, pp. 1465-1518.

NOTAS

¹ Artículo ciento cincuenta y siete. Ley Suelo 1956:

«1. El Estado, las Entidades locales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas y otras edificaciones determinadas en los Planes de ordenación. El dominio de las cuales corresponderá al superficiario.

² Será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al concederlo.

³ Se regirá por las disposiciones contenidas en esta Sección por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho privado».

— Artículo ciento cincuenta y ocho:

«1. La concesión de derecho de superficie por el Estado y demás personas públicas se efectuará por subasta o adjudicación directa, con arreglo a los preceptos de la Sección segunda de este Capítulo.

2. En todo caso deberá ser formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad.

3. Cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, en la reversión gratuita al dueño del suelo, llegado el término convenido, de la propiedad de lo edificado, o en varias de estas modalidades a la vez».

— Artículo ciento sesenta y uno:

«1. El derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo que se hubiere determinado al constituirlo, que no podrá exceder de cincuenta años en el concedido por el Estado y demás personas públicas.

2. Cuando se extinga el derecho de superficie, el dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación y, en defecto de pacto, deberá satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción según el estado de la misma en el momento de la transmisión.

3. La extinción del derecho de superficie por recurso del término provocará la de los derechos reales impuestos por el superficiario, pero si el superficiario tuviere derecho a indemnización, esta quedará subrogada en los de garantía.

4. Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, los derechos reales que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente».

2 Sobre la evolución legislativa de la regulación de este derecho véase SOFÍA DE SALAS MURILLO, S. (2008). El derecho de superficie en la ley del Suelo de 2007: una aproximación inicial. *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (coord. Gómez Gállego, J.), vol. 2. Pamplona: Aranzadi, pp. 1465-1518.

3 Artículo 287. LS 1992. Derecho de superficie.

«1. Las Entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario.

2. El mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior.

3. El derecho de superficie será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al constituirlo y se regirá por las disposiciones contenidas en este capítulo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho privado».

— Artículo 288. Procedimiento:

«1. El procedimiento de constitución del derecho de superficie y el carácter oneroso o gratuito del mismo se regirán por lo dispuesto en el capítulo anterior para los diversos supuestos.

2. La constitución del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad.

3. Cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unas u otros, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiera pactado al constituir el derecho de superficie»

— Artículo 289. Extinción:

«1. El derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el artículo 35.1 de esta Ley.

2. El plazo del derecho de superficie no podrá exceder de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenido entre particulares.

3. Cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiere constituido aquel derecho.

4. La extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

5. Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente».

⁴ Artículo 35 LS 2007: «1. El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el suelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.

2. Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de esta en el Registro de la propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años.

El derecho de superficie solo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado.

3. El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.

4. El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho».

⁵ Entre los defensores de la tesis dualista, destacamos a: LACRUZ BERDEJO, J. L. (2009). *Elementos de Derecho civil*, III-2. Madrid: Dykinson; DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2000). *El derecho de superficie, aspectos civiles y registrales*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, GOMEZ GÁLLIGO, J. (2007). *Derechos Reales. Registros*. Madrid: Carperi, EGÚSQUIZA BALMASEDA, M.A. (2008). La aplicación del derecho de superficie de los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (RCL 2008, 1260). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.14/2008, 1 y sigs., GUILARTE ZAPATERO, V. (1996). *El derecho de superficie*. Pamplona: Aranzadi-Fundación Juan March. pp. 3 a 128.

⁶ Entre los defensores de la tesis unitaria, destacamos a: ROCA SASTRE, MEZQUITA DEL CACHO, L. (1999). El régimen jurídico del derecho de superficie urbano y su actual diversidad legislativa. *AAMN*, Tomo 39, 301 a 359; NAVARRO VIÑUALES, J. M. (2003). El derecho de vuelo. El derecho de usufructo. *Instituciones de Derecho Privado* (coord. Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL), Tomo II, Reales, Volumen 1.º. Madrid: Civitas-Consejo General del Notariado, pp. 727 y sigs.; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. Y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2012). *Derecho de la Construcción y de la Vivienda*. Pamplona: Aranzadi.

⁷ Hay autores que no obstante, y por su asimilación al censo enfiteútico, por el artículo 1655.1 del Código Civil, entienden que debe tener los mismos requisitos de forma que este, y por tanto, que sería de aplicación el 1628 exigiendo forma pública *ad solemnitatem*.

⁸ Tras la STS de 31 de enero de 2001 que declaro nulo el primer párrafo del artículo 16 RH tras su redacción y modificación por Real Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre, entendemos que vuelve a cobrar vigor la redacción anterior del artículo, por lo que los requisitos son los que allí se establecían anteriormente.

⁹ Véase EGÚSQUIZA BALMASEDA, M. A. (2008). La aplicación del derecho de superficie de los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (RCL 2008, 1260). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.14/2008, 1 y sigs.

¹⁰ Véase CARRASCO PERERA, A. *et al.* (2012). *ob. cit.*: «Es rechazable la distinción entre las dos modalidades de superficie, como si hubiese alguna clase de suelo no afectado por la regulación de la Ley del Suelo o como si fuese posible un derecho de superficie sobre suelo objetivamente no edificable».

¹¹ SSTS de 4 de julio de 1928 y 1 de febrero de 1979: «el derecho de superficie, en cuanto significa desmembración o grave limitación del dominio y constituye una verdadera excepción al principio *aedificium solo cedit* consagrado en el artículo 358 del C. Civ., ha de ser objeto de categórica constitución y no puede presumirse, en el mismo sentido la sentencia de este Tribunal de 4 de julio de 1928 tiene proclamado que para reconocer la existencia legal de dicho derecho, es menester que se demuestre con la escritura de creación o con algún otro documento justificativo, elementos que en el caso presente brillan por su ausencia».

¹² STC 61/1997, de 20 de marzo: «Desde una perspectiva sistemática, sin embargo, es evidente que la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del artículo 149.1.8.º CE, corresponde al Estado establecer. Por ello, los artículos 287.2 y 3, 288.3, y 289 TRLS (reconocimiento del derecho de superficie; su tráfico jurídico-privado, y su extinción) son conformes al orden constitucional de competencias, sin que quepa apreciar en su regulación extralimitación alguna».

¹³ Véase MARIÑO PARDO, F. (2015). *Tema Derecho superficie. Notarias*. Disponible en <http://www.franciscomarino.pardo.es/mis-temas>: «Pueden encontrarse argumentos adicionales a la consideración unitaria del derecho de superficie, en cuanto el legislador estatal, al regular el derecho de superficie, está haciendo uso de su competencia sobre legislación civil

(art. 149.1.8.º Constitución Española), tal como expresa la disposición final 1.ª.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo), de acuerdo con la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, y lo hace de una manera completa, tanto para la constituida por particulares, como para la que constituyen entes públicos, sin subordinar la aplicación de sus preceptos al cumplimiento de finalidad alguna urbanística. El objeto del Texto Refundido de la Ley del Suelo, que enuncia su artículo 1.º, es la regulación general del derecho de propiedad del suelo, y no solo la acción urbanística de los entes públicos, como era el caso del Texto Refundido de 1992, argumento que fue, precisamente, uno de los empleados por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2002 a favor de la tesis dualista, y que hoy no sería, por lo tanto de aplicación. Por otra parte, la regulación del derecho de superficie en la ley urbanística, se hace de modo unitario, sin que se establezca distinción alguna ni por su finalidad ni por los sujetos que la constituyen».

¹⁴ En este sentido, por ejemplo, se manifiesta también EGUZQUIZA (2008), *ob. cit.*, afirmando que: «Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los principios que animan la legislación del suelo, como legislación especial, tienen un carácter intervencionista sobre la propiedad y, por ende, sobre el derecho de superficie, que se compadecen mal con los fundamentos en los que se basa la constitución de los derechos reales en el marco del Derecho Privado: autonomía privada de la voluntad y libertad contractual. Negar que se puedan configurar derechos de superficie sobre el principio de libertad civil, limitados a la esfera más privada de los particulares, llevaría a extender más allá de los confines de la legislación del suelo los principios específicos que animan esa regulación y que piensan, específicamente, en la intervención del mercado en beneficio del ciudadano. Por ello, la referencia al carácter supletorio de la legislación civil no parece que haya conseguido acallar criterios discrepantes sobre la unidad normativa del derecho de superficie regulado en el TRLS/2008, ni logrado que pierda valor la postura sobre esta materia del Tribunal Supremo. A fin de cuentas, el propio texto refundido de la Ley del Suelo admite la pluralidad normativa en materia de derecho de superficie basado en el reparto de competencias sobre legislación civil (art. 149.1.8 de la CE [RCL 1978, 2836]) (disposición final primera.5 TRLS/2008)».

¹⁵ STS de 10 de diciembre de 2013: «La Audiencia considera que en este caso, la cesión gratuita de uso del suelo ha otorgado al Ayuntamiento un derecho análogo al de superficie.

El artículo 172.2 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aplicable por razones temporales, establecía que «[l]a constitución del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad».

La jurisprudencia flexibilizó las exigencias de este precepto. La sentencia de esta Sala núm. 1110/2002, de 26 de noviembre, profundizando en la línea antiformalista marcada por las sentencias de 1 de febrero de 1979 y 15 de junio de 1984 para la constitución del derecho de superficie entre particulares, destacó que la Ley del Suelo previera la posibilidad de que los particulares constituyeran derechos de superficie, y consideró que debía concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, a la actuación que los mismos desarrollan y a las finalidades que por ellos se persiguen. Con base en esta regulación, consideró que junto a la modalidad «urbanística» del derecho de superficie, que constituía uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, y que debía someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo, podía distinguirse otra modalidad, la «urbana común o clásica», que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer sobre suelos de esta naturaleza, no tenía por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil. Por ello, consideraba la Sala en esa sentencia que los preceptos imperativos de la Ley del Suelo, al constituir una importante excepción de principio espiritualista de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad privada, solamente podían encontrar justificación en aquellas ocasiones o para aquellos supuestos en que se hallaran en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración decide utilizar el derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, pero que carecían del menor fundamento para ser impuestos en las relaciones contractuales de

particulares que no tienden a conseguir finalidades sociales, sino auténticamente privadas. De ahí que se afirmara que el Tribunal Supremo no había exigido, para la creación entre particulares de un derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo, precisamente en atención al principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1278 del Código Civil

En el caso objeto de este recurso, si bien es cierto que en la constitución del derecho de superficie intervino una administración pública, lo cierto es que lo hizo como superficiaria, y no como constituyente del derecho de superficie para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas, por lo que podría considerarse que no eran aplicable la regulación de los requisitos formales contenida en la Ley del Suelo para el derecho de superficie urbanístico.

6. Ahora bien, la jurisprudencia también ha afirmado que la constitución gratuita de un derecho real sobre un bien inmueble es equiparable a la donación, en cuanto negocio de adquisición gratuita de un derecho real (art. 609 del Código Civil). Así lo han declarado las sentencias de esta Sala núm. 724/2010, de 11 de noviembre, y núm. 284/2013, de 22 de abril, respecto de la constitución gratuita del usufructo.

Al tener el derecho real sobre un inmueble la naturaleza de bien inmueble (art. 334.10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), su constitución de forma gratuita ha de realizarse en escritura pública en la que conste el «animus donandi» [voluntad de donar] y la aceptación de la donación por el donatario (sentencias de esta Sala de 11 de julio de 2007, recurso núm. 5281/1999, de 4 de mayo de 2009, recurso núm. 2904/2003, y, entre las últimas, la núm. 285(sic)/2013, de 22 de abril).

7. Lo anterior debe llevar a la estimación de estos motivos del recurso. No existe un título que legitime la detentación de la finca de la demandante por el Ayuntamiento desde el momento en que este no es titular de un derecho real constituido de modo preciso y categórico, con facultades precisas sobre la finca a la que grava, duración determinada, y mediante escritura pública».

1.4. Sucesiones

El incomprensible uso como sinónimos de dos figuras jurídicas diferentes: el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria

The incomprehensible use as synonymus of two differents legals instruments: fideicommissum and trusteeship estate

por

PEDRO IGNACIO BOTELLO HERMOSA

Doctor Internacional en Derecho Civil. Universidad de Sevilla

RESUMEN: Dada la importancia adquirida por la sustitución fideicomisaria en el Derecho Sucesorio español tras la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, momento a partir del cual fue elegida por el legislador español como la institución mediante la cual vulnerar el principio histórico de la intangibilidad de la legítima estricta, la doctrina española y el Tribunal Supremo deben poner fin al error en el que se viene incurriendo desde hace tiempo a la hora de dirigirse al fideicomiso y la sustitución fideicomisaria como si fuesen la misma institución, ya que en realidad son, y siempre lo han sido, dos figuras jurídicas distintas.

ABSTRACT: *By the establishment of the Law 41/2003 of Patrimonial Protection of Persons with Disabilities the trusteeship estate became in 2003 one of the most important concept of Spanish Succession Law. It was chosen by the legislature in 2003 as a legal instrument and this is how, for the first time, the sacred and historic principle of the intangibility of legislation was violated. So the Spanish doctrine and the Supreme Court must leave the use as synonymus the fideicommissum and the trusteeship estate, because in reality are two differents legals instruments.*

PALABRAS CLAVES: Fideicomiso. Sustitución Fideicomisaria.

KEY WORDS: *Fideicommissum. Trusteeship estate.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL INCOMPENSIBLE USO COMO SINÓNIMOS DE LOS TÉRMINOS FIDEICOMISO Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA. 2. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO AL RESPECTO. 3. EL USO EXCLUSIVO DEL TÉRMINO «FIDEICOMISO» EN CATALUÑA PARA REFERIRSE A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. 4. LA CONFUSIÓN EN NUESTRA DOCTRINA.—III. LA IMPORTANCIA ACTUAL DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho antiguo de Roma solo podían recibir liberalidades *mortis causa* aquellas personas que gozasen de la *testamentifacio*, por lo que todo aquel que careciese de la misma quedaba incapacitado para heredar.

Dentro de dichos grupos de personas incapacitadas para heredar destacaban los extranjeros o *peregrini*, los desterrados o proscritos (víctimas de las guerras civiles), así como las personas inciertas, los póstumos, e incluso las mujeres romanas en ciertos supuestos (limitaciones que introdujo la *Lex Voconia*, 167 a.C.).

Y fue precisamente la protección de estas personas el origen del fideicomiso, es decir, favorecer con liberalidades *mortis causa* a las personas incapacitadas por ley para recibir las.

Cuenta COSTA¹ que para eludir el rigor del Derecho Civil de la época en cuanto a la imposibilidad de heredar por parte de todas estas personas que no gozaban de *testamentifacio*, se ideó un medio indirecto: disponer a favor de una persona capaz y rogarle en el testamento, o bien reservadamente, de palabra o por escritos privados, que restituyese la herencia o el legado a la persona incapaz que el testador le designaba.

Era una liberalidad indirecta, confiada al honor y a la buena fe del instituido y dependiente por entero de su voluntad, no de la ley, de donde vino el llamarse fideicomisos (derivado del término latino *fideicommissum*, compuesto por las palabras *fides*: «compromiso solemne», «juramento»; y *commissum*: «encargo», «cosa confiada»).

El fiduciario en el fideicomiso no disfrutaba de la herencia fideicomitida, sino que simplemente se limitaba a cumplir con el encargo del testador, transmitiendo de forma inmediata los bienes fideicomitidos a la persona que carecía de capacidad para heredar por sí misma.

Por ello, podemos definir el fideicomiso como el encargo mediante el cual una persona encomendaba a la lealtad y conciencia de otra, el cumplimiento inmediato a la muerte del primero de una serie de disposiciones patrimoniales a favor de un tercero, surgiendo, pues, como un simple ruego aislado totalmente del rigor del Derecho Civil, pero apoyado en la *fides*², que era uno de los rasgos esenciales del carácter nacional de la época.

Por su parte, la sustitución fideicomisaria es la disposición testamentaria en cuya virtud el testador concede al heredero fiduciario el derecho a disfrutar de la herencia fideicomitida como propietario, si bien al mismo tiempo le impone la obligación de conservar y restituir la herencia fideicomitida a los herederos fideicomisarios ya designados en testamento.

Llegados a este punto he de reconocer que la conexión entre ambas instituciones radica en el que el origen de la sustitución fideicomisaria se encuentra precisamente en una modalidad del fideicomiso romano llamado *fideicommissum familiae relictum* o fideicomiso familiar romano. Entre otros OSSORIO MORALES³ considera que «la sustitución fideicomisaria tiene su antecedente en el fideicomiso romano, y especialmente en una modalidad de este, el “*fideicommissum familiae relictum*”».

Ya en el siglo II dC, por parte de los padres era general el deseo de evitar la disolución de los patrimonios que se disipaban en manos de los hijos, por lo que surgió la idea de prohibir la enajenación de los bienes a fin de conservarlos en la familia para siempre⁴.

Para ello surgió el *fideicommissum familiae relictum*, a través del cual, el testador podía vincular la herencia, íntegra o parcialmente, a la familia median-

te un orden sucesivo de restituciones, quedando privada a los beneficiarios la facultad de enajenar.

Mediante el fideicomiso familiar el causante podía ordenar al fiduciario que tras disfrutar este de la herencia por un periodo de tiempo (por regla general hasta su muerte), lo restituyese a favor de una persona determinada, o igualmente podía establecer que directamente fuese el beneficiario el que eligiese al próximo heredero, o incluso, podía el testador ordenar el fideicomiso a favor de todos los miembros de la familia, por lo que habrá de estarse a lo que se entendía por familia. En la época de Justiniano, el término *familia* englobaba tanto a los ascendientes, descendientes y parientes, como al yerno y a la nuera a falta de estos, y, en último lugar, a los libertos.

Pero la esencia del fideicomiso de familia era, sin lugar a dudas, la prohibición de enajenar los bienes objeto de la herencia, lo cual suponía que el patrimonio del testador iría pasando de unas manos a otras dentro siempre de su familia.

Por ello se entiende que el fideicomiso familiar romano, origen de nuestra sustitución fideicomisaria, y el fideicomiso romano no son la misma institución. Así, por ejemplo, lo reconoce CASTÁN⁵, cuando cuenta que «el Senado-Consulto Pegasiano llegó a exigir la misma capacidad para ser fideicomisario que para ser heredero. Y con ello quedaron casi anulados la utilidad y fines de la institución. Pero como una variedad del fideicomiso, apareció en la misma Roma otra institución que respondía a fines muy distintos, y ha sido el germen de las modernas instituciones fideicomisarias: nos referimos al fideicomiso sucesivo gradual o familiar (*fideicommissum familiae relictum*), por medio del cual el testador hacía varios llamamientos para la restitución sucesiva de los bienes o prohibía la enajenación de los mismos con objeto de que se conservaran en los individuos de una familia determinada».

O en la misma línea PUIG BRUTAU⁶, que considera que «el fideicomiso perdió su utilidad en Roma cuando el Senado Consulto Pegasiano exigió la misma capacidad para ser fideicomisario que para ser heredero. Pero entonces empezó la evolución que ha conducido a que se distinga claramente el fideicomiso puro de la sustitución fideicomisaria. La estructura del fideicomiso romano permaneció al servicio de una función diferente: la que permitía al causante vincular su herencia a una trayectoria predeterminada, de manera que fueran titulares de sus bienes varias personas sucesivamente. Combinándose las ideas de sustitución y fideicomiso, se disponía que este favoreciera ante todo al heredero instituido en primer lugar, y después, transcurrido cierto plazo o cumplida una condición (generalmente, fallecido el primer instituido), que los bienes del fideicomiso pasaran a un segundo instituido. Es a lo que se llamó *substitutio fideicommissaria*, origen del *fideicommissum familiae relictum*, del que deriva la moderna sustitución fideicomisaria».

De hecho entre el fideicomiso romano y el fideicomiso familiar romano se aprecian, entre otras, las siguientes diferencias:

- El fideicomiso familiar romano obligaba al fiduciario a conservar los bienes fideicomitidos hasta su muerte, o hasta que se cumpla la condición fijada por el testador; mientras que a través del fideicomiso romano, la transmisión o restitución de los bienes debía producirse de manera inmediata, o en un plazo muy breve de tiempo, a favor de la persona que carecía de *testamentifacio*.
- Otra diferencia la encontramos en el hecho de que el fideicomiso familiar romano conlleva la inalienabilidad de los bienes y un orden preestablecido de suceder, cosa que no sucede en el fideicomiso romano.

Una vez acreditado el origen de la sustitución fideicomisaria (único motivo por el cual considero que dicha institución puede confundirse con el fideicomiso), paso a centrarme en el contenido actual de la institución.

Su definición queda comprendida en el artículo 781 del Código Civil que establece: *«las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador»*.

La mayoría de tratadistas coincide en establecer las mismas líneas directrices de la figura basándose, para ello, en el contenido del propio artículo 781 del Código Civil.

Así, DE DIEGO⁷ define la sustitución fideicomisaria como aquella disposición testamentaria en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita el todo o parte de la herencia a terceras personas expresamente llamadas por el testador, siempre que no pasen del segundo grado o vivan todas al tiempo del fallecimiento de este, o, en ciertos casos, sin nominal determinación y sin limitación de llamamientos mediante el cumplimiento de determinados requisitos.

TRAVIESAS⁸ expone que en las sustituciones fideicomisarias el testador designa sucesores suyos en serie, para que todos lo sean efectivamente, unos después de otros, con obligación en el sucesor anterior de conservar y restituir al posterior todos o parte de los bienes hereditarios. El llamado en segundo término recibe la herencia o el legado a través del llamado en primer término, que llega a ser sucesor.

Mientras que ROCA SASTRE⁹ entiende que la sustitución fideicomisaria no es más que la institución de un heredero, con el encargo de conservar y transmitir todo o parte de la herencia a un segundo o ulterior heredero.

Concluyo esta breve introducción resaltando que aunque la sustitución fideicomisaria tiene como origen una modalidad del fideicomiso (el llamado *fideicomissum familiae relictum*), también lo es que ateniéndonos simplemente a la definición de una y otra institución llegamos a la conclusión de que la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso son dos figuras completamente diferentes.

II. EL INCOMPRESIBLE USO COMO SINÓNIMOS DE LOS TÉRMINOS FIDEICOMISO Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Es una realidad el hecho de que a día de hoy, gran parte de la doctrina y jurisprudencia española a la hora de hacer referencia a la sustitución fideicomisaria lo sigue haciendo con el término *«fideicomiso»*.

Es decir, que se usan ambos términos como sinónimos, *«fideicomiso»* y *«sustitución fideicomisaria»*, produciéndose con ello, bajo nuestro punto de vista, una gravísima confusión terminológica que debería de ser tenida en cuenta por nuestro legislador como problema a resolver, ya que no se trata de una simple cuestión de nomenclatura, sino de algo más trascendente, al tratarse de diferentes figuras jurídicas que no deben, ni tienen por qué, ser confundidas.

En este sentido, PUIG FERRIOL¹⁰ argumenta que *«durante mucho tiempo, fideicomiso y sustitución fideicomisaria fueron tratados como si formaran una sola institución, sin reparar en que respondían a dos concepciones y a dos épocas distintas. Ello tenía sus inconvenientes, pues se pretendía explicar con materiales sacados del Derecho romano primitivo situaciones que obedecían únicamente a peculiaridades propias de este Derecho, con lo cual aumentaban las confusiones en*

una materia ya de por sí difícil. En los últimos tiempos, los tratadistas procuraron poner de relieve las diferencias existentes entre una y otra figura».

Efectivamente, no son pocos los autores que se encargaron de exponer las diferencias entre una y otra institución.

Así, por ejemplo, CASTÁN¹¹ reconoce que *«la dualidad de herederos diferencia la sustitución fideicomisaria del fideicomiso romano. En la primera el fiduciario es realmente heredero y disfruta, como tal, de la herencia, mientras que en el segundo el fiduciario aparece como un mero mandatario o ejecutor testamentario, encargado de entregar los bienes al verdadero heredero. En la sustitución fideicomisaria hay, por consiguiente, dos o más liberalidades; en el fideicomiso una sola liberalidad... La distinción entre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria resulta reconocida y confirmada por la jurisprudencia».*

Por su parte, JERÓNIMO LÓPEZ¹² expone: *«extrañará que los autores antiguos se refieran indistintamente al fideicomiso (de residuo o no) y a la sustitución fideicomisaria (de residuo o normal), porque en la actualidad (a partir de la formación de los Códigos civiles) se diferencian netamente los conceptos de fideicomiso y de sustitución fideicomisaria, y se establece una diferencia tajante entre ambos. En el fideicomiso, institución propia del Derecho romano, un heredero (fiduciario) está obligado a transmitir los bienes al fideicomisario, que no lo es; en la sustitución fideicomisaria moderna se establecen, en cambio, dos o más liberalidades a favor de personas llamadas como herederos en orden sucesivo, lo que significa la superación del principio romano "semel heres, semper heres". De esta diferencia de configuración se derivan consecuencias importantes».*

DE BUEN¹³, con el que coincide literalmente DOMINGO AZNAR¹⁴ durante las quince páginas que dedica en su obra al respecto, expone: *«El rigor conceptual obliga a lamentar la lastimosa confusión de dos figuras del Derecho sucesorio, que, como el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, son, en sí, completamente diferentes y que, por lo mismo, debieran recibir (y reciben) un trato jurídico distinto. (...) Dejando aparte cuestiones de léxico, que tienen, sin embargo, su importancia, lo cierto es que, según queda expuesto más atrás, ninguna de las notas que caracterizan a la sustitución fideicomisaria, se dan en el fideicomiso. (...) Las notas diferenciales, pues, resaltan de tal modo, que la confusión —a efectos dogmáticos— está injustificada por completo».*

En el mismo sentido se expresa SÁNCHEZ ROMÁN¹⁵ cuando argumenta: *«tratamos únicamente de recordar los conceptos fundamentales que han de servirnos para apreciar en su verdadero valor las disposiciones del Código y para evitar confusiones en que, dada la complicación de la materia, sería fácil incurrir como han incurrido ilustrados tratadistas. Así el Sr. Falcón, al tratar de ella encabeza su explicación con el epígrafe: Sustituciones fideicomisarias o fideicomisos. (...) Con lo que antes se ha dicho basta para comprender que no es enteramente exacto lo que afirma el Sr. Falcón, y que se equivoca al confundir dos instituciones que presentan distintos caracteres».*

Y la autora SOLÉ RESINA¹⁶, por su parte, considera *«importante distinguir ya de inicio el fideicomiso de la sustitución fideicomisaria. En el fideicomiso, el primer llamado ha de hacer entrega de los bienes fideicomitidos de una manera inmediata; mientras que en la sustitución fideicomisaria, la restitución tiene lugar después de un tiempo (cuando llega el término o se cumple la condición impuesta), de modo que hasta este momento el fiduciario conserva los bienes y los tiene en su dominio».*

Igualmente, nuestro Tribunal Supremo no duda en considerar diferentes ambas instituciones, como refleja, por ejemplo, en su sentencia de 11 de enero

de 1996¹⁷, donde establece que: «Las diferencias más notorias entre ambas instituciones son:

- a) *En el fideicomiso puro hay una sola liberalidad, pues el testador contempla y dispone a favor de una sola persona o de varias a la vez, en cambio en la sustitución fideicomisaria, existen al menos dos actos de liberalidad, uno a favor del heredero fiduciario y otro a favor de los herederos fideicomisarios, existe, pues, una sucesión en la herencia, es decir, dos o más liberalidades, cosa que no ocurre en el fideicomiso.*
- b) *En el fideicomiso el fiduciario no es heredero, sino «ejecutor testamentario», en la medida en que el testador le encarga sobre la base de la confianza la entrega de la herencia al heredero, en cambio en la sustitución fideicomisaria el fiduciario es heredero.*
- c) *En el fideicomiso existe un encargo o ruego del testador al fiduciario acerca de que cumpla su voluntad, en cambio en la sustitución fideicomisaria existe para el fiduciario una obligación jurídica de conservar y transmitir los bienes de la herencia a los herederos fideicomisarios.*
- d) *En el Derecho civil común se regula la sustitución fideicomisaria, pero no el fideicomiso».*

Leyendo la opinión de estos autores y la línea marcada por el Tribunal Supremo, lo lógico es que el lector se plantee: ¿pero entonces, quién y por qué se confunden ambas instituciones?

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA

Lo cierto es que el origen de dicha confusión data de la época romana, permaneciendo, posteriormente, en nuestro Derecho Castellano, en nuestra época codificadora, e incluso, en la actualidad.

En mi opinión fue el Código de las Partidas (considerado por VALLET DE GOYTISOLO¹⁸ como el Código más sistemático y perfecto recogido en el Derecho Romano en una lengua romance) el que inició la confusión terminológica, ya que en su Ley 14, Partida 6.^a, Título V, regulaba en su primer apartado el fideicomiso romano puro bajo el término de sustitución fideicomisaria al recoger que: «la sustitución que es llamada en latín *fedeicommissaria* quiere decir establecimiento de heredero que es puesto en fe de alguno que la herencia desea de su mano que le dé a otro».

GONZÁLEZ PALOMINO¹⁹ en este sentido argumenta que «Las Partidas, bajo el nombre de sustitución fideicomisaria, regularon el fideicomiso romano puro, o sea: el «establecimiento de heredero que es puesto en fe de alguno, que la herencia dexa en su mano, que la de a otro». Algunos autores manipulan con el fideicomiso como si se tratara de una verdadera sustitución, basándose en un equívoco que existe en la misma ley, y puede causar despistes, si no se va prevenido».

El propio GONZÁLEZ PALOMINO²⁰, de forma simpática y brillante, expuso en referencia a la confusión ya en el Derecho Castellano que «sobre un fondo de paisaje, que parece romano, se destacan perfiles netos de figuras autóctonas con trajes de época. El cuadro armoniza los diversos elementos, y no es menos castellano por estar pintado, como los de Velázquez, con técnica aprendida de los viejos maestros de Italia, ni menos original. Si buscamos en él a Doña Sustitución Fideicomisaria nos llevaremos un chasco. A primera vista se observa al pie de una de las

figuras escrito ese nombre. Pronto nos percatamos que no debe de tratarse de una dama porque tiene barba. Se trata, en efecto, del señor Fideicomiso Romano, al que los pintores de cámara de Don Alfonso el Sabio cambiaron de nombre y de sexo».

También contribuye a la confusión doctrinal el hecho de que cuatro años antes de la publicación del Código Civil, ALONSO MARTÍNEZ (para muchos, el «autor» del Código Civil), en su obra *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, llegó a titular su capítulo V, dedicado a la sustitución fideicomisaria, como «*Del Fideicomiso*», denominando la institución a lo largo de su obra indistintamente como «*sustitución fideicomisaria*» y «*fideicomiso*»²¹.

Evidentemente, el hecho de que ALONSO MARTÍNEZ usase ambos conceptos para referirse a la figura que centra nuestro estudio puede justificar la confusión terminológica existente entre los autores de aquella época. Pero ¡jojo!, solo entre los autores de entonces, porque a partir de la publicación del Código Civil, la regulación de la institución llevada a cabo en los artículos 781 a 789 del Código Civil únicamente hace referencia a ella como sustitución fideicomisaria, y nunca como fideicomiso, lo cual descarta la posibilidad de que los autores posteriores a la publicación del Código Civil se sigan dirigiendo a la institución indistintamente como fideicomiso o sustitución fideicomisaria.

Es decir, que, en nuestra opinión, de haberse mantenido en la redacción de nuestro del Código Civil ambos términos a la hora de regular la institución (como, por ejemplo, sucede en Portugal²²), el uso indistinto de los dos conceptos para dirigirse a la sustitución fideicomisaria sería una realidad. Pero no fue así.

2. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO AL RESPECTO

Particularmente creo que es inexplicable el hecho de que nuestro Alto Tribunal en alguna de sus sentencias reconozca claramente las diferencias entre una y otra institución, mientras que en otra usa como sinónimos los términos de fideicomiso y sustitución fideicomisaria.

Traigo a colación al presente estudio algunas de las muchísimas sentencias que así lo acreditan, como por ejemplo, la de 19 de mayo de 1952²³, que establece «*que ciertamente no cabe asimilar en absoluto las facultades del fiduciario a las del usufructuario, porque como dijo la sentencia de 26 de febrero de 1919 y lo reconoce la doctrina científica, el usufructo y la sustitución fideicomisaria condicional son instituciones jurídicas distintas... por ello es aplicable al fideicomiso por analogía la norma del artículo 480 del Código Civil...*».

O la sentencia de 19 de noviembre de 1964²⁴, que recoge en su penúltimo Considerando que «*los hoy litigantes, ni están llamados expresa y claramente a la sucesión, ni..., indispensable para el nacimiento de la sustitución fideicomisaria en su interpretación literal; (...) resulta imposible estimarlos herederos de don Sixto ni en forma directa ni en la de fideicomiso*».

Más recientemente, en la sentencia de 28 de junio de 2002²⁵, expone nuestro Tribunal Supremo, siempre tratando ambos términos como sinónimos, que: «*En este caso, se cumplió la primera condición: el fiduciario falleció con un hijo «cum liberis decesserit» por lo que este es el fideicomisario, adquiere los bienes y el fideicomiso se purifica. (...) en que se cumple la condición y se purifica la sustitución fideicomisaria*».

También en la sentencia de 22 de junio de 2010²⁶ se contempla que «*los bienes de la mejora de que no hubiera dispuesto por actos inter vivos, los conservará y transmitirá en sustitución fideicomisaria al hijo varón del testador que siga en edad al mejorado...; (...) ordenando que aquello de que no hubiere dispuesto la legataria*

por actos inter vivos, lo conserve y transmita en sustitución fideicomisaria...; (...) Según la disposición testamentaria del causante, si el mejorado, don Landelino, hubiera tenido un hijo varón —que viviera al tiempo de su muerte— la sustitución fideicomisaria no habría tenido lugar...; (...) el causante —padre de don Landelino— confirió a aquel absoluta facultad de disponer «inter vivos» de los bienes objeto del fideicomiso..., y dentro de los límites de la normalidad ajustándose a lo señalado por el causante que estableció el fideicomiso».

En la sentencia de 2 de noviembre de 2010²⁷ se recoge que *«la demanda que ha dado lugar al presente proceso fue interpuesta por los herederos de don Fructuoso frente a los herederos de doña Agustina interesando en definitiva la efectividad de la sustitución fideicomisaria establecida en su día por el esposo de esta... Doña Agustina gozaba de las más amplias facultades de disposición sobre los bienes heredados del mismo tanto «inter vivos» como «mortis causa» de modo que, incluso, los que eran objeto de fideicomiso podían ser transmitidos a personas distintas de los fideicomisarios, extinguiendo así el fideicomiso, pero no puede entenderse que producía tales efectos extintivos del fideicomiso la disposición efectuada en testamento precisamente a favor del fideicomisario y sobre los bienes objeto del fideicomiso, pues cabalmente ha de entenderse que en tal caso la fiduciaria no hacía otra cosa que ratificar los términos del fideicomiso...».*

En la sentencia de 18 de marzo de 2011²⁸ expone nuestro Alto Tribunal: *«En las sustituciones fideicomisaria condicionales el fiduciario puede enajenar los bienes sujetos a la condición, de modo que no es esencial que el testador imponga la carga de conservar, porque va implícita en dicho fideicomiso... que demuestran que dichos nietos se consideraban herederos libres en relación a los bienes sometidos al fideicomiso».*

Queda sobradamente acreditado que el Tribunal Supremo usa indistintamente los términos sustitución fideicomisaria y fideicomiso para dirigirse a la institución. ¿El motivo? No se me ocurre ninguno.

Lo que sí que considero es que el hecho de que el Tribunal Supremo se dirija a la sustitución fideicomisaria también como fideicomiso puede servir como justificación a la confusión terminológica en la que caen algunos autores, aunque no a todos, tal y como justificaré a continuación.

3. EL USO EXCLUSIVO DEL TÉRMINO «FIDEICOMISO» EN CATALUÑA PARA REFERIRSE A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Al igual que ocurriese en las Partidas, en el Código Civil catalán actual se usa el término fideicomiso para dirigirse a la sustitución fideicomisaria.

El origen de tal confusión se debe, en mi opinión, a la originaria Compilación de Cataluña de 1960 (Texto Refundido de 19 de julio de 1984) donde, por un lado, se regulaba el fideicomiso puro, y por el otro, la sustitución fideicomisaria o fideicomiso de sustitución.

De hecho, el artículo 163 de la Compilación catalana recogía: *«En el fideicomiso puro, el heredero o legatario tendrá la condición de fiduciario, con la obligación de cumplir el encargo de transmitir la totalidad o una cuota de la herencia o legado, sin que pueda hacer suyos los frutos, salvo autorización del testador.*

En el fideicomiso de sustitución o sustitución fideicomisaria, el fiduciario adquirirá la herencia o el legado con el gravamen de que, finalizado el término o cumplida la condición, haga tránsito al fideicomisario la totalidad o la cuota fideicomitada de la herencia o del legado.

Las sustituciones fideicomisarias dispuestas para después de fallecido el fiduciario tendrán el carácter de condicionales, salvo voluntad contraria del causante».

Es decir, que el fideicomiso romano como simple ruego del causante hacia el fiduciario para que, en base a su buena fe, cumpliera su encargo, existió como tal en la Compilación catalana, y de ahí el uso totalmente justificado del término fideicomiso en aquella época.

O'CALLAGHAN²⁹ en tal sentido indica que *«la característica del primitivo fideicomiso romano, que era el encargo a la bona fides del fiduciario de cumplir la disposición del causante, todavía inspira la redacción del párrafo 1.º del presente artículo 163. Esta norma recoge el concepto romano evolucionado, al no referirse a la buena fe sino a la obligación, pero mantiene la idea del encargo»*; mientras que ROCA SASTRE³⁰ llega a afirmar que *«el articulado de la Compilación sobre fideicomisos se apoya sustancialmente en materiales romanos. Algún artículo, como el 186, es casi copia de las leyes «Sed quia» y «Sin autem» de Justiniano (Codex, VI-43, ley 3, párrafos 2.º y 3.º), relativas a la enajenación de bienes fideicomitidos».*

La coexistencia de los fideicomisos puros con la sustitución fideicomisaria en Cataluña tuvo lugar hasta la aprobación del Código de Sucesiones catalán (Ley 40/1991, de 30 de diciembre), el cual regula la institución fideicomisaria en su capítulo VII de forma amplia y completa, concretamente entre sus artículos 180 a 249.

En su Preámbulo, el Código de Sucesiones en su apartado IV, letra c), dedica a los fideicomisos las siguientes palabras: *«El Capítulo VII contiene una completa regulación de los fideicomisos, históricamente tan frecuentes en Cataluña. Se ha conservado casi íntegro el texto de la Compilación de 1960, con algún complemento tomado del anteproyecto de 1.955, pero se han introducido las siguientes modificaciones:*

a) Se suprime la figura del fideicomiso puro, con lo cual se consigue una notable simplificación de la institución»

Es decir, que a partir del Código de Sucesiones, en Cataluña se suprimieron los fideicomisos puros, y se apostó única y exclusivamente por el uso de la sustitución fideicomisaria.

Sin embargo, el legislador catalán de 1991, tras erradicar por completo el uso de los fideicomisos puros en el Código de Sucesiones, y apostar por la sustitución fideicomisaria, decidió, bajo nuestro punto de vista de forma incomprensible, dirigirse a esta institución indistintamente con ambos términos, originándose desde entonces, una confusión terminológica respecto a la institución que perdura hasta nuestros días.

Prueba de ello es que el título del capítulo VII del Código fuese *«Los fideicomisos»*; y, en cambio, en su articulado se usaban indistintamente los términos *«fideicomiso»* y *«sustitución fideicomisaria»*, cuando en realidad, reiteramos, ya única y exclusivamente se regulaba la sustitución fideicomisaria.

RIVAS MARTÍNEZ³¹ en este sentido manifiesta que *«aunque la norma transcrita utiliza la expresión general «fideicomisos» (por arrastre de la letra de la Compilación) se refiere a las cláusulas fideicomisarias».*

Más recientemente, la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña (en adelante del Código Civil catalán), relativo a las sucesiones, siguiendo la Compilación de Cataluña de 1960 y el Código de Sucesiones de Cataluña, regula la sustitución fideicomisaria de forma amplia en los artículos 426-1 a 426-59.

A diferencia de lo sucedido en el Código de Sucesiones, lo cierto es que el del Código Civil catalán utiliza en contadas ocasiones el término «*sustitución fideicomisaria*», usando por regla general para dirigirse a la institución el de «*fideicomiso*». Incluso, el Capítulo VI, del Título II, del Libro IV del Código Civil catalán, dedicado a la institución, lleva por título: «*Los fideicomisos*».

¿Por qué volvió a dejar pasar la oportunidad el legislador catalán de 2008 de arreglar la confusión terminológica iniciada por el legislador de 1991? Es decir, ¿por qué no usó exclusivamente el término de sustitución fideicomisaria para dirigirse a esta institución?

Particularmente no encuentro respuesta a tales cuestiones, pero de lo que no me cabe ninguna duda es de que cuando el del Código Civil catalán hace referencia al fideicomiso está dirigiéndose a la sustitución fideicomisaria y no al fideicomiso puro, pudiéndose extraer tal conclusión del artículo 426-1, cuando expone: «*1. En el fideicomiso, el fideicomitente dispone que el fiduciario adquiera la herencia o el legado con el gravamen de que, una vez vencido el plazo o cumplida la condición, hagan tránsito al fideicomisario. 2. Los fideicomisarios suceden siempre al fideicomitente, aunque uno sea fideicomisario después de otro*».

Y es que, desde el momento en el que afirma que el fiduciario es realmente un verdadero heredero y disfruta como tal de la herencia, no cabe la menor duda de que el del Código Civil catalán regula una sustitución fideicomisaria, y no un fideicomiso, aunque a ella se refiera como tal, ya que de haberse tratado de un fideicomiso en lugar de una sustitución fideicomisaria, el fiduciario no disfrutaría de la herencia fideicomitida, sino que únicamente se limitaría a entregar los bienes al verdadero heredero, es decir, al fideicomisario.

Por último, hemos de reconocer que en la actualidad, por rocambolesca que resulte la afirmación, los autores que se dirigen a la sustitución fideicomisaria de Cataluña podrán hacerlo indistintamente con el término fideicomiso o sustitución fideicomisaria, porque así lo contempla el propio del Código Civil catalán, si bien en realidad estarán haciendo referencia siempre a la sustitución fideicomisaria.

4. LA CONFUSIÓN EN NUESTRA DOCTRINA

Por todos los motivos anteriormente expuestos parece lógico afirmar que la confusión que lleva a algunos autores³² a usar como sinónimos los términos sustitución fideicomisaria y fideicomiso está más que justificada, ya que, por ejemplo, así lo hizo en su época uno de los «redactores» del Código Civil, ALONSO MARTÍNEZ, y así lo sigue haciendo, en la actualidad, nuestro Tribunal Supremo; o, incluso, por el hecho de que la sustitución fideicomisaria de nuestro Derecho Común se conozca en Cataluña como fideicomiso.

Como ejemplo de los muchos autores que usan indistintamente ambos términos para referirse a la sustitución fideicomisaria traemos a colación la opinión de MANRESA³³, el cual, aunque sin justificar el motivo que le lleva a ello, titula el apartado dedicado al estudio de los problemas que puede conllevar la interpretación de la sustitución fideicomisaria como: «*Problemática del fideicomiso*»; o el autor GALICIA AIZPURUA³⁴, que a la hora de fijar las clases de sustituciones fideicomisarias posibles refleja: «*Cabe distinguir, según concurra o no deber de conservar, dos clases o tipos de sustituciones fideicomisarias (la normal y la de residuo)... A su vez, uno y otro tipo de fideicomiso (o sea, el ordinario y el de residuo)*»; o también RIVAS MARTÍNEZ³⁵, que a lo largo de toda su obra usa

indistintamente los términos «fideicomiso» y «sustitución fideicomisaria» para referirse a esta última figura.

Sin embargo, entiendo necesario remarcar que junto a estos autores cuya confusión terminológica puede llegar a justificarse, existen otros cuya actuación al respecto resulta más difícil de entender.

Me refiero a aquellos que con carácter previo se ocupan de resaltar las diferencias existente entre una y otra institución, para, posteriormente, acabar usándolas como sinónimos.

Así, por ejemplo, ROCA SASTRE³⁶, que expone: *«la existencia de esta característica diferencial entre el fideicomiso puro y la sustitución fideicomisaria es fácil de comprobar, no solo desde el punto de vista institucional, sino en el orden histórico»*, para acto seguido, y ya durante el resto de la obra, usar indistintamente los términos «fideicomiso» y «sustitución fideicomisaria» de forma indistinta para dirigirse a esta última.

En otro de sus estudios³⁷, en cambio, equipara directamente ambas instituciones a la hora de definir la sustitución fideicomisaria, exponiendo que: *«el fideicomiso a término o bajo condición, o sea, la sustitución fideicomisaria...»*.

Aunque el razonamiento que más me sorprende a la hora de justificar el uso como sinónimos de ambos términos es el de ALBALADEJO³⁸, ya que el ilustrísimo profesor argumenta que *«a la sustitución fideicomisaria que voy a estudiar se le llama también, por abreviar, fideicomiso. (...) De modo que, el término fideicomiso cuando lo uso en la exposición que sigue no debe ser tomado en el sentido de que, como el fideicomiso romano, sea designar el causante a una persona que no quiere como heredero, sino (...). Ese fideicomiso está hoy prohibido en el Código Civil (...). Sin embargo, por brevedad, y como ya he advertido, en la exposición que sigue hablo a veces de fideicomiso para referirme a la sustitución fideicomisaria»*.

El propio ALBALADEJO³⁹ sigue afirmándose en su pensamiento en una obra de gran influencia para todos los juristas españoles, como es el *Comentario del Código Civil* del Ministerio de Justicia, cuando a la hora de comentar el artículo 781, comienza exponiendo: *«A la sustitución fideicomisaria se le llama también, por abreviar, fideicomiso. Con esta palabra hoy se hace referencia al establecimiento de herederos para que reciban sucesivamente la herencia del testador, o herencia fideicomitada o fideicomiso. De modo, pues, que el término fideicomiso cuando lo uso en la exposición que sigue, no debe ser tomado en el sentido de que, como el fideicomiso romano, sea designar el causante a una persona a la que no quiere realmente como heredero, sino a la que confía la misión de que se haga cargo de la herencia simplemente para el fin de entregarla a la persona, el fideicomisario, a quien el difunto dispuso, que es la única que este quiere como sucesor. Este fideicomiso como el romano, está hoy prohibido en el Código Civil»*.

También equipara ambas figuras ALBALADEJO⁴⁰ en su propio manual de Derecho Civil, referencia para todos los estudiantes de Derecho, donde indica que *«como dije, la sustitución fideicomisaria o, por abreviar, el fideicomiso, es aquella...»*.

Debido a la importancia e influencia del autor, su decisión de denominar a la sustitución fideicomisaria indistintamente con uno u otro término «por abreviar», ha llevado a parte de la doctrina posterior a pronunciarse en el mismo sentido, como le sucede a DÍAZ ALABART⁴¹ cuando expone que *«por brevedad, y a veces por no repetir continuamente la misma expresión, hablo de fideicomiso de residuo o, indistintamente, sustitución fideicomisaria de residuo... Lo mismo hablo indistintamente de fideicomiso normal o de sustitución fideicomisaria, pero siempre para referirme a la sustitución fideicomisaria en la que el fiduciario carece*

de poder de enajenar, disponer o consumir todos los bienes fideicomitidos o parte de ellos. Lo que quiero que quede claro es que nunca hablo de fideicomiso en el sentido de encargo hecho a una persona (que, aunque reciba materialmente los bienes, no es en realidad heredero, sino mero ejecutor) de que entregue la herencia a otra que es el único heredero material que el causante quiso. Tal cosa, aparte de que no quepa en nuestro Código, no la contemplo en el estudio que sigue»; o, también, ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES⁴² cuando refleja que «el origen histórico de la sustitución fideicomisaria nos aclara el por qué no podemos hablar actualmente de fideicomiso en el mismo sentido en que se hacía en el Derecho romano, ya que las diferencias entre una y otra figura son claras, si atendemos a sus notas fundamentales. Lo que sí podemos hacer es utilizar indistintamente los términos «sustitución fideicomisaria» y «fideicomiso», pero entendiéndolo siempre en su sentido actual, y no en el originario de la institución romana».

Por todo ello, considero que los autores que incurrían en la confusión terminológica entre sustitución fideicomisaria y fideicomiso podrían englobarse en dos grupos. Por un lado, aquellos que consideran (por falta de profundidad en su estudio) que ambos términos son realmente sinónimos en base a todos los motivos que hemos expuesto en el presente epígrafe; y, por otro, los autores que siendo conscientes y anunciando las diferencias existentes entre una y otra institución, deciden igualmente dirigirse a ella con uno u otro término por economía lingüística, lo cual, en mi opinión, no tiene ningún sentido, si bien, reitero, también le ocurre al Tribunal Supremo tal y como he acreditado en el presente artículo.

III. LA IMPORTANCIA ACTUAL DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

La confusión que nuestra doctrina y nuestro Tribunal Supremo han venido haciendo a lo largo del tiempo entre fideicomiso y sustitución fideicomisaria no puede seguir tolerándose, ya que a partir de la publicación de la Ley 41/2003⁴³, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad⁴⁴, la sustitución fideicomisaria se convierte en una de las figuras jurídicas más importantes del Derecho Sucesorio español, principalmente por dos motivos:

El primero de ellos, porque a través de la LPPD la sustitución fideicomisaria fue elegida por el legislador de 2003 para resolver un problema de indudable actualidad y enorme alcance desde el punto de vista jurídico: la protección de las personas incapacitadas judicialmente.

Y el segundo, porque tras su nuevo alcance, la sustitución fideicomisaria es el primer y único instrumento jurídico mediante el cual puede vulnerarse el principio histórico y sagrado de nuestro Derecho Sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta.

Y es que, tras la entrada en vigor de la LPPD, los testadores españoles podrán beneficiar a sus hijos o descendientes incapacitados judicialmente no solo con el tercio de libre disposición y el de mejora, más su cuota de legítima estricta, sino que también podrán establecer a su favor una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, lo cual atenta contra todos los antecedentes históricos del Código Civil⁴⁵.

Para ello, el legislador de 2003 modificó los artículos 782, 808 y 813.2 del Código Civil, los cuales, desde entonces, presentan el siguiente contenido:

Artículo 782 del Código Civil: *«Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el*

artículo 808. Si recayera sobre el tercio de mejora, solo podrán hacerse a favor de los descendientes».

Artículo 808, párrafo 3º, del Código Civil: «Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos».

Artículo 813, párrafo 2º, del Código Civil: «El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados en la ley.

Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados».

¿Qué quiere decir esto? Pues que el legislador de 2003, tal y como expone VIVAS TESÓN⁴⁶, ha introducido un supuesto de tangibilidad de la legítima al conceder al testador la facultad, si lo desea, de establecer una sustitución fideicomisaria a favor de un descendiente incapacitado judicialmente sobre el tercio de legítima estricta.

Es decir, que desde la entrada en vigor de la LPPD los testadores españoles con hijos o descendientes judicialmente incapacitados, aparte de beneficiar a estos con el tercio de libre disposición y el tercio de mejora, también podrán establecer a su favor una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, gravando con ello al resto de herederos forzosos en su cuota de legítima estricta, lo cual atenta contra todos los antecedentes históricos del Código Civil en este sentido.

Y no solo puede producirse la tangibilidad cualitativa de la legítima estricta, sino que, coincidiendo con parte de la doctrina más cualificada en la materia⁴⁷, entiendo que a través del nuevo alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria puede llegar a producirse incluso, su tangibilidad cuantitativa, siempre y cuando el testador haya establecido una sustitución fideicomisaria especial de residuo *si aliquid supererit*⁴⁸ sobre el tercio de legítima estricta como medio de protección ideal a favor de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente.

O lo que es lo mismo, a partir de 2003 en España a través de la sustitución fideicomisaria, los testadores con hijos o descendientes incapacitados judicialmente (ya sean tutelados o curatelados) podrán llegar incluso a desheredar al resto de sus herederos forzosos⁴⁹.

Por todo ello considero que la confusión que se ha venido produciendo a lo largo del tiempo entre las instituciones del fideicomiso y de la sustitución fideicomisaria, dado el alcance actual de esta última, es hoy en día inadmisibile.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo del tiempo se han producido algunas circunstancias que han podido justificar la confusión existente en parte de nuestra doctrina a la hora de dirigirse a la sustitución fideicomisaria como fideicomiso. Sin embargo, existen otros autores que tras remarcar las diferencias entre ambas instituciones, apuestan por dirigirse a la sustitución fideicomisaria como fideicomiso simplemente por abreviar. Igualmente le ocurre al Tribunal Supremo, que en algunas sentencias remarca las diferencias existentes entre ambas figuras jurídicas, y en otras, en cambio, se dirige a la sustitución fideicomisaria también como fideicomiso.

En mi opinión, esta forma de actuar usando ambos términos indistintamente para hacer referencia a la sustitución fideicomisaria aún teniendo constancia de que son instituciones diferentes carece de toda lógica, y más teniendo en cuenta de la importancia adquirida por la sustitución fideicomisaria a partir de la publicación de la LPPD, momento a partir del cual ha pasado a convertirse en una de las figuras jurídicas más importantes del Derecho Sucesorio español.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (1984). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. Albaladejo García, Tomo 10.º, vol. 2.º, Editorial Edersa, Madrid.
- (1996). *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia.
- (2013). *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Décima Edición, Editorial Edisofer, Madrid.
- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. (2004). La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, marzo-abril de 2004.
- ALONSO MARTÍNEZ (1991). *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, recogido en la obra de Rogel y Vattier (coord.), *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Editorial Tecnos, Madrid.
- CÁMARA LAPUENTE (2010). *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo (dir.), 1.ª ed., Editorial Lex Nova, Valladolid.
- CASTÁN (1942). *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Instituto Editorial Reus, Madrid.
- COSTA (1905). *Fideicomisos y Albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código Civil Español*, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- DE BUEN (1975). En sus notas a Colin y Capitant, *Curso elemental de Derecho Civil*, Tomo VIII, Editorial Reus, Madrid.
- DE DIEGO, F. (1926). Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo, Editorial Reus, Madrid.
- (1959). *Instituciones de Derecho Civil Español*, III, Madrid.
- DÍAZ ALABART, S. (1981). *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Editorial Bosch. Barcelona.
- (2004). La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 del Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», *Revista de Derecho Privado*, núm. 5-6, mayo.
- DOMINGO AZNAR (1999). *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- DOMÍNGUEZ REYES (2004). Juan-Faustino, La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, marzo-abril de 2004.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2013). *Comentarios al Código Civil*, Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ PALOMINO (1950). *Enajenación de bienes pseudousufructuados*, Conferencia desarrollada en la semana notarial de Santander en el verano de 1948. Editorial Reus, Madrid.
- JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ (1955). La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español, *Anuario de Derecho Civil*.

- MANRESA, J. L. (1973). *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, vol. I, Editorial Reus, Madrid.
- O'CALLAGHAN (1978). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa.
- (2006). *Comentario del Código Civil*, Coord.: Sierra Gil de la Cuesta, Tomo 4, Editorial Bosch, Barcelona.
- PEREÑA VICENTE (2004). El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado, en *Diario La Ley*, núm. 5957, de febrero de 2004.
- PUIG BRUTAU, J. (1977). *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Segunda Edición, vol. II, Editorial Bosch, Barcelona.
- PUIG FERRIOL (1965). *El heredero fiduciario*, Publicaciones de la Cátedra de Derecho Civil «Durán y Bas», Barcelona.
- RIVAS MARTÍNEZ (2005). *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid.
- (2009). *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid.
- ROCA SASTRE (1956). *El fideicomiso «si sine liberis decesserit» y el Código Civil*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Imprenta Viuda de Galo Sáez, Madrid.
- (1948). *Estudios de Derecho Privado*, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1910). *Estudios de Derecho Civil, VI, Derecho de Sucesiones*, Tomo Sexto, Impresores de la Real Casa, Madrid.
- ROCA SASTRE (1961). Los elementos componentes de la Compilación, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Editorial Bosch, Barcelona.
- SOLÉ RESINA (2011). *Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil*. Directora: GETE-ALONSO Y CALERA, Tratado de Derecho de Sucesiones, Tomo I, Editorial Aranzadi, Navarra.
- TRAVIESAS, Sustituciones Hereditarias, en *Revista de Derecho Privado*, 1927, núm. 171, 15 de diciembre.
- VALLET DE GOYTISOLO (1981). La inclusión de la fideicomisaria como especie de sustitución, en *Revista de Derecho Notarial*, Tomo II.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA (2007). *Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, Editorial Dijusa, Madrid.
- VIVAS TESÓN (2010). Inmaculada, *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid.

NOTAS

¹ COSTA, *Fideicomisos y Albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código Civil Español*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1905, pp. 7 y 8.

² La *Fides* en el sistema del Derecho romano era la lealtad en el cumplimiento de lo prometido, la conciencia del deber de corresponder la confianza que otro depositaba en uno, en definitiva, el respeto a la palabra, al entregarse a su lealtad como hombre honrado, siendo de una importancia tal para los romanos que aun estando el fideicomiso falto de sanción jurídica y de propia obligatoriedad, el encargo se cumplía en la gran mayoría de supuestos.

³ OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión Testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 266.

⁴ DE DIEGO, *op. cit.*, p. 41.

⁵ CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1942, p. 247.

⁶ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Segunda Edición, vol. II, Editorial Bosch, Barcelona, 1977, p. 525.

⁷ DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, III, Madrid, 1959, *cit.*, p. 765.

⁸ TRAVIESAS, Sustituciones Hereditarias, en *Revista de Derecho Privado*, 1927, núm. 171, 15 de diciembre, p. 414.

⁹ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 30; O'CALLAGHAN, *Comentario del Código Civil*, coord: Sierra Gil de la Cuesta, Tomo 4, Editorial Bosch, Barcelona, 2006, p. 738.

¹⁰ PUIG FERRIOL, *El heredero fiduciario*, Publicaciones de la Cátedra de Derecho Civil «Durán y Bas», Barcelona, 1965, *cit.*, pp. 24 y 25.

¹¹ CASTÁN, *op. cit.*, p. 441.

¹² JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ, La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español, *Anuario de Derecho Civil*, 1955, p. 754.

¹³ DE BUEN, en sus notas a COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, Tomo VIII, Editorial Reus, Madrid, 1975, p. 452.

¹⁴ DOMINGO AZNAR, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 67-78.

¹⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*. Tomo Sexto, Impresores de la Real Casa, Madrid, 1910, p. 691.

¹⁶ SOLÉ RESINA, Sustitución fideicomisaria en el Código Civil. En *Tratado de Derecho de Sucesiones*, M.^a Gete-Alonso y Calera (dir.), Tomo I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, p. 972.

¹⁷ *RJ* 1996, 4271.

¹⁸ VALLET DE GOYTISOLO, La inclusión de la fideicomisaria como especie de sustitución, en *Revista de Derecho Notarial*, Tomo II, 1981, p. 326.

¹⁹ GONZÁLEZ PALOMINO, *Enajenación de bienes pseudusufructuados*, Conferencia desarrollada en la semana notarial de Santander en el verano de 1948. Editorial Reus, Madrid, 1950, p. 28.

²⁰ GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.*, p. 28.

²¹ ALONSO MARTÍNEZ, El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales, recogido en la obra de ROGEL y VATTIER (coord.), *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 1218, donde expone el autor: «¿Qué razón puede haber para prohibir las sustituciones fideicomisarias a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador? Ninguna; y sería menester que un alto interés social la demandara imperiosamente, para que fuese legítima esa limitación a la libertad humana. Del fideicomiso, encerrado dentro de ciertos límites, ni puede decirse (...)» (la negrita es nuestra).

²² El del Código Civil portugués, que recoge, en su artículo 2286: «Se llama sustitución fideicomisaria o fideicomiso...».

²³ *RJ* 1952, 1231.

²⁴ *RJ* 1964, 5108.

²⁵ *RJ* 2002, 5507.

²⁶ *RJ* 2010, 4900.

²⁷ *RJ* 2010, 7981.

²⁸ *RJ* 2011, 3323.

²⁹ O'CALLAGHAN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, 1978, p. 38.

³⁰ ROCA SASTRE, Los elementos componentes de la Compilación, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Editorial Bosch, Barcelona, 1961, p. 16.

³¹ RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p. 219.

³² Entre otros muchos, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, Editorial Dijusa, Madrid, 2007, p. 656 y DOMÍNGUEZ REYES, La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, marzo-abril de 2004, p. 937.

³³ MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, vol. I, Editorial Reus, Madrid, 1973, p. 269.

³⁴ GALICIA AIZPURUA, *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5716.

³⁵ RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, pp. 1169-1217.

³⁶ ROCA SASTRE, *El fideicomiso si sine liberis decesserit y el Código Civil*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Imprenta Viuda de Galo Sáez, Madrid, 1956, *cit.*, p. 29.

³⁷ ROCA SASTRE, *Estudios...*, *cit.*, p. 33.

³⁸ ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Manuel Albaladejo (dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, EDESA, 1984, p. 147.

³⁹ ALBALADEJO, *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1996, p. 1.922.

⁴⁰ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Décima Edición, Editorial Edisofer, Madrid, 2013, p. 280.

⁴¹ DÍAZ ALABART, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, *cit.*, pp. 30 y 31.

⁴² ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, marzo-abril de 2004, p. 937.

⁴³ Publicada en el *BOE* núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

⁴⁴ En adelante LPPD.

⁴⁵ En adelante Código Civil

⁴⁶ VIVAS TESÓN, *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010, p. 168.

⁴⁷ PEREÑA VICENTE, El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado, en *Diario La Ley*, núm. 5957, febrero de 2004, p. 2; CÁMARA LAPUENTE *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo (dir.), 1.^a ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 726; y DÍAZ ALABART, La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 del Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), *Revista de Derecho Privado*, núm. 5-6, mayo de 2004, p. 1050.

⁴⁸ La sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* es una modalidad de la sustitución fideicomisaria en la que el fiduciario puede disponer libremente de todos los bienes fideicomitados, y solo en el caso de que no haya dispuesto de todos ellos, entonces el fideicomisario heredará el resto de bienes.

⁴⁹ Imaginemos el caso en el que el testador instituye fiduciario sobre el tercio de legítima estricta a su nieto incapacitado, al que al mismo tiempo le deja el tercio de libre disposición y el de mejora. En tal supuesto, los herederos legitimarios del causante deberán esperar a que fallezca el incapacitado fiduciario para poder disfrutar de su tercio de legítima estricta, pero debido a la diferencia de edad, los fideicomisarios premueren al fiduciario. En tal supuesto, aunque los fideicomisarios serán sustituidos en su cuota de legítima estricta por sus herederos, lo cierto es que ellos en vida se habrán visto privados de su legítima estricta.

Otro ejemplo sería el supuesto en el que el testador establece una sustitución fideicomisaria especial de residuo *si aliquid supererit*, y el tutor del fiduciario incapacitado decide disponer de todos los bienes fideicomitados para proteger al incapacitado. En este caso, igualmente el resto de herederos legitimarios quedarían privados de su legítima estricta.

1.5. Obligaciones y contratos

Desistimiento unilateral del arrendatario de local de negocio y cláusula penal a propósito de la STS de 18 de marzo de 2016

The unilateral withdrawal by a tenant and the penalty clause concerned the Sentence of the Supreme Court March 18, 2016

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada y Profesora del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de La Rioja (UR)

RESUMEN: En este trabajo analizamos el desistimiento unilateral del arrendatario de local de negocio y sus consecuencias a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2016 por la que se establece que, en los arrendamientos de local de negocio, si el arrendatario desiste del contrato antes de su finalización sin que exista cláusula que contemple esta posibilidad y sin que el arrendador acepte el desistimiento, procede el pago de la totalidad de las rentas adeudadas. Considerando, también que al no tratarse de una indemnización de daños y perjuicios, no es posible una moderación judicial de su cuantía.

ABSTRACT: *This paper analyses the unilateral withdrawal of the tenant of business local and its consequences with regard to the Sentence of the Supreme Court of March 18, 2016 by which states that in leases business premises if the tenant gives up the contract before completion without any clause providing that possibility without the landlord accepts the withdrawal, it must pay all the rents owed. Considering also that since it is not compensation for damages, it is not possible a judicial moderation of the amount.*

PALABRAS CLAVE: Desistimiento unilateral. Arrendamiento. Cláusula penal. Moderación judicial. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

KEY WORDS: *Unilateral withdrawal. Lease. Penalty clause. Judicial moderation. Supreme Court Case Law.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.— II. EL DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO SEGÚN LA FECHA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.—III. LA SENTENCIA DEL TS DE 18 DE MARZO DE 2016: 1. LOS HECHOS. 2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—IV. LA MODERACIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA

PENAL: 1. REQUISITOS DE LA MODERACIÓN. 2. JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR PARA MODERAR *EX* ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL. 3. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 1154. 4. CRITERIOS DE LA MODERACIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO

La cuestión que vamos a estudiar en este artículo ha sido ampliamente debatida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina y se centra en determinar cuáles son las consecuencias en caso de incumplimiento por el arrendatario de su obligación de respetar la duración del contrato; ya sea por el abandono del inmueble, desistimiento, denuncia o terminación y, en todos estos casos, sin traer causa de un incumplimiento por parte del arrendador:

El artículo 56 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre¹ determinaba, tanto para el arrendamiento de vivienda como de local de negocio, las condiciones en que podía proceder el arrendatario al desalojo del inmueble antes de la fecha fijada para su terminación, lo que se traducía en el reconocimiento de una facultad de desistimiento unilateral no mencionada expresamente como tal en el tenor literal de la ley. El precepto se refería a los supuestos en los que el arrendatario voluntariamente abandonaba el inmueble sin existir la anuencia del arrendador.

En el caso de que tuviera lugar este desistimiento unilateral, el artículo 56 imponía la obligación de notificación por escrito al arrendador o subarrendador así como la de indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta correspondiente al plazo del contrato que quedara por cumplir. Esta última consecuencia se fue matizando por los Tribunales, entendiendo que el arrendador experimentaría un enriquecimiento injusto si, además de la indemnización en los términos indicados, percibiera una renta de un arrendamiento posterior celebrado sobre el mismo inmueble antes de la fecha en que debiera haber concluido el primer contrato. Este segundo arrendamiento podía concertarse gracias a la libre disposición del inmueble obtenida anticipadamente por el desistimiento del arrendatario, siendo sus rentas y la cantidad equivalente a las rentas no satisfechas por el primer arrendatario dos fuentes de ingresos incompatibles entre sí. Por ello, se empezó a considerar que la percepción simultánea de ambas daría lugar a un enriquecimiento injusto del arrendador y para evitarlo, en caso de concertarse este nuevo arrendamiento, la cuantía de la indemnización se reduciría a las rentas que deberían haberse satisfecho hasta la fecha en que comenzase el nuevo contrato².

A diferencia de la LAU 1964, la Ley 24/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos, no contiene una regulación expresa sobre esta cuestión. El artículo 4.2 LAU 1994 establece que los arrendamientos de vivienda se rigen por lo dispuesto en el Título II de la presente ley, en su defecto por la voluntad de las partes y, supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil.

Por su parte, el artículo 4.3 LAU dice que los arrendamientos para uso distinto al de vivienda se regirán por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el Título III de la presente ley y, supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil.

Son escasos los casos en que el derecho común y la legislación especial reconocen un derecho de desistimiento unilateral, entre otros, citamos el artículo 1594 del Código Civil (desistimiento del dueño de la obra en los contratos de ejecución de obra), el artículo 1732 del Código Civil (extinción del mandato por

revocación del mandante o renuncia del mandatario), el antiguo artículo 56 LAU 1964, el artículo 11.2 LAU 1994, así como en la normativa especial en protección de los consumidores y usuarios. En la jurisprudencia se ha venido admitiendo la existencia de esta facultad unilateral en favor de ambos contratantes, solo en contratos de tracto sucesivo en los que no se hubiera fijado plazo de duración con la finalidad de evitar una vinculación perpetua.

II. EL DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO SEGÚN LA FECHA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Para determinar la viabilidad legal de la facultad de desistimiento del arrendatario hay que conocer la fecha del contrato de arrendamiento en cuestión ya que en función de la misma resultará operante la LAU de 1964, el Real Decreto Ley 2/1985, la LAU de 1994 para contratos celebrados antes del día 6 de junio de 2013 o la Ley 4/2013 para contratos celebrados con posterioridad a esa fecha.

1. Desistimiento unilateral en los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a 1 de enero de 1995. Estos contratos de arrendamiento, sean de vivienda o de uso distinto, continúan rigiéndose por el artículo 56 de la LAU de 1964. En dicho precepto se prevé el vencimiento anticipado del contrato en base a estos requisitos:

- a) El arrendatario podrá desistir del contrato de arrendamiento en cualquier momento, preavisando al arrendador o subarrendador con treinta días de antelación.
- b) Abonar una indemnización al arrendador o subarrendador cuya cuantía es la equivalente a indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir.

2. Desistimiento unilateral en contratos de arrendamiento celebrados entre el 1 de enero de 1995 y el 6 de junio de 2013. Para estos contratos continúa aplicándose el artículo 11 de la LAU de 1994, en la redacción dada con anterioridad a la reforma de la Ley 4/2013. En este sentido los requisitos para que el arrendatario pueda resolver de forma anticipada el contrato de arrendamiento son los siguientes:

- a) Solo se admite el desistimiento en contrato con una duración superior a cinco años y una vez haya transcurrido ese plazo.
- b) El preaviso al arrendador es de dos meses, debiéndose acreditar la recepción de esta comunicación mediante la utilización de la vía notarial o el burofax.
- c) Resulta lícito pactar una indemnización a cargo del arrendador de un mes de renta por cada año en vigor que reste por cumplir y para periodos inferiores la parte proporcional. Si se ha estipulado una cláusula de vencimiento anticipado sin ningún tipo de cláusula penal, la jurisprudencia tiene declarado que el arrendador puede tener derecho a una indemnización por daños y perjuicios.
- d) En los contratos de arrendamiento inferiores a cinco años, la ley no contempla la posibilidad de rescindir unilateralmente el contrato por parte del arrendatario y le hace someter su conducta a la obligación del cumplimiento de los contratos. De esta forma, se produce un incumplimiento contractual pues el arrendatario tiene la obligación de cumplir con las

obligaciones pactadas y surgiría un derecho del arrendador a ser indemnizado de conformidad con los artículos 1101, 1124, 1256 y 1556 y otros concordantes del Código Civil. Para los contratos de arrendamiento para uso distinto al de vivienda rige la libertad de pactos de conformidad con el artículo 4.3 de la LAU de 1994.

3. Desistimiento unilateral en los contratos de arrendamiento celebrados a partir del 6 de junio de 2013. La redacción actual del artículo 11, dada por la Ley 4/2013, posibilita el vencimiento anticipado del contrato de arrendamiento de viviendas siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) El arrendatario podrá desistir del contrato con independencia de la duración mínima legal que establece el artículo 9 de la LAU, una vez transcurridos seis meses desde la formalización del contrato.
- b) El preaviso al arrendador es de treinta días.
- c) El legislador remite al principio de autonomía de la voluntad para determinar o no el derecho de una indemnización a favor del arrendador y una obligación a cargo del arrendatario. Sin embargo, el precepto sí fija la cuantía máxima de esta indemnización que se calculará en función de computar una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los periodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización.
- d) De esta forma, las partes no pueden pactar una indemnización cuya cuantía supere este máximo legal, pues esta cláusula sería declarada nula por vulnerar las garantías que tiene el arrendatario en virtud del artículo 6 de la LAU de 1994: «Son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice».
- e) En cuanto a los contratos de arrendamiento para uso distinto al de vivienda, hay arrendatarios de local de negocio que pretenden aplicar dicho artículo 11 para desistir de su contrato, intentando desligarse del mismo sin pagar indemnización, al no haberse estipulado en el contrato. Pero estos arrendamientos se rigen por lo pactado entre las partes en el contrato y si no se ha pactado nada, habría que acudir a lo establecido en la Ley y supletoriamente al Código Civil.

Si nos basamos en la redacción del artículo 11, vemos que se refiere al derecho de desistir para los contratos de alquiler de vivienda, no diciendo nada para los de uso distinto. Por lo tanto, hay que acudir a lo establecido en el del Código Civil (entre otros 1101, 1124 y 1156) y, según estos preceptos, si un arrendatario desiste anticipadamente del contrato de arrendamiento distinto de vivienda de forma unilateral y en el propio contrato no viene pactado nada al respecto, el arrendador podrá solicitar una indemnización por daños y perjuicios. La problemática en estos casos es su cuantificación económica. A diferencia de la LAU 1964, que establecía una indemnización equivalente a la totalidad de las rentas que quedaran por cumplir, la LAU no contiene una regulación expresa, por lo que ya no cabe exigir la totalidad de las rentas, sino que la indemnización se fijará teniendo en cuenta los perjuicios concretos que le ha supuesto a cada propietario esa resolución unilateral, recayendo la justificación de los mencionados perjuicios en el arrendador lo que conlleva muchos problemas de prueba.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MARZO DE 2016

1. LOS HECHOS

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha dictado una sentencia de 18 de marzo de 2016 por la que establece que, en los arrendamientos de local de negocio, si el arrendatario desiste del contrato antes de su finalización sin que exista cláusula que contemple esta posibilidad y sin que el arrendador acepte el desistimiento, procede el pago de la totalidad de las rentas adeudadas. Considerando, también que al no tratarse de una indemnización de daños y perjuicios, no es posible una moderación judicial de la cuantía.

La demanda se interpuso por un arrendador contra su arrendatario de un local para uso distinto de vivienda, que se inició el 1 de julio de 2006 y finalizaba el 30 de junio de 2011 (cinco años).

En procedimiento de juicio ordinario, la arrendadora del local pedía en su demanda que se declarase la subsistencia del contrato de arrendamiento de un local de negocio y se condenase a la parte demandada a continuar dando cumplimiento a las estipulaciones del contrato, y por tanto que los arrendatarios quedasen obligados al pago de las rentas que se han devengado, y todas las que se devenguen durante la tramitación de la sentencia.

La parte demandada se opuso a la demanda y planteó reconvencción solicitando que el contrato se declarase resuelto, con efectos de 30 de junio de 2009, por incumplimiento de la arrendadora, incumplimiento alegado por haberse iniciado obras en la calle donde se situaba el local, las cuales fueron de larga duración y dificultaban el acceso, pero que verdaderamente no impedían el ejercicio de la actividad comercial.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, al considerar que las demandadas habían entregado las llaves del local y la arrendadora lo había tenido a su disposición, pudiendo haber dispuesto del local en cuestión y condenándolas a pagar, solidariamente las rentas adeudadas de siete mensualidades, ejerciendo la facultad moderadora. También desestima la reconvencción al considerar que no había acreditado ningún incumplimiento por parte de la arrendadora.

Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial estimó el recurso revocando la sentencia de Primera Instancia y condenando a las demandadas (arrendatarias) al pago de la totalidad de las rentas que las demandadas dejaron de abonar hasta la terminación según contrato de arrendamiento.

Considera que no procede la moderación en cuanto a la suma indemnizatoria solicitada por impago de las rentas, pues no es de aplicación el artículo 1154 del Código Civil, ni nos hallamos ante una responsabilidad que proceda de un incumplimiento negligente del artículo 1103 del Código Civil.

Asimismo argumenta que el hecho de que la arrendadora tuviera el local a su disposición desde agosto de 2009 y pudiera arrendarlo no significa seguridad de que se encuentre algún interesado que lo arriende en condiciones similares a las pactadas con las arrendatarias y, en todo caso, corresponde a las arrendatarias acreditar que el arrendador pudo arrendar y no lo hizo, sin que se haya probado tal extremo.

Interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, es desestimado por el pleno de la Sala.

2. DOCTRINA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Los arrendatarios demandados interpusieron recurso de casación por considerar infringidos los artículos 1124, 1101, 1103 y 1106 del Código Civil y existir interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con cita de las sentencias de 8 de junio de 1996 y 17 de julio de 2002, que sientan el principio de que el lucro cesante ha de probarse; también cita la sentencia de 9 de abril de 2012 que en un supuesto similar reconoce abiertamente la posibilidad de moderación de la indemnización de los perjuicios con base en que los daños y perjuicios en que consiste el lucro cesante son daños y perjuicios de carácter patrimonial que deben ser indemnizados en caso de incumplimiento contractual con arreglo al artículo 1106 del Código Civil, que tal perjuicio debe ser probado y que la fijación de este tipo de indemnización debe abordarse por los tribunales mediante criterios que busquen un equilibrio que huya tanto del rechazo de lucro cesante como de su admisión incondicional sin prueba alguna, pues debe fijarse su cuantía conforme a la prueba mediante un cálculo razonable y atento a todas las circunstancias concurrentes y a las expectativas previsibles del mercado en torno a las operaciones económicas que se han visto truncadas por el incumplimiento.

La recurrente considera que la sentencia impugnada contradice la doctrina señalada al negar la posibilidad de moderar la cuantía de las rentas, sin que resulte admisible el razonamiento de que debió ser el arrendatario el que probara que el arrendador tuvo ofertas concretas para alquilar el local y fueron rechazadas por el mismo para aplicar dicha moderación, sino que atendiendo al material probatorio de autos no existe indicio o prueba que demuestre las dificultades o impedimentos del arrendador en alquilar el local desde que lo tuvo a su entera disposición.

Sobre las consecuencias del desistimiento unilateral del contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda, cuando ambas partes aceptan la resolución, ha declarado esta Sala en sentencia de 29 de mayo de 2014:

«La sentencia de 9 de abril de 2012 trata de la extinción anticipada del arrendamiento de uso distinto al de vivienda, conforme a la Ley de 1994 y se reclama indemnización por las rentas dejadas de percibir por dicha extinción (desistimiento del arrendatario) anticipada. Recoge la jurisprudencia dictada en aplicación del artículo 56 de la Ley de 1964. Dice literalmente:

«La jurisprudencia de esta Sala de los últimos años, en la cual se declara que “para que sea indemnizable el lucro cesante se requiere necesariamente una evaluación basada en la realidad y dotada de cierta consistencia, como tantas veces ha dicho esta Sala (SSTS de 17 de julio de 2002, 27 de octubre de 1992, 8 de julio y 21 de octubre de 1996, entre tantas otras), pues es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes (SSTS de 29 de diciembre de 2000; 14 de julio de 2003, entre otras muchas), y que únicamente se puede establecer mediante una presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (STS de 27 de julio de 2006)” (STS de 14 de julio de 2006)».

Las razones que justifican la moderación de la cláusula penal en los casos de desistimiento de la relación contractual arrendataria son, en primer lugar, que esta pretende una indemnización global por incumplimiento total del contrato, a partir del desistimiento, siendo así que la cláusula penal tiene como función, además de la coercitiva, la liquidadora de daños y perjuicios (art. 1152 del Có-

digo Civil y sentencias de 26 de marzo de 2009, 10 de noviembre de 2010, 21 de febrero de 2012) y no cabe aplicarla automática y enteramente, cuando consta que es superior a los que se han producido realmente.

Esta doctrina de la Sala, invocada por el recurrente hace referencia a un supuesto de resolución del contrato, aceptada como tal por el arrendador.

En este caso estamos ante una reclamación de cumplimiento del contrato, dado que el arrendador no aceptó la resolución a instancia de la parte arrendataria, ni existió incumplimiento alguno del arrendador que motivara la resolución pretendida por la arrendataria mediante reconvencción. En concreto, en la resolución recurrida no se deduce la aquiescencia del arrendador a la resolución, pese a la entrega de llaves por la arrendataria, ya que cuando el arrendador recibió las llaves se opuso expresamente a la resolución unilateral del contrato, mediante burofax remitido al arrendatario.

El interés del caso está en la distinción entre los tres grupos de casos que se han presentado en la jurisprudencia de la Sala. Son los siguientes:

1. Casos en los que existe en el contrato de arrendamiento de local de negocio una cláusula que otorga al arrendatario la facultad de resolver (*rectius*: desistir unilateralmente) el contrato, quedando obligado a pagar al arrendador una determinada cantidad de dinero (multa penitencial) (sentencias de 23 de diciembre de 2009, 6 de noviembre de 2013, 10 de diciembre de 2013, y 29 de mayo de 2014).

2. Casos en los que dicha cláusula no existe y el arrendatario manifiesta su voluntad de terminar el arrendamiento, pero el arrendador no lo acepta y pide el cumplimiento del contrato, es decir, el pago de las rentas conforme a los vencimientos pactados en el contrato (sentencia de 26 de junio de 2002). Es el caso que ahora analizamos.

3. Casos en los que dicha cláusula tampoco existe pero el arrendatario manifiesta su voluntad de terminar el arrendamiento y el arrendador acepta o acaba por aceptar la resolución del mismo reclamando indemnización de los daños y perjuicios provocados por la resolución (sentencia de 9 de abril de 2012).

La sentencia considera que estamos ante un caso del grupo segundo, razón por la que niega que proceda moderación en la indemnización de daños y perjuicios, pues lo solicitado y concedido no fue una indemnización sino el pago de las rentas adeudadas, al promover el demandante (hoy recurrido), exclusivamente, el cumplimiento del contrato (art. 1124 del Código Civil), unido a que no se aceptó la resolución ni se pactó cláusula penal que permitiese la moderación.

Por tanto, se desestima el recurso de casación, «dado que se condenó al arrendatario al pago de las rentas que se devengaren hasta el término del contrato», sin que conste que el arrendador volviese a alquilarlo, pronunciamiento coherente con la petición de cumplimiento del contrato.

La petición del demandante (arrendador) no excede de los límites de la buena fe, pues si el arrendatario vió mermados sus ingresos por las obras de la calle (como se presume en la sentencia recurrida), también lo debieron ser las posibilidades de obtener un nuevo arrendatario para el arrendador, todo ello por unas obras ordenadas por el Ayuntamiento y que, por tanto, no estaban bajo el dominio del arrendador.

En cualquier caso, el arrendatario no probó que el arrendador volviese a arrendar el local (como se declara en la sentencia recurrida) o que obstruyese

la posibilidad de hacerlo. En concreto se declara en la sentencia recurrida: «No hay prueba alguna de que el demandante desistiese de la firma de un nuevo arrendamiento pese a tener una oferta cierta, real y concreta de arrendarlo».

IV. LA MODERACIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL

1. REQUISITOS DE LA MODERACIÓN

Una de las cuestiones sobre la cláusula penal que mayor interés ha despertado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia es la moderación de la pena. Su fundamento central es el artículo 1154 del Código Civil dice: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Nuestro Código Civil pese a ser de ámbito latino no contiene previsión alguna sobre la posibilidad de moderación de la pena excesiva³ con base en la equidad, sin que haya precepto equivalente al artículo 1152 del Code francés: las partes tienen libertad para establecer la cuantía de la pena, sin necesidad de ajustarse a la de los daños efectivamente causados por el incumplimiento⁴. En cambio, en la moderación judicial por incumplimiento parcial de la obligación principal el artículo 1154 del Código Civil sigue el modelo francés.

Precisamente la naturaleza de la cláusula penal presidida por el principio de autonomía de voluntad de las partes para establecer las modificaciones de la responsabilidad contractual que deseen dentro de los límites legales, nos lleva a entender que la intervención del juez para moderar debe ser restringida a los supuestos contemplados en el artículo 1154 del Código Civil, es decir, a los casos de cumplimiento parcial o irregular, sin que corresponda hacer una interpretación extensiva de dicho precepto⁵.

Siguiendo la línea de restringir la actuación judicial en esta materia propia de los Códigos cercanos al francés, debemos dejar claro que el artículo 1154 del Código Civil no es un cheque en blanco para que el juez discrecionalmente modere la cláusula penal en los casos que le parezca injusta. Para que la moderación sea conforme a derecho tiene que cumplir dos requisitos: que haya existido un cumplimiento parcial o irregular⁶ y que la moderación sea equitativa. Otra cosa es que algunos autores hayan echado en falta la existencia de una facultad similar a la del artículo 1154 del Código Civil para aumentar las penas irrisorias o una regla de carácter general que permita la moderación equitativa de las penas teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Ya hemos visto que el artículo 1154 del Código Civil señala que: «El juez modificará equitativamente la pena». La esencia del precepto radica en que la actuación judicial debe regirse por el principio de equidad lo que obliga a que el resultado obtenido con la moderación sea equitativo para ambas partes. Por lo tanto, puede darse el caso en que, existiendo un cumplimiento parcial de la prestación, si se modera la pena se produzca un resultado faltando a la equidad, supuesto en el que el artículo 1154 del Código Civil no obliga al juez a moderar⁷.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que la moderación depende del cumplimiento parcial o defectuoso, no de la buena o mala fe del deudor⁸. Intentando conciliar esta doctrina con la sentada por la STS de 8 de enero de 1945, que señala como una de las circunstancias a considerar en la moderación la intensidad de la culpa del deudor, SANCHO REBULLIDA⁹ considera que la buena o mala fe del deudor se tendrá en cuenta a efectos

de concretar el *quantum* de la moderación, pero no para determinar si esta procede o no.

En mi opinión la moderación de la pena *ex* artículo 1154 del Código Civil no depende de la mala fe del deudor sino de la existencia de un cumplimiento parcial o irregular, otra cosa es en la línea señalada por SANCHO REBULLIDA, que la buena o mala fe del deudor se tengan en cuenta a la hora de cuantificar la moderación judicial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso con la finalidad de que la moderación sea equitativa.

2. JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR PARA MODERAR EX ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL

Ya hemos visto que este artículo establece la necesidad de que exista cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal para que quepa moderación judicial de la pena. La posición doctrinal mayoritaria¹⁰ entiende que no cabe la moderación judicial de la pena en los casos de incumplimiento total o si en el cumplimiento se incurrió totalmente en la irregularidad sancionada con la pena.

En la jurisprudencia del TS destacan dos líneas en cuanto a la aplicación del cumplimiento parcial o irregular que prescribe el artículo 1154 del Código Civil, una que podemos denominar laxa que atiende a las circunstancias del caso concreto y otra más respetuosa con la estricta literalidad del precepto que exige taxativamente el requisito del cumplimiento parcial o irregular para que tenga lugar la moderación judicial, ambas posturas aparecen claramente descritas en la STS de 5 de julio de 2006, la cual contempla un contrato de arrendamiento de inmuebles por una empresa a una compañía aérea. El contrato incluye una penalización por el incumplimiento contractual de la arrendataria junto con unos intereses de demora desde la fecha de presentación de la demanda. Está claro el incumplimiento de la compañía aérea que abandonó el local antes del plazo estipulado en el contrato sin abonar las rentas correspondientes al tiempo restante del contrato, lo que es discutible es si cabe la moderación de la pena resultante de dicho incumplimiento. Tanto en primera instancia como en la Audiencia se considera que cabe la moderación y el TS en esta sentencia y siguiendo una de las líneas jurisprudenciales¹¹ antes mencionadas también considera que cabe la moderación atendiendo a las circunstancias del caso «para evitar la notoria desproporción que se podría derivar de la aplicación rigurosa del precepto y consiguiente enriquecimiento injusto». Añade transcribiendo un pasaje de la STS de 3 de febrero de 2002 que «es preciso tener en cuenta las circunstancias de cada caso en la doble perspectiva del arrendador, cuyas legítimas expectativas contractuales no cabe frustrar y del arrendatario, al que no cabe gravar con una consecuencia económica exagerada o desproporcionada cuando su comportamiento no es arbitrario, y por eventos de la vida le resulta imposible o muy dificultoso continuar en la relación contractual».

En la misma línea citamos la STS de 4 de octubre de 2007¹² que restringe el rigor de la doctrina que impide moderar las penas cuando se incumple totalmente la obligación, atendiendo a si se trata de un incumplimiento absoluto o parcial y, sosteniendo que puede relativizarse, atendiendo al conjunto de la obligación.

La otra línea jurisprudencial que es la predominante y por la que me inclino, exige para que proceda la moderación que se haya producido un cumplimiento parcial o irregular. Son muchas las sentencias que siguen esta línea, entre otras la

STS de 15 de octubre de 2008 que considera que el artículo 1154 es inaplicable en los casos de incumplimiento total¹³ y en los supuestos en los que el cumplimiento defectuoso o irregular es precisamente el tipo de incumplimiento sancionado con la pena, como ocurre en los casos de cláusula penal en que se prevé precisamente una sanción para la mora de alguna de las partes con subsistencia del contrato¹⁴. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 15 de febrero de 2012: «Constituye presupuesto primordial la existencia de un incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, de modo que el precepto es inaplicable ante uno de carácter total».

Esta tendencia jurisprudencial ha sido tachada por la STS de 5 de julio de 2006 antes analizada como «criterio rigorista de estricta literalidad». Considero que la línea favorable al examen de las circunstancias del caso no es aceptable porque no es respetuosa con el tenor literal del artículo 1154 del Código Civil y porque generaría una gran inseguridad para los contratantes que tendrían que esperar en cada caso cual es «la consideración de las circunstancias» que considera oportuna el TS para saber cuál va a ser la solución del litigio. Si queremos ponderar las circunstancias del caso que hacen la pena desorbitada, nos bastaría con aplicar el artículo 1103 del Código Civil que expresamente lo permite, teniendo en cuenta que para poder apreciar esas circunstancias tienen que tener una entidad tal que, de no hacerlo, la equidad quede gravemente dañada.

A) Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014

Esta sentencia fija doctrina jurisprudencial sobre la moderación judicial de la pena pactada para el caso de desistimiento unilateral de las partes cuando la cláusula penal se declara abusiva y resuelve un recurso de casación que dimana de un procedimiento en el que una empresa de ascensores solicitó la condena de la parte demandada a abonar el importe previsto en la cláusula penal contenida en un contrato de mantenimiento de ascensores por la resolución unilateral del mismo.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al considerar que el contrato contenía cláusulas abusivas que comportaban la nulidad de las mismas determinando la improcedencia de la pretensión indemnizatoria con sustento en dichas cláusulas.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Cádiz pese a mantener el carácter abusivo de dichas cláusulas y sobre la base de la integración del contrato y de las facultades de moderación que establece la legislación de consumidores, estimó parcialmente la demanda y condenó a la comunidad de propietarios al pago de una indemnización.

El Tribunal Supremo anula la sentencia de apelación y confirma la de primera instancia.

La cuestión de fondo planteada se refiere al alcance de la nulidad de la declaración de abusividad de la pena convencional pactada para el caso de desistimiento unilateral de alguna de las partes y, en particular, sobre la facultad de moderación equitativa de la pena.

Al respecto, la Sala considera que la aplicación de la facultad judicial de moderación equitativa de la pena debe ser valorada en este caso en el ámbito del particular régimen de ineficacia contractual que se deriva de la nulidad de una cláusula declarada abusiva en el marco de la contratación bajo condiciones generales, régimen que encuentra su fundamento de aplicación tanto en lo dis-

puesto por la legislación de consumidores y de condiciones generales a tal efecto, como en la propia naturaleza del fenómeno jurídico de las condiciones generales, como un modo de contratar, claramente diferenciado de la naturaleza y régimen del paradigma del contrato por negociación.

El Tribunal señala que esta función comporta un juicio de eficacia de la relación contractual conforme, entre otros extremos, a la naturaleza y tipicidad del contrato celebrado, al engarce o conexión contractual afectada por la cláusula abusiva en cuestión y al cumplimiento obligacional observado, todo ello, conforme al principio de buena fe contractual y a la sanción de enriquecimiento injustificado por alguna de las partes.

Y en base a este criterio, la Sala concluye que no procede la concesión de indemnización a favor del predisponente con fundamento tanto en el juicio o valoración causal de la eficacia contractual, en donde la indemnización pretendida no encuentra asidero en los parámetros de ponderación aplicables, ya en orden a la observancia del principio de buena fe contractual, o bien, en aras a la sanción de enriquecimiento injustificado del adherente, como en la propia imposibilidad de moderar directamente el contenido de la cláusula declarada abusiva.

El régimen de moderación judicial de la cláusula penal establecido en el artículo 1154 del Código Civil se aplica en aquellos casos en que la obligación principal fuere parcial o irregularmente cumplida, pero no se extiende a los supuestos en que por configuración contractual se haya pactado como indemnización en caso de desistimiento unilateral por alguna de las partes. En estos casos, la moderación judicial queda excluida y «la producción del evento específicamente previsto, en nuestro caso el ejercicio unilateral de la facultad de desistimiento, determina la aplicación de la pena sin necesidad de probar la idoneidad de ese hecho en el plano del incumplimiento contractual y, en consecuencia, de los daños contractuales que pudieran derivarse. Todo ello acorde con el principio dispositivo de las partes».

Finalmente, el Tribunal fija como doctrina jurisprudencial que la declaración de abusividad de las cláusulas predisuestas bajo condiciones generales, que expresamente prevean una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes, no permite la facultad judicial de moderación equitativa de la pena convencionalmente predispuesta, sin perjuicio del posible contenido indemnizatorio que, según los casos, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada.

B) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2014

Como estamos viendo, la jurisprudencia del TS reciente es clara en el sentido de afirmar que el juez puede moderar la pena en el caso de que no se produzca exactamente el incumplimiento o evento previsto en el contrato, pero no podrá hacerlo para moderar el importe de la pena cuando el supuesto de hecho previsto en el contrato haya concurrido exactamente, dado que este último aspecto se rige por la autonomía de voluntad de las partes.

En este sentido se pronuncia la STS de 3 de diciembre de 2014, las razones de la sentencia recurrida para considerar procedente la moderación consisten, únicamente, en que el aplazamiento del pago del precio total hasta el momento del otorgamiento de la escritura pública suponía que la incomparecencia del comprador a dicho acto y la consiguiente falta de pago del precio restante debía valorarse como un incumplimiento parcial de sus obligaciones contractuales, lo

que por sí solo, considera que amparaba el ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 1154 del Código Civil.

Menciona la sentencia de 14 de junio de 2006 la cual manifiesta «que cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente la infracción prevista; o por decirlo con otras palabras, que la moderación procede cuando se hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se estableció, de modo que como afirma la doctrina, la finalidad del referido artículo no reside en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente la pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido (sobre ello las sentencias de 15 de octubre de 2008, de 26 de marzo de 2009, de 1 de junio de 2009 y de 31 de marzo de 2010, entre otras)».

Pues bien, la sentencia de apelación no aplica correctamente esta doctrina. La cláusula penal se insertó en el contrato de compraventa en virtud de la autonomía de la voluntad que informa el derecho de la contratación conforme al artículo 1255 del Código Civil, con una doble función punitiva y liquidatoria, según autoriza el artículo 1152, para garantizar el cumplimiento de la obligación principal que no era otra que la de poner en vigor aquel y eximir a la parte favorecida por ella de la necesidad de acreditar los daños y perjuicios sufridos. Y su aplicación resulta en contra de quienes, como los compradores desistieron de forma unilateral y sin justa causa de los contratos de compraventa suscritos negándose a otorgar las escrituras públicas de compraventa y abonar el resto del precio pendiente, que eran precisamente los supuestos de hecho que habilitaban la cláusula penal, con lo que tales obligaciones fueron incumplidas totalmente.

Como en el caso analizado por la sentencia citada, tampoco en el presente caso la sentencia recurrida reparó en que la cláusula penal se pactó libremente por las partes, con doble función punitiva y liquidadora de los daños y perjuicios que se ocasionaran al vendedor, precisamente para el supuesto de que la causa de los mismos estuviera en que los compradores desistieran unilateralmente y sin razón que lo justificase de sus obligaciones contractuales esenciales (es decir, de la obligación de escriturar y pagar en ese momento el precio restante) actuación de los compradores que entrañó un incumplimiento que cabía subsumir en el supuesto de hecho para el que se había establecido la cuestionada penalización, la cual, debía aplicarse en toda su extensión sin que hubiera lugar a moderación. Por tanto, no procedía estimar la pretensión formulada en la demanda con tal propósito, toda vez que la estipulación amparaba a la vendedora para retener íntegramente las sumas percibidas.

3. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 1154

En mi opinión la moderación del artículo 1154 es imperativa para el juez siempre que se cumplan los dos requisitos que antes hemos analizado: cumplimiento parcial o irregular y pleno respeto a la equidad¹⁵. La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de enero de 2012 dice: «El artículo 1154 obliga a moderar la pena de forma imperativa al decir que el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, afirmando en su interpretación la sentencia 79/2002, de 7 de febrero que el artículo 1154 prevé la moderación con

carácter imperativo y en el mismo sentido se pronuncia la sentencia 300/2011, de 4 de mayo en contraposición con el carácter potestativo que se había incorporado al artículo 1805 del Proyecto de 1851 cuando decía: el juez puede modificar equitativamente la pena estipulada». La imperatividad puede también colegirse de la invocación a la equidad que se contiene en el precepto¹⁶.

En cuanto a si las partes pueden acordar válidamente la no aplicación del artículo 1154 del Código Civil, autores como MÁS BADÍA¹⁷ y DÍAZ ALABART¹⁸ entienden que la respuesta debería ser afirmativa. En un sistema en el que se permite el pacto válido de una pena cumulativa, en la que por definición se acuerda que ante el incumplimiento en base al artículo 1255 del Código Civil, el deudor está obligado a pagar una mayor cuantía de la de los daños causados, no hay razón para prohibir la exclusión de la moderación del artículo 1154, el cual no dice expresamente ni con nuestra regulación de la cláusula penal tendría sentido que lo dijera, que no es admisible el pacto en contra.

Si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia¹⁹ han señalado que es una norma imperativa, por lo que cualquier pacto en contrario sería nulo, es cierto también que los autores parten de la idea de que, aunque nada se diga expresamente, la pena se pacta siempre para supuestos de incumplimiento absoluto, por lo tanto si el incumplimiento producido no lo es, cabe la moderación en base al principio de equidad. Ahora bien, al igual que se puede pactar una cláusula moratoria, cuya naturaleza hace que todo incumplimiento sea total y por lo tanto que el artículo 1154 no sea aplicable, también se puede pactar una pena para un cumplimiento irregular o parcial y si es este el que se produce no habrá lugar a moderación alguna²⁰.

Los Principios Europeos de Derecho Contractual (PECL) también parten de la imperatividad de la facultad de moderación cuando la pena pactada fuese manifiestamente excesiva, y ello a pesar de que hubiera alguna previsión en contra en el contrato.

No dice el artículo 1154 si la moderación que estamos analizando ha de ser a petición de parte lo que concuerda con el principio de justicia rogada o si puede realizarse de oficio por el juez como ocurre en el Código francés o belga. Tanto la doctrina²¹ como la jurisprudencia²² se inclinan por la aplicación de oficio.

Finalmente, como indica la STS de 8 de noviembre de 2002 con doctrina reiterada en la 632/2010, de 5 de octubre, la facultad concedida al juez por este artículo no es susceptible de recurso de casación o lo que es lo mismo no es revisable por el TS por tratarse de un juicio de equidad, lo que ratifica la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de enero de 2012.

4. CRITERIOS DE MODERACIÓN

Ya hemos analizado los que establece el artículo 1154, pero cabe preguntarse si pueden existir otras circunstancias que permitan la moderación judicial. PUIG PEÑA²³ dice que la modificación ha de ser equitativa, debiendo tenerse en cuenta los intereses de ambas partes y el beneficio que haya obtenido el acreedor del cumplimiento parcial o irregular. ALBADALEJO señala que el criterio ha de consistir en reducir la pena en proporción a lo que se cumplió, de modo que calculada la pena total para el incumplimiento total, habría que descontar la parte de pena adjudicable a lo que se cumplió como es debido. Otros criterios podrían ser el grado de culpa del deudor incumplidor o la intensidad del perjuicio que se haya ocasionado.

También podríamos considerar como criterio la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, el cambio no previsible de las circunstancias bajo las que se pactó y afectan directamente al equilibrio del contrato.

El criterio jurisprudencial es que aunque el TS haya dicho que no modera el supuesto de cláusulas penales exageradas, de hecho lo hace en algunas ocasiones²⁴. Los Principios Europeos de Derecho Contractual siguen como criterio para moderar que el importe resulte manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento, criterio al que se añade con carácter muy amplio «y a las demás circunstancias», lo que permite tener en cuenta las especialidades que concurran en cada caso.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO GARCÍA, M. (1993). Comentario al artículo 1154, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por él y Silvia Díaz Alabart, tomo XV, vol. 2.º, Edersa, Madrid, pp. 481-489.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (1992). Comentario a la STS de 21 de mayo de 1991, *PJ*, núm. 25, marzo.
- (1993). *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del TS*, ed. Bosch, Barcelona.
- BLANCO GÓMEZ, J. J. (1996). *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, ed. Dykinson, Madrid.
- COLOMÉ, L. (2003). La indemnización por desalojo del arrendatario en el contrato de arrendamiento para uso distinto al de vivienda. *Diario La Ley*, núm. 5749, pp. 1 y sigs.
- DÁVILA GONZÁLEZ, J. (1992). *La obligación con cláusula penal*, ed. Montecorvo, Madrid.
- DE CASTRO VÍTORES, G. (2009). *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, ed. Dykinson, Madrid.
- DÍAZ ALABART, S., Comentario al artículo 1103 del Código Civil, en *Comentarios al del Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol 1.º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 475 a 584.
- *La cláusula penal*, colección Derecho Español Contemporáneo, ed. Reus, Madrid, 2011.
- DÍEZ PICAZO, L. (2006). Cláusula penal y resolución del contrato, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, pp. 385-408.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1990). Comentario a la STS de 22 de octubre de 1990, *CCJC*, núm. 24, pp. 1083-1095.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (1999). La moderación judicial de la cláusula penal, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, pp. 1455-1494.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1998). *Principios de Derecho Civil*, tomo 2, Trivium, 5.º ed., Madrid.
- MASIDE MIRANDA, E. (2006). La cláusula penal, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, pp. 427-523.
- MARTÍN CONTRERAS, L. (2004). *Ley de Arrendamientos Urbanos*. Barcelona: Bosch.
- O'CALLAGHAN, X. (1995). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Madrid: Edersa.

- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula penal en el Código Civil, *ADC*, vol. 46.
- VIVES MARTÍNEZ, G. (2000). *El juez y el abogado ante la cláusula penal y su moderación*, Tirant lo Blanch, Valencia.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 8 de enero de 1945
- STS de 26 de diciembre de 1990
- STS de 27 de octubre de 1992
- STS de 15 de junio de 1993
- STS de 28 de febrero de 1995
- STS de 25 de enero de 1996
- STS de 8 de junio de 1996
- STS de 21 de octubre de 1996
- STS de 29 de diciembre de 2000
- STS de 23 de mayo de 2001
- STS de 26 de junio de 2002
- STS de 3 de febrero de 2002
- STS de 17 de julio de 2002
- STS de 8 de noviembre de 2002
- STS de 4 de julio de 2003
- STS de 5 de julio de 2006
- STS de 14 de julio de 2006
- STS de 27 de julio de 2006
- STS de 4 de octubre de 2007
- STS de 15 de octubre de 2008
- STS de 26 de marzo de 2009
- STS de 1 de junio de 2009
- STS de 23 de diciembre de 2009
- STS de 31 de marzo de 2010
- STS de 10 de noviembre de 2010
- STS de 15 de febrero de 2012
- STS de 21 de febrero de 2012
- STS de 9 de abril de 2012
- STS de 6 de noviembre de 2013
- STS de 10 de diciembre de 2013
- STS de 11 de marzo de 2014
- STS de 29 de mayo de 2014
- STS de 3 de diciembre de 2014
- STS de 18 de marzo de 2016
- SAP de Barcelona de 30 de abril de 2009
- SAP de Asturias de 23 de enero de 2012

NOTAS

¹ El artículo 56 LAU 1964: «Durante el plazo estipulado en el contrato, el arrendatario o subarrendatario lo sea de vivienda o de local de negocio, vendrá obligado al pago de la renta y si antes de su terminación lo desaloja, deberá notificar su propósito por escrito

al arrendador o subarrendador con 30 días de antelación por lo menos é indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato quedare por cumplir».

² Siguen esta doctrina jurisprudencial las SSTS de 15 de junio de 1993, 25 de enero de 1996, 23 de mayo de 2001, 15 de julio de 2002. Contraria a este criterio es la sentencia de 28 de febrero de 1995 la cual no permitió la reducción de la indemnización por arrendamiento posterior apoyándose en que esta circunstancia no se contempla en la ley, que objetiva la indemnización con independencia de los perjuicios realmente causados.

³ La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de enero de 2012 dice: «Sin perjuicio de aquellos supuestos en los que resulta aplicable la legislación tuitiva de los consumidores, también a diferencia de otros ordenamientos que toleran la modificación de las cláusulas penales excesivas y pese a la tendencia que se expresa en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones y en el artículo 9:509 de los Principios Europeos de Derecho Europeo de los Contratos, nuestro sistema actualmente no permite al juez moderar la pena exclusivamente por ser excesiva ya que como afirma la sentencia 473/2001, de 10 de mayo, reproduciendo otra anterior «la cuantía de la misma fue libremente pactada por las partes».

⁴ Solo alguna STS aislada destaca el caso de pena excesiva, pero tratándose de un supuesto de cumplimiento parcial o irregular. La sentencia de 26 de diciembre de 1990 incluso, pese a señalar que la pena es excesiva, la mantiene en virtud del principio de autonomía privada.

⁵ La STS de 1 de junio de 2009 no admitió la moderación en un caso en el que no existió ningún tipo de cumplimiento ya que la finalidad del artículo 1154 del Código Civil «no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino en que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis».

⁶ La STS de 15 de febrero de 2012 dice: «Según la jurisprudencia de esta Sala, para la aplicación del artículo 1154 del Código Civil, constituye presupuesto primordial la existencia de un incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, de modo que el precepto es inaplicable ante uno de carácter total (entre otras SSTS de 3 de octubre de 2005 y 10 de mayo de 2001); y asimismo, con relación al artículo 1103 del Código Civil tampoco procede la moderación equitativa cuando el incumplimiento de la obligación sea completo (por todas STS de 6 de mayo de 2002)».

⁷ La STS de 28 de febrero de 2001, después de decir que el artículo 1154 del Código Civil es imperativo, añade que hay que tomarlo «según la equidad, por lo que en base de tal principio podía (el tribunal) haber mantenido lo pactado al respecto (SSTS de 20 de noviembre de 1970 y 30 de junio de 1981 o modificarlo, indudablemente a menos...». Por su parte, la STS de 5 de diciembre de 2003 en un caso de moderación de la pena acordada, dice que no procede porque el incumplimiento parcial era el previsto en la cláusula y además porque «el comprador que no ha pagado el precio pactado y que aceptó la cláusula penal poseyó la finca desde 1989, es decir, desde hace 14 años». Con el primer argumento ya está claro que no procede la moderación, pero el segundo deja claro que cualquier tipo de moderación sería contraria a la equidad.

⁸ SSTS de 21 de mayo de 1948 y 8 de marzo de 1951; en el mismo sentido se pronuncia DÁVILA GONZÁLEZ en *La obligación con cláusula penal*, ed. Montecorvo, Madrid, 1992, p. 394.

⁹ SANCHO REBULLIDA, F. (1994). La pena convencional en *Elementos de Derecho Civil*, tomo II (Derecho de Obligaciones), vol. I, 3.^a ed. Barcelona: Bosch, pp. 272-284.

¹⁰ En contra de esta idea existe una posición minoritaria seguida por Francisco JORDANO FRAGA, en *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 199 y sigs., y José Miguel RODRIGUEZ TAPIA, en *Sobre la cláusula penal en el Código Civil*, ADC, tomo XLVI, 1993, pp. 582-584, estos autores consideran que «el dato esencial que determina la aplicación del artículo 1154 no es la existencia de un cumplimiento parcial o irregular, sino la existencia de una desproporción en la pena atendidas las circunstancias del caso concreto. El precepto se refiere al supuesto de incumplimiento parcial, por ser un caso en el que se da normalmente esa desproporción, pero ni todo

cumplimiento parcial o irregular da lugar a la moderación de la pena, ni tampoco está prohibida la moderación en casos de incumplimiento total. Por tanto, también en el caso de incumplimiento total procederá la modificación judicial de la pena si es desproporcionada, abusiva o excesiva».

¹¹ En la sentencia se citan como pertenecientes a esta línea jurisprudencial las SSTS de 2 de julio de 1984, 15 de junio de 1993, 25 de enero de 1996, 17 de octubre de 1998, 25 de marzo de 1999, 23 de mayo de 2001, 15 de julio de 2002, 11 de noviembre de 2002 y 15 de diciembre de 2004.

¹² La cual es citada por la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 14 de febrero de 2012.

¹³ SSTS de 30 de marzo de 1999, 7 de febrero de 2002, y 8 de octubre de 2002.

¹⁴ SSTS de 10 de mayo de 2001, 7 de febrero, y 8 de octubre de 2002.

¹⁵ La jurisprudencia también ha seguido este criterio en SSTS de 6 de octubre de 1976, 8 de febrero de 1993, 31 de mayo de 1994, 2 de noviembre de 1994. En contra, SSTS de 26 de mayo de 1980, 11 de mayo de 1982, 23 de mayo de 1990, entre otras.

¹⁶ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (1999). La moderación judicial de la cláusula penal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, pp. 1455-1494.

¹⁷ MÁS BADÍA, M. D. (1995). *La revisión judicial de las cláusulas penales*. Valencia, p. 77.

¹⁸ DÍAZ ALABART, S., *op. cit.*, p. 118.

¹⁹ STS de 211/2009 de 26 de marzo.

²⁰ STS de 20 de julio de 2005. En el mismo sentido la STS de 29 de diciembre de 2009 considera que no procede la moderación porque el incumplimiento producido era precisamente el supuesto contemplado para la eficacia de la pena.

²¹ DÍAZ ALABART, S.: La cláusula penal y las arras en *El contrato de compraventa*, Cuadernos de Derecho Judicial., XXI, CGPJ, 1993, p. 297; Cabanillas Sánchez, A.: «Comentario al artículo 1154 del Código Civil» del Ministerio de Justicia, vol. II, Madrid, 1991, pp. 160 y 161. La postura contraria de que solo cabe moderar a instancia de parte la sigue Díez-Picazo L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Civitas, Madrid, 1993, p. 402 aunque en coautoría con GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1983, p. 383 se muestra partidario de la aplicación de oficio.

²² SSTS de 6 de noviembre de 1987, 12 de diciembre de 1996.

²³ PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español*, tomo III, p. 137.

²⁴ SSTS de 2 de diciembre de 1988, 1 de octubre de 1990, 28 de septiembre de 2006, 10 de diciembre de 2009.

1.6. Responsabilidad

La responsabilidad del trabajo en equipo: una revisión jurisprudencial de sus principios con especial atención en el anestesista

Liability in workgroups: case law review of fundamentals, specially regarding anesthesists

por

ALFONSO SERRANO GIL

Doctor en Derecho. Profesor del Departamento del Derecho Civil de la UNED

RESUMEN: En el presente trabajo analizamos, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, los principios básicos que rigen el trabajo en equipo. En el texto nos detenemos en particular, en dos esenciales a los efectos del artículo: el principio de división de trabajo y el de confianza.

Por otra parte, revisamos el alcance del principio de confianza tanto en la división horizontal de trabajo —en el entendido de que su límite se encuentra en la ruptura de la normalidad—, como en la división vertical, donde cuanto mayor sea la confianza que cabe depositar en el ayudante, menor será el deber de vigilancia que deberá desplegarse respecto de su actividad.

Finalmente, realizamos un análisis jurisprudencial, de las competencias que ostenta el anestesista en cada una de las fases integrantes de la actividad médico-quirúrgica.

ABSTRACT: In this paper we analyze, from a doctrinal and jurisprudential standpoint, the basic ruling principles of teamwork. In the following text we will focus on the study of the principle of division of labor and the principle of trust.

Aside, we make a reference to the scope of the principle of confidence in both the horizontal division of labor —with the understanding that the limit is set in the breakdown of normality—, and in the vertical division, where the greater the confidence that it is deposited in the assistants, the lower the duty of monitoring to be performed in regard to their activity.

Finally, we make a case law review of the competences attached to the anesthetist role in each of the phases throughout the surgical medical activity.

PALABRAS CLAVE: Principio de confianza. División de Trabajo. Anestesista. Cirujano. Competencias.

KEY WORDS: *Principle of trust. Division of labor. Anesthetist. Surgeon. Labour competences.*

SUMARIO: I. REFLEXIONES PRELIMINARES: LA ESPECIALIZACIÓN Y EL NECESARIO TRABAJO EN EQUIPO EN EL MUNDO DE LA SANIDAD.—II. DIAGNÓSTICO, PREVENCIÓN, CURACIÓN Y TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE TRABAJO EN EQUIPO.—III. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO CRITERIO LIMITADOR DE LA RESPONSABILIDAD DE CADA MIEMBRO DEL EQUIPO MÉDICO-QUIRÚRGICO: 1. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA DIVISIÓN HORIZONTAL DE TRABAJO: A) *Competencias y Fases integrantes de la actividad médico-quirúrgica:* a) La fase pre-operatoria. b) La fase intra-operatoria. c) La fase post-operatoria. 2. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN DIVISIÓN VERTICAL.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. REFLEXIONES PRELIMINARES: LA ESPECIALIZACIÓN Y EL NECESARIO TRABAJO EN EQUIPO EN EL MUNDO DE LA SANIDAD

En la actualidad, el ejercicio de la medicina moderna ha exigido una evolución permanente en la ejecución de la actividad sanitaria, de modo que lo más frecuente no es su desempeño por un único profesional, sino que están involucradas distintas especialidades y partícipes de la actividad sanitaria. En su virtud, diagnóstico, pronóstico y tratamiento del paciente, compete a una pluralidad de profesionales quienes, a mayor abundamiento, están coadyuvados por auxiliares sanitarios, como es el caso, entre otros, de enfermeras/os, ayudantes, matronas¹.

Este fenómeno genera, como causa mediata, una creciente especialización e implica, de forma necesaria, que un tratamiento médico requiera de la intervención de diversos profesionales, expertos en áreas muy concretas. Dicha realidad impone la creciente necesidad de una estrecha colaboración entre distintos especialistas de las ciencias de la salud, implicando un preceptivo reparto y distribución de competencias, es decir, una diferenciación y coordinación de deberes y facultades de todos y cada uno de los partícipes del equipo y proceso.

En buena lógica y en previsión de potenciales conflictos, han de ser delimitadas las respectivas responsabilidades en que pueden incurrir los miembros integrantes del equipo médico-quirúrgico, sea desde la perspectiva y ámbito jurídico como del estrictamente sanitario. Por ello, el Derecho Penal ha elaborado distintas teorías con la finalidad de circunscribir la específica responsabilidad de los intervinientes. Responsabilidad de carácter personal y, habitualmente, propia e individual, toda vez que, como norma general, se rechaza la responsabilidad de uno por la incorrecta actuación de otro.

En síntesis y sobre los principios básicos que rigen el trabajo en equipo, conviene subrayar dos. De una parte, el criterio de división de trabajo, en el que cada profesional desempeñará la tarea que le compete tras la distribución de funciones que, en unos casos, será horizontal y, en otros, vertical. De otra, el principio de confianza, depositado en el buen hacer de los otros partícipes que tienen encomendadas parte de las funciones o tareas que, en su conjunto, conforman el acto médico-quirúrgico.

II. DIAGNÓSTICO, PREVENCIÓN, CURACIÓN Y TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DEL TRABAJO EN EQUIPO

Como se ha anunciado, los incuestionables avances y el ejercicio en sí, de la ciencia médica en los últimos tiempos, así como los diversos descubrimientos

acaecidos en esta materia, desembocan en el permanente estado de revisión y actualización de su ejecución y el requerimiento del alto grado de especialización de los profesionales de la salud. De ahí que, en dichas áreas, el trabajo en equipo sea un resultado necesario e imprescindible, derivado de la pretensión de cumplir la finalidad de la ciencia médica en las áreas de diagnóstico, prevención, curación y tratamiento de las enfermedades².

En la actualidad, y circunscrito al ámbito de estudio, la regla general médica, se evidencia en la realización de tareas de contenido médico-quirúrgico entre varias personas, al tratarse de una ciencia —tal y como hemos subrayado— en la que confluyen distintas especialidades³; excepción hecha, como es evidente, del supuesto más que singular, en que todo el acto médico involucre a un único profesional⁴.

A la vista del constante avance de la ciencia médica, hemos pasado de un ejercicio individual en el arte de curar, al de carácter colectivo, fenómeno derivado de esta permanente especialización que fuerza de forma necesaria a que para una misma cura o tratamiento médico haya de actuar una pluralidad de profesionales, expertos en áreas muy concretas.

Es el supuesto de la cirugía, donde el antiguo «médico cirujano», requiere además del concurso y presencia efectiva de otros profesionales de la salud, como entre otros, el anestesiólogo, el profesional de enfermería [...]. Así, YEPES RESTREPO, (1999, 65) precisa que: «La actuación individual del médico es frecuente en algunos tratamientos, pero lo más corriente en lo que al acto médico respecta, es la intervención de un grupo de sujetos que se denomina equipo médico».

La mejor doctrina⁵ ha elaborado la noción del equipo médico⁶ como el conjunto de profesionales de la salud intervinientes en el acto médico-quirúrgico, necesarios para desarrollar adecuadamente la actividad sanitaria. Por su parte, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, (2012, 378 y 471) sostiene que «el equipo puede estar (con)formado, por un lado, por médicos de diferentes especialidades, como anestesistas y radiólogos, que complementan sus funciones entre sí para atender a un único paciente; pero, por otro lado, el médico puede ser ayudado en su tarea por auxiliares, como sucede, por ejemplo, con la relación médico y enfermera». Enumera como elementos característicos del trabajo en equipo, los siguientes: «1. La intervención de varios profesionales de la sanidad, con la misma o diferente titulación. 2. La intervención sobre un mismo paciente. 3. La coordinación de sus actividades».

Cabe destacar que dos son los diferentes roles en los miembros integrantes del mencionado equipo. De una parte, los que desarrollan un rol trascendente e independiente, como sería el caso, del cirujano y del anestesista, cuyo papel es necesario para el desarrollo del propio acto médico y no dependen de otro profesional; de otra, quienes asumen un rol secundario y dependiente, como sería el supuesto de la enfermería, auxiliares y el instrumentador anestésico, subordinados a los demás profesionales, generándose entre ellos unas relaciones de carácter horizontal o vertical en función del grado de competencia, conocimientos y titulación (art. 9. 3 Ley 44/2003, de 21 de noviembre).

Por tanto, en el equipo médico se establecen relaciones de trabajo de modo tal que el desempeño de las funciones realizadas en un determinado procedimiento se desenvolverán mediante dos clases de relaciones: la horizontal y la vertical.

Por otra parte, la medicina en equipo exige, tanto en el ámbito jurídico como en el sanitario, la delimitación de las respectivas responsabilidades de los distintos miembros que lo constituyen. De ahí la dificultad de determinar sobre cuál de sus integrantes debe recaer la infracción del deber objetivo de cuidado, ante el hipotético supuesto de un resultado lesivo para la vida o salud del paciente⁷.

Asimismo, la complejidad, variedad y especialización de las fases por las que atraviesa el tratamiento médico, hace aconsejable un reparto de funciones entre los distintos facultativos y colaboradores partícipes de una misma actividad terapéutica.

Esquema al que, innegablemente, responde el modelo de relaciones entre el cirujano y el anestesista que, con sus conocimientos especiales, cometidos específicos e independencia, se complementan y distribuyen el trabajo en la intervención quirúrgica. En estos términos, se ha pronunciado la jurisprudencia menor, en particular, la SAP de Barcelona, Sección 8.ª, de 12 de mayo de 2000, afirmó que: «El estado actual de la medicina exige estructurar el trabajo en un equipo en el que cada profesional asume específicas funciones. Se produce en el quirófano un reparto horizontal de tareas, de manera que cirujano y anestesista se distribuyen estas sin que exista entre los mismos una relación de dependencia jerárquica [...]».

Por su parte, la literatura especializada (SILVA SÁNCHEZ, 1994, 57) ha precisado que «los términos actuales que caracterizan la relación entre anestesista y médico-cirujano son los de trabajo en equipo con división de trabajo horizontal, responsabilidad autónoma y confianza, lo que significa que el anestesista es autónomo en el cumplimiento de las obligaciones que le competen antes, durante y después de la operación quirúrgica, mientras que el cirujano es competente para la decisión sobre el sí, el cómo y el cuándo de la operación».

En definitiva, con el principio de división de trabajo en equipo se permite al médico concentrarse en los cometidos específicos para los cuales está cualificado y, se garantiza gracias a la distribución de tareas entre cada uno de los miembros del equipo, la eficaz protección y la adecuada asistencia médica al paciente⁸.

De conformidad con este principio, con acierto se ha sostenido (VALLEJO JIMÉNEZ, 2014, 56) que «cada miembro del equipo sanitario deberá realizar su actividad en la parte que le corresponda, tras la aplicación de un plan de división de funciones que, en unos casos, será de forma horizontal y en otros, de forma vertical». Con ello se atiende a esta nueva realidad, donde cada miembro del equipo médico está preparado para el cumplimiento de una actividad específica. Función que reclama conocimientos especiales, en los que es habitual que el resto de miembros no esté suficientemente cualificado, incluido el cirujano jefe.

Con el objetivo y finalidad de que la aplicación de este principio basado en la división de trabajo en equipo llegue a buen puerto, la doctrina⁹ se ha planteado, tanto la conveniencia de analizar casuísticamente las funciones desempeñadas por cada integrante, como el esclarecimiento de los deberes de cuidado que recaen sobre cada miembro del equipo.

A lo anterior y, con la intención de proteger en todo momento al paciente, se añade la necesidad de tener presente la clase y urgencia de la intervención quirúrgica, la modalidad de la división de trabajo, el estado de formación y la fiabilidad de los colegas y colaboradores¹⁰.

En este punto, téngase presente que, aunque el principio de división de trabajo en equipo se incorpora a la moderna actividad médica por sus reconocidas ventajas, lo cierto es que al tiempo puede ser una fuente de riesgos. Así, la SAP de Alicante, de 29 de enero de 1998, estableció: «Presenta múltiples ventajas, tales como una distribución razonable del trabajo y concentración de cada miembro del equipo en sus tareas específicas». No obstante, añade, «es asimismo una clara fuente de peligros ya sea por falta de cualificación de alguno de sus miembros, por fallos de comunicación entre ellos o por deficiencias en la coordinación del

propio equipo médico de las que se pueden derivar resultados típicos debiendo determinar a qué miembro/s se ha de imputar personalmente la responsabilidad de la lesión lo que se hará conforme a las funciones y competencias que tienen cada miembro del equipo».

Un importante sector doctrinal¹¹ tiene bien presente que, pese a las incuestionables ventajas del trabajo en equipo como mejor medio para garantizar la adecuada asistencia al paciente, al tiempo es una fuente de controversias en cuanto habrá de fijarse con exactitud las competencias y responsabilidades de sus intervinientes. Así, CARSTESSEN (1966, 221), identifica y resume los peligros propios de la división de trabajo, en los siguientes: «a) Peligros derivados de la deficiente cualificación técnica de algunos intervinientes o colaboradores: el jefe de equipo ha de tomar, para conjurarlos, medidas de vigilancia, introducción y control; b) Peligros derivados de una deficiente comunicación entre los intervinientes y entre el jefe de equipo y sus colaboradores. Para prevenirlos conviene extremar la diligencia en la llevanza del libro de visitas, el historial y la hoja del enfermo, y la constancia escrita de las instrucciones dadas por el jefe del equipo a sus colaboradores auxiliares; c) Peligros derivados de una coordinación deficiente; d) Peligros derivados de fallos de organización y, e) Peligros derivados de una deficiente valoración de la capacitación o conocimiento de los intervinientes en la actividad sanitaria concreta»¹².

En cuanto a las modalidades tradicionales deducidas del principio de la división de trabajo en equipo, cabe diferenciarlas por el tipo de relación que guardan entre sí los miembros del equipo. De este modo se presenta, de una parte, la división de trabajo horizontal que tiene lugar entre profesionales que por su capacitación, competencia e independencia se encuentran en situaciones de igualdad —es decir, entre profesionales en relación de igualdad, desempeñando cada cual funciones entre sí complementarias, siendo el caso más habitual, típico y paradigmático la relación entre el cirujano y el anestésista que se complementan y dividen el trabajo en la intervención quirúrgica— y, de otra, la división de trabajo vertical, donde está presente una relación de jerarquía, una relación de supra y subordinación. Por tanto, la división vertical es la que tiene lugar entre profesionales ligados por una relación de jerarquía, como se da entre cirujano jefe y cirujanos asistentes o, entre jefe y enfermeros.

En definitiva, las modalidades establecidas en el principio de división de trabajo en equipo son claramente diferenciables. En la horizontal se producen relaciones entre iguales —basadas en la independencia, complementariedad e igualdad— y organizadas según criterios de competencia; de ahí que cada profesional asuma sus funciones específicas, así la relación entre anestésista y cirujano. Por el contrario, en la división vertical, la vinculación es de carácter subordinado y, en buena lógica, está distribuida según principios jerárquicos, como pueda ser el supuesto de ginecología/matronería.

III. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO CRITERIO LIMITADOS DE LA RESPONSABILIDAD DE CADA MIEMBRO DEL EQUIPO MÉDICO-QUIRÚRGICO

El principio de confianza limita la responsabilidad penal de los sujetos intervinientes en la actuación conjunta proveniente de divisiones horizontales o verticales surgidas en el seno del trabajo del equipo médico-quirúrgico. Además, y al igual que ocurre con el principio de división de trabajo en equipo, ha sido

utilizado como un criterio limitador de la responsabilidad que ostenta cada uno de los miembros en el equipo médico-quirúrgico.

Como ha sido bien subrayado (VALLEJO JIMÉNEZ, 2014, 57) «el postulado básico del principio de confianza indica que en las actuaciones conjuntas cada uno de los intervinientes puede confiar en que el resto de los que con él interactúan realizarán correctamente su trabajo, es decir, que actuarán conforme al deber objetivo de cuidado».

En este sentido, la doctrina mayoritaria¹³ sostiene que el principio de confianza delimita y circunscribe el deber de cuidado de cada uno de los intervinientes en el equipo. Conviene destacar que cuando dos o más personas realizan una misma actividad, todas ellas habrán de estar atentas a la actuación ajena. De ahí que el principio de confianza delimite y establezca hasta dónde ha de llegar la atención y el cuidado de cada uno de los integrantes del equipo.

En buena lógica, será de aplicación este principio de confianza cuando intervengan varios sujetos en la actividad de carácter peligroso (en la que el riesgo es inherente), y cada uno pueda confiar en que el resto actuará correctamente. Con todo, cabe desvirtuar esta presunción si, llegado el caso, se presentasen circunstancias especiales¹⁴.

Sin embargo, un sector doctrinal (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, 2010, 286) estiman que «este principio no puede pretender una vigilancia absoluta cuando es evidente que alguien va a defraudar esa confianza [...]». Otros, sobre este presupuesto y la atención médico-sanitaria, sostienen que: «Implica que el cirujano puede, en principio, confiar en que sus colaboradores (anestésista, ayudantes, enfermeras) se comportarán diligentemente, en tanto no concurren en el caso concreto circunstancias especiales —como la falta de cualificación, inexperiencia, ineptitud, descuidos graves—, reconocibles, que le hagan pensar en lo contrario [...]. El principio de confianza tiene importancia y sentido en la actividad médico-quirúrgica, aplicable tanto en la división de trabajo horizontal como en la vertical, en cuanto evita la sobrecarga de trabajo (y la posible exasperación de los deberes de diligencia) del médico jefe del equipo, hace posible una mayor concentración en su cometido (empleo de la adecuada técnica quirúrgica) y proporciona la necesaria seguridad en la eficacia del trabajo en equipo» (JORGE BARREIRO, 1990, 119).

En definitiva, la aplicabilidad de este principio no será automática en toda actividad médica, sino que dependerá de la división horizontal y vertical del trabajo en equipo.

Hecha la anterior precisión, y aludiendo a la relación horizontal entre cirujano y anestésista, SILVA SÁNCHEZ (1994, 42) define el principio de confianza del modo siguiente «cada especialista puede contar en principio con la colaboración correcta del colega de la otra especialidad; solo excepcionalmente, esto es, cuando consta la comisión de una infracción del deber de cuidado por el otro o existan dudas sobre su cualificación o fiabilidad, surge un deber de cuidado (que algunos denominan secundario), cuyo incumplimiento puede conducir a imputar el resultado lesivo al cirujano, por ejemplo, que ha confiado, ya indebidamente, en una conducta diligente del anestésista». Y, partiendo de la premisa anterior VALLEJO JIMÉNEZ (2014, 58) acertadamente sostiene la necesidad de «tener en cuenta que, si bien el principio de confianza sirve como criterio delimitador de la responsabilidad penal de trabajo en la relación vertical u horizontal, este no opera de manera absoluta en la actividad médico-sanitaria». Adicionalmente, precisa «a que no siempre el profesional de la salud que haya realizado alguna actividad en equipo va a poder argumentar en su favor que su comportamiento

(descuido) obedece a la confianza que le reporta la actuación de sus demás compañeros de equipo».

En suma, uno de los perfiles esenciales del principio de confianza es la delimitación de su aplicabilidad, es decir, hasta dónde puede confiar un sujeto en la correcta actuación de los que con él interactúan en el desarrollo conjunto de una actividad.

1. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA DIVISIÓN HORIZONTAL DE TRABAJO

Coinciden doctrina¹⁵ y jurisprudencia¹⁶, que el principio de confianza opera con mayor intensidad en las relaciones de división horizontal de trabajo, dado el carácter autónomo e independiente de las funciones desempeñadas por cada facultativo, al encontrarse en igualdad por lo que se refiere a su elevada formación y especialización académica. En estos supuestos la regla básica es dicho principio, ya que cada uno de los intervinientes en la operación quirúrgica puede y debe confiar en la correcta realización de las funciones por parte del otro, siempre y cuando la confianza esté fundada atendidas las circunstancias concurrentes al supuesto concreto.

No obstante a lo anterior, no han faltado autores que excluyen la aplicabilidad del mencionado principio. Así, VILLACAMPA ESTIARTE (2003, 193, 201) sostiene que «únicamente será necesario recurrir al principio de confianza cuando se trata de cualquiera de estas dos situaciones; bien porque, sin existir relación jerárquica, la competencia de quien confía sea estrechamente dependiente de aquel en quien este confía (interdependencia de la función), o bien porque, en virtud de la posición jerárquicamente superior de quien confía, subsistan una serie de obligaciones de control sobre la actividad del destinatario de la confianza». Para este autor, ello requerirá que quien se excuse del cumplimiento de una competencia de carácter autónomo, su intervención se haya circunscrito al desarrollo de dicha cualificación, desestimándose su alegación caso de que se arrogue competencia ajena: «Esta situación explica la responsabilidad en que puede incurrir el cirujano en determinados supuestos en que el anestesista abandona el quirófano». Y, precisa que «en concreto, es lo que sucederá cuando el anestesista abandona el quirófano sin que ningún otro interviniente en la operación, al margen del cirujano, asuma la función de control de las constantes vitales, lo que efectivamente hace dando su conformidad al abandono».

Sin embargo y pese al reconocimiento de la eficacia de este principio en las relaciones de división horizontal, la circunstancia de tratarse de una actividad entre especialistas de diferentes ramas, ha originado numerosas controversias doctrinales¹⁷ en torno a si este principio opera de forma absoluta o si, en su defecto, presenta una aplicación limitada.

En este sentido, la doctrina mayoritaria es partidaria de trazar límites que de forma más o menos nítida acoten los márgenes de validez del principio de confianza en el ámbito de la división horizontal de trabajo. De este modo, GÓMEZ TOMILLO (2008, 72) sostiene que «la lógica estructural de la distribución de tareas descansa en la delimitación de ámbitos competenciales marcados por las respectivas especialidades, no puede olvidarse la filosofía misma que está en la base del reconocimiento del principio de confianza. Si este se admite es porque se trata de una exigencia mínima para permitir el correcto desenvolvimiento de la división de funciones; es decir, la confianza se protege porque, si bien es verdad que lo contrario dotaría de mayores garantías al éxito de la labor conjunta,

se considera no solo admisible sino también conveniente confiar en la correcta actuación de los otros colegas para así agilizar la práctica médica y permitir que cada profesional se centre tan solo en su específica tarea».

En virtud de lo anterior, la doctrina¹⁸ se opone a que dicho límite opere bajo una vigencia ilimitada, en el entendido de que por regla general los profesionales en supuestos de división horizontal pueden confiar en el trabajo que cada uno realiza, debiendo interrumpirse este grado de confianza si se apreciase una infracción en la diligencia debida por parte del tercero. En este sentido, VILLACAMPA (2003, 217) destaca algunas de las situaciones que, a su juicio, podrían presentarse en este tipo de relaciones que limitan la aplicabilidad de la confianza absoluta: «En las especialidades en las que se configura una relación analítica el facultativo encargado de emitir un diagnóstico va a depender de los resultados que emitan las pruebas diagnósticas; por ejemplo, el anestesista puede determinar el grado de narcosis atendiendo al resultado del electrocardiograma [...]». Y añade, «en este supuesto se podría suponer que el facultativo puede confiar en la correcta ejecución de las pruebas diagnósticas; sin embargo, si este llegará a constatar la concurrencia de una conducta descuidada del analista en función de los conocimientos propios que desarrolla y decidiera, no obstante, utilizar la prueba para la emisión del diagnóstico o la aplicación de un determinado tratamiento, en el caso de que se llegará a producir un resultado lesivo para la vida o salud del paciente, ambos deberán responder a título de imprudencia».

En síntesis, la admisibilidad del principio de confianza no deja lugar a dudas, al concebirse como exigencia mínima para el correcto desenvolvimiento de la división de funciones. De ahí el interés de proteger la confianza, dada la irrefutable conveniencia de depositar plena confianza en la actuación del resto de facultativos intervinientes en la actividad médico-quirúrgica; y todo ello, con una doble pretensión, agilizar la práctica médica y, permitir que cada profesional se centre en particular en su concreta tarea.

Otro extremo de interés, directamente relacionado con la figura, es fijar dónde está el límite entre el principio de confianza y la división horizontal. Cuestión solventada por la doctrina mayoritaria, en el entendido de que se encuentra en la ruptura de la normalidad. De ahí que la vigencia del mencionado principio se extienda, únicamente, a casos y riesgos cotidianos y, por tanto, en ausencia de los presupuestos de dicha normalidad que permitan confiar en la correcta actuación de terceros, deba refutarse cualquier aplicabilidad técnica del mencionado principio.

En suma, el límite entre el principio de confianza y la división horizontal estará fijado en las circunstancias en que existan motivos fundados para desconfiar de la correcta actuación del tercero, o en su caso, indicios que evidencien su incorrecta actuación, como por ejemplo si el facultativo manifestase agotamiento o careciese de las condiciones físicas mínimas para practicar la intervención médico-quirúrgica¹⁹.

En el ámbito médico en equipo —frente a otros contextos— concurren ciertas peculiaridades que matizan la aplicabilidad de las reglas concurrentes en el principio de confianza. Es el supuesto del desempeño de una actividad por un grupo acotado de personas, lo lógico es que dichos sujetos realicen intervenciones de forma conjunta y reiterada, de ahí que ostenten un conocimiento recíproco de sus cualidades. No obstante, puede originarse una quiebra de confianza con más facilidad en este escenario frente a otros, toda vez que la confianza en cualquier otro ámbito, en absoluto es idéntica a la subjetiva sobre la precisa ejecución de funciones en el seno del equipo médico. Con todo, el conocimiento intersubjetivo

sobre la capacidad y habilidad del resto de los miembros del equipo proporciona indicios para desconfiar, en su caso, de la actuación de sus intervinientes, atendidas las reglas de cuidado y cautela por parte del tercero²⁰.

Asimismo, la división de trabajo médico horizontal se encuentra directamente relacionada con el principio de confianza. De modo que los facultativos intervinientes en la intervención y en beneficio de su desarrollo ordenado deben poder, como regla general, confiar en una colaboración profesional del facultativo de otra especialidad.

Téngase presente que, en las divisiones horizontales de trabajo en equipo en la actividad médica, el grado de confianza existente entre los distintos facultativos es sumamente elevado. Se trata de actividades de carácter concatenado en las que resulta preceptiva la observancia de unos criterios mínimos de atención a los comportamientos de cada uno de los profesionales intervinientes en el equipo. Ante ello, la apreciación, por alguno de los miembros del equipo, de un comportamiento irregular de otro colega que pueda suponer incumplimiento del deber de cuidado, originará el decaimiento automático del principio de confianza. En suma, todo ello comportará la inoperancia de este principio de forma absoluta y, por tanto, dependerá de la ruptura de normalidad acaecida.

En suma, el principio en la división horizontal de trabajo, queda afectado y limitado, en todos aquellos supuestos en los que cualquiera de los partícipes en la intervención médico-quirúrgica —en igualdad con el resto de facultativos— advierta una infracción del deber objetivo de cuidado por parte de otro de sus miembros en el desempeño de su actividad.

De modo que, no será digna de confianza la actividad desempeñada por alguno de los facultativos del equipo médico —en los casos de división horizontal de trabajo— para el supuesto de pérdida en la normalidad y, se deberá limitar su aplicabilidad en aquellos otros en los que cualquiera de los intervinientes, en situación de igualdad competencial con el resto de compañeros, advierta de la concurrencia de una clara e inminente infracción del deber objetivo de cuidado por parte de alguno de sus colegas, circunstancia en que la confianza derivada en el trabajo del otro decaerá.

A) Competencias y Fases integrantes de la actividad médico-quirúrgica

Partiendo de la premisa de que el límite entre el principio de confianza y la división horizontal de trabajo se encuentra en la ruptura de la normalidad, conviene precisar en qué momento o fase se produce la pérdida de confianza y nos adentramos en una situación crítica. Así, DE VICENTE REMESAL y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (2007, 176) precisan: «En la división horizontal de trabajo —y más aún en las intervenciones sucesivas de profesionales, en caso de considerarlas trabajo en equipo propiamente dichas— la confianza entre los profesionales es algo que viene dado de antemano por la propia cualificación específica en diferentes ámbitos de los que se deriva la real imposibilidad o dificultad de su control por parte del responsable del equipo. Aunque hay un sujeto que sume globalmente el hecho, este parte de la confianza en los otros miembros del equipo, por su cualificación y especialización; circunstancias estas, por otra parte, que pueden y suelen no concurrir en el responsable del equipo y que, por ello, no estará capacitado para conocer y controlar lo que sobrepasa en el ámbito de su especialización».

De lo anterior se desprende como VALLEJO JIMÉNEZ (2014, 61) acertadamente precisa, que «el problema de la limitación del principio de confianza radica en lograr identificar en qué momentos decae la normalidad y en cuál de los intervinientes surge la obligación de neutralizar el peligro».

De esta forma, la doctrina²¹ sostiene que, en un procedimiento médico-sanitario donde intervienen diferentes sujetos en división horizontal de trabajo, en primer lugar ha de concretarse las diversas competencias y deberes de cuidado de cada uno de ellos. Así, la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 29 de julio de 1998, ha establecido que: «[...] para una actividad profesional correcta en anestesiología, se requiere un quehacer acorde con los siguientes presupuestos: 1. El registro de todo el proceso relacionado con la anestesia del paciente. 2. Los estándares para la valoración pre-operatoria, pruebas complementarias pre-operatorias, pre-anestesia y cuidados post-anestésicos, en cuyo apartado se incluirá: a) la evaluación pre-anestésica, cuya finalidad es la valoración y preparación del paciente para la anestesia con el mínimo riesgo posible, lo que lleva consigo la revisión de la historia clínica, entrevistas con el interesado, examen físico completo, determinación de su estado físico, información del plan anestésico al enfermo, o, en su caso, al familiar responsable, y medicación anestésica; y b) per-anestesia: monitorización del enfermo y registro de signos vitales, manejo de las vías respiratorias, dosis de los fármacos utilizados y control de líquidos».

De lo que resulta que los estándares de monitorización básica intra-operatoria se deben aplicar a todo acto anestésico, salvo circunstancias de emergencia, suponiendo: «a) la presencia continua del anestesiólogo para monitorizar al paciente y proveer la atención anestésica; y b) la permanente evaluación monitorizada de: 1. La concentración inhalatoria de oxígeno en el circuito respiratorio, que se debe medir con un analizador provisto de una alarma, aparte de la necesidad de una iluminación y exposición adecuada del paciente para la valoración de la coloración a los efectos del control de la oxigenación sanguínea; 2. La conveniente y continua evaluación de la ventilación; 3. Con referencia a la circulación, el paciente deberá tener su trazado continuo del electrocardiograma visible, con el control, al menos, cada cinco minutos, de la tensión arterial, ritmo cardíaco y saturación de oxígeno y, c) post-anestesia, comprensiva de la evaluación y los controles del paciente en la unidad de recuperación post-anestésica».

En suma, las fases que integran la actividad médico-quirúrgica, se concretan en la fase pre-operatoria, que es la que antecede a la intervención; la intra-operatoria, es decir, la que tiene lugar durante la intervención y, finalmente, la post-operatoria, que como su propio nombre indica es la posterior a la intervención quirúrgica.

a) La fase pre-operatoria

En esta fase pre-operatoria o previa a la intervención el anestesista deberá cumplir con los deberes que le son específicos, es decir, la realización de los exámenes previos a la administración de la anestesia.

En este sentido, MANJUNKE (1988, 123) ha concretado estos deberes en los siguientes: el estado de salud y edad del paciente, modalidad y duración de la intervención y el procedimiento de narcosis proyectado; posibles factores de riesgo que pueden afectar al paciente y, finalmente, un informe sobre los antecedentes y el historial clínico del enfermo. Además de las medidas terapéuticas encaminadas a una adecuada preparación del paciente para la anestesia.

De modo que, este facultativo será quien deba intervenir adoptando las medidas de examen previo y del procedimiento narcótico proyectado, por tanto, la consulta externa de anestesia y la visita pre-operatoria tendrá como finalidad el conocimiento, la valoración y la preparación del paciente para la anestesia con el mínimo riesgo posible.

En esta fase las conductas del cirujano y del anestesista serán totalmente independientes, siendo responsabilidad del anestesista: la revisión de la historia clínica, es decir, tanto de los datos objetivos diagnósticos suministrados por el laboratorio, los electrocardiogramas, la radiología [...] como la revisión de hojas anteriores de anestesia; la entrevista con el paciente incluyendo historial de medicaciones, alergias, experiencias anestésicas previas, historial familiar, hábitos; examen físico completo; examen físico del enfermo según la clasificación ASA²², especificando las patologías asociadas médicas y quirúrgicas y, valorando el riesgo anestésico quirúrgico, es decir, la posibilidad de daño o lesión durante o después de la actuación profesional del especialista; la información del plan anestésico al paciente —incluyendo el consentimiento expreso y por escrito— y, finalmente, la pre-medicación anestésica.

Asimismo, las exigencias de cuidado estarán condicionadas, entre otras circunstancias, por el factor tiempo, es decir, al carácter urgente o no de la intervención. En este sentido, la jurisprudencia menor presenta una postura coincidente a la establecida por la doctrina. En particular, en la SAP de Cantabria, de 15 de febrero de 1996, ventiló un asunto en el que, en una intervención no urgente, se omitió la radiografía de tórax de una paciente obesa y no se tuvo en cuenta que no habían transcurrido seis horas desde la última ingesta alimenticia. Como consecuencia de las maniobras de intubación, se produjo una parada respiratoria, que el anestesiólogo no afrontó adecuadamente ni adoptó las medidas técnicas oportunas, como la práctica de una traqueotomía de urgencia, a la que no procedió hasta pasados tres minutos, falleciendo la paciente por anoxia cerebral, a consecuencia de parada cardiorrespiratoria. El Tribunal consideró que: «La omisión de las pruebas pre-operatorias, a no ser que medie urgencia en la intervención, es constitutiva de imprudencia temeraria»²³.

Asimismo, y teniendo en cuenta que la modalidad del procedimiento anesthesiológico a aplicar deberá ajustarse al plan de la operación trazado por el cirujano, las competencias del anestesista quedarán circunscritas exclusivamente a la toma de decisiones sobre las peculiaridades, la oportunidad e indicación de los medios y procedimientos anesthesiólogos. Por otra parte, caso de que surjan discrepancias entre estos facultativos sobre el plan de operación, se prevé la posibilidad de que el anestesista se niegue —por los riesgos que llevaría consigo— a colaborar en la operación proyectada. En este supuesto, si todavía no ha comenzado la intervención quirúrgica, lo lógico es que su oposición determine la imposibilidad temporal de realizarla. No obstante, cabe la posibilidad de que el cirujano pese a dicha negativa proceda a realizar la intervención, asumiendo las funciones propias del anestesista o, reemplazándolo por otro facultativo.

A tal respecto, MAJUNKE (1988, 132-133) precisa que «si en tales casos el anestesista se negase a prestar su colaboración, quedaría exento de pena en lo que a la responsabilidad por el hecho principal se refiere».

Por tanto, los supuestos más relevantes de responsabilidad propia del anestesista, en esta fase pre-operatoria, son: de una parte, la utilización y revisión de aparatos técnicos y, de otra, la preparación y control de la sangre para las posibles transfusiones al paciente.

En relación al primer supuesto, un sector doctrinal, sostiene que los daños o lesiones más importantes que puede sufrir el paciente con motivo de la anestesia proceden en buena parte de los casos de fallos o averías en las instalaciones y aparatos técnicos. MAJUNKE (1988, 135) entiende: «El éxito de la anestesia, dependerá en gran medida del buen funcionamiento de los aparatos técnicos que se encargan de mantener las funciones vitales del paciente».

En este sentido, en la STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 10 de noviembre de 1980 —siendo ponente LATOUR BROTONS—, fueron condenados ambos facultativos por las graves lesiones originadas al menor intervenido, debido al uso negligente de una manta eléctrica durante la intervención quirúrgica. Son sus argumentos: «Los médicos por su mayor preparación, experiencia profesional y funciones directivas que de hecho ejercían en la intervención quirúrgica, pudieron perfectamente prevenir —pues conocían los riesgos de la manta— e impedir las lesiones expresadas».

Por su parte, en la STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 13 de noviembre de 1992 —siendo ponente GARCÍA MIGUEL—, fue absuelto el anestesista ante el fallo en las instalaciones técnicas del quirófano, por lo que suministró al intervenido protóxido de nitrógeno en lugar de oxígeno, causando lesiones graves a la paciente. Declara la resolución judicial: «este acudía al centro hospitalario cuando era llamado para prestar sus servicios como anestesista y actuaba en la confianza de que quienes tenían la obligación de comprobar y vigilar las instalaciones de gas del quirófano cumplirían con su cometido».

Por tanto, la responsabilidad del anestesista fundada en los principios de división de trabajo y de confianza, permitirá su exención si el buen uso y mantenimiento de los aparatos técnicos es competencia del personal técnico especializado.

Por lo que se refiere al segundo supuesto, es concebido como uno de los cometidos propios del anestesista, quien deberá proceder personalmente al control e identificación del grupo sanguíneo del paciente, así como constatar la correspondencia con la de la sangre almacenada y a transfundir²⁴.

En relación con lo anterior, MARTÍNEZ-PEREDA (1994, 285) sostenía que «este grupo es uno de los casos que constituye uno de los supuestos típicos que dan lugar a la condena por conducta imprudente del anestesista».

En la STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 7 de diciembre de 1993 —siendo ponente MONTERO FERNÁNDEZ-CID—, fue condenado el anestesista como autor de una falta de imprudencia simple sin infracción reglamentaria, por anestesiar a una niña de cinco años para la práctica de una amigdalotomía por disección, y que tras la misma presentó varios vómitos de sangre, motivados por una hemorragia del lecho amigdalino izquierdo, por lo que el otorrinolaringólogo ordenó su traslado al quirófano para dar unos puntos de sutura a ese nivel, y a la vista de la anemia quirúrgica, solicitando a tal efecto sangre del grupo 0 Rh negativo, comenzando la inducción y apareciendo súbitamente, a los tres o cuatro minutos de la transfusión una bradicardia, por lo que aplicó oxígeno puro, forzando la entrada de la sangre con presión produciéndose una parada cardiaca y falleciendo la niña. Concretamente, el TS señaló en su fallo que: «el anestesista no agotó las medidas de cuidado exigibles que le imponía su posición de garante del riesgo, por lo demás la rápida y fácil realización al no comprobar el grupo sanguíneo de la niña (que era del grupo sanguíneo B), ni practicar un elemental análisis de sangre para confirmar su estado, en un supuesto que la Sala estimó no era de emergencia y, que no facultaba, por tanto, para prescindir de tales medidas de cuidado o cautela»²⁵.

b) La fase intra-operatoria

En esta fase intra-operatoria²⁶ o durante la intervención quirúrgica las conductas del cirujano y del anestesista serán inter-dependientes. Las responsabilidades del anestesista, entre otras, quedan circunscritas a todo lo relacionado con el mantenimiento de los signos vitales del enfermo en condiciones óptimas y la conducción de la narcosis²⁷.

Téngase presente que los reparos del anestesista se limitarán, necesariamente, a los riesgos dimanantes de la anestesia, por el contrario, el cirujano debe sopesar en su decisión, o no, de intervención quirúrgica, elementos más amplios, debido a que su resolución final será fruto tanto del juicio aportado por el anestesista en relación al peligro de la narcosis, por la situación que presente el paciente, como de la ponderación de los riesgos de la intervención.

Por tanto, el poder decisorio del anestesista —en su condición de especialista en narcosis— queda circunscrito a su oposición a la anestesia del paciente si valora como muy elevado el riesgo que implica, no comportando la posibilidad de impedir la realización de la intervención quirúrgica, toda vez que el poder decisorio en este punto es de incumbencia exclusiva del cirujano.

Ahora bien, ello no es óbice para certificar el éxito de la obligación de dar traslado y conocimiento al cirujano de los potenciales riesgos anestésicos, tanto en virtud del principio de confianza y de la división horizontal de trabajo, como de su condición de especialista en la narcosis. De modo que, si el anestesista omite o indica de forma inadecuada los posibles problemas o riesgos, produciéndose un fallo anestésico, este será el único responsable, con la salvedad de que si fuese detectada por el cirujano como errónea dicha información, decidiera proseguir con la intervención.

En este último supuesto, también el cirujano será responsable, dado que el binomio de normalidad de la confianza, indudablemente, quiebra en el preciso momento en que detecta la irregularidad cometida por el anestesista, compitiéndole la obligación de evitar el peligro.

No obstante lo anterior, a la luz de la jurisprudencia, se aprecia que los errores más frecuentes en que puede incurrir el anestesista, y que llevan aparejada responsabilidad, son, entre otros: la omisión de información al cirujano en el caso de que el paciente haya sufrido una fuerte bajada de tensión tras ser anesthesiado —lo que supone la realización de una actuación incorrecta— como haber incurrido en el curso causal del suceso, una actividad, cuyos efectos nocivos luego no se haya ocupado de eliminar; o, por fin, el supuesto en que la proyección de la negligencia traiga causa de una conducta activa realizada por el anestesista²⁸.

En este sentido, la STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de junio de 1980 —siendo ponente LATOUR BROTONS— condenó al anestesista por imprudencia temeraria, derivada de la administración de una dosis incorrecta de anestesia, es decir, la excesiva difusión del agente anestésico, provocó en el paciente un paro cardíaco que se prolongó durante quince minutos. Sin embargo, el anestesista entendió que el paciente ya se había recuperado, e indicó al cirujano que podía comenzar con la intervención, consistente en la extracción de un cálculo en el uréter izquierdo. El paciente tuvo que ser trasladado al servicio de urgencias de otro hospital, donde se le diagnosticó un cuadro de coma cerebral con síntomas de descerebración, falleciendo en el referido centro.

Por otra parte, las resoluciones del TS, tanto civiles como penales, son unánimes en apreciar la presencia obligada del especialista durante la realización de cualquier procedimiento anestésico —general o regional—, sin admitir como

excusa del abandono del quirófano, ni la monitorización ni la ayuda personal de enfermería experimentada. La presencia preceptiva, está justificada en que ha ser el propio anestesista quien cumpla con sus obligaciones fundamentales, atendiendo con la mayor diligencia al paciente si se produjera un repentino cambio de estado durante la anestesia. Extremos constatados por la STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 4 de septiembre de 1991 —siendo ponente MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ— en unos hechos derivados de la extirpación de un quiste sinovial en cara externa de rodilla izquierda en la que el anestesista suministró al paciente anestesia general con intubación olotraqueal y respiración asistida, marchándose para atender a otro paciente sin haber conectado el aparato al control electrocardiográfico. El enfermo sufrió una falta de aireación que le produjo hipoxia, lo cual fue advertido tardíamente por el cirujano al observar el oscurecimiento de la sangre que fluía de la herida quirúrgica, ordenando que se llamara al anestesista, que al acudir encontró al enfermo en estado de parada cardíaca, resultando inútiles los intentos de reanimación. La muerte se ocasionó por haber fallado al paciente la vigilancia del anestesista en el momento de la crisis respiratoria y por no haberse detectado oportunamente esa crisis por el cirujano, al estar desconectado el monitor²⁹.

c) La fase post-operatoria

En la fase post-operatorio o fase posterior a la intervención médico-quirúrgica, al anestesista le corresponde como cometidos específicos el deber de vigilancia del paciente mientras este se recupera del estado de narcosis. Por su parte, la función del cirujano se extiende hasta esta fase, debiendo prevenir y controlar los peligros y daños que puedan originarse una vez concluido el procedimiento quirúrgico³⁰.

Por tanto, mientras se produce la recuperación deberá vigilar al paciente, por si acaecieran complicaciones tanto en las constantes vitales, como en todo lo que pueda afectar a problemas derivados de respiración y circulación³¹.

En esta fase, la actuación del anestesista queda circunscrita, entre otras, a la evaluación del paciente, a la admisión del alta en la unidad de recuperación post-anestésica; al registro cronológico de los signos vitales en el nivel de conciencia; al registro de todos los fármacos utilizados y su dosis y a la cantidad de líquidos administrados intravenosos y sus dosis a controlar cualquier situación excepcional —incluyendo complicaciones post-anestésicas o post-quirúrgicas— y, al registro de las intervenciones médicas. De ahí, por tanto, que sea de su competencia específica la reanimación del paciente. En este punto, GONZÁLEZ MORAN (1990, 99) precisa que «el seguimiento del enfermo anestesiado e intervenido quirúrgicamente constituye una de las obligaciones profesionales más exigentes del anestesista, dada la potencialidad de los riesgos que comporta».

Desde el punto de vista jurisdiccional, en la fase post-operatoria las condenas se fundan en la falta de vigilancia. En estos casos, el anestesista será responsable, tanto en los supuestos de omisión de cuidado al dejar solo al paciente —tras la intervención— en la sala de despertar, sin encomendar a nadie su vigilancia, como en la fase de reanimación concluida la operación, ante la falta de vigilancia en el post-operatorio³², se produzca un paro cardiorrespiratorio y el anestesista no esté presente. Es el caso ventilado por el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de abril de 1994 —siendo ponente GRANADOS PÉREZ—, donde se condenó por imprudencia temeraria al anestesista, debido a que tras la ope-

ración: «la enferma trasladada a un distribuidor —Sala de despertar— existente junto a la puerta de quirófanos, y sin que hubiera recuperado la paciente la conciencia, intervino el anestesista en otra operación y una vez practicada esta, como la enferma seguía en la misma situación, le administró una segunda tanda de fármacos para su reanimación, y como no se consiguiera y se apreciara una leve caída de la comisura labial, consultó con el jefe del Servicio de Anestesia y tras examinar a la paciente, se llamó al médico de guardia de la UCI quien afirmó que se encontraba en estado de coma, disponiendo su inmediato traslado a la UCI donde evolucionó lentamente hacia un estado de vida meramente vegetativa, presentando una encefalopatía difusa severa producida por hipoxia de origen anestésico o post-anestésico con motivo de la intervención quirúrgica antes referida, que le mantiene en un estado neurológico de desanimación sin recuperación de la conciencia, de carácter irreversible». El TS afirmó que «la enferma permaneció durante más de una hora en el distribuidor del quirófano sin recuperar la conciencia y que durante el tiempo que duró la siguiente operación —aproximadamente media hora— no estuvo permanentemente vigilada ni controlada por el anestesista ni por ningún otro facultativo». Y, razonó que «el comportamiento del médico anestesista no se correspondió con la diligencia que le imponía el más riguroso cumplimiento de su deber de vigilancia y cuidado de la enferma en el post-operatorio, ya que en todo caso no actuó con toda la diligencia necesaria, una vez pasado el tiempo prudencial sin que la enferma despertase»³³.

2. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA DIVISIÓN VERTICAL

En los casos de división vertical de tareas, aunque la doctrina mayoritaria se inclina a la regla general de la aplicabilidad del principio de confianza, justificándolo en el mantenimiento de la distribución de funciones, lo cierto es que en este ámbito, el debilitamiento de la vigencia del principio es superior al de las relaciones horizontales.

En este sentido, dos son las razones que justifican la escasa presencia de dicho principio en este ámbito. De una parte, la imposibilidad de predicar la existencia de conocimientos especializados paralelos entre los distintos intervinientes y, de otra, que la posición del cirujano se erige como punto de partida de nuevos deberes y responsabilidades que exceden del deber de vigilancia o control del transcurso de la actividad ajena, pudiéndose reconducir a la idea general de la coordinación³⁴.

Asimismo, queda atemperado el principio de confianza en el marco de este tipo de relaciones a la vista del deber de vigilancia sobre la actuación de los subordinados. Alcance que como GÓMEZ TOMILLO (2008, 98) apunta, guarda una relación de proporción inversa al principio de confianza, es decir, cuanto mayor sea la confianza que cabe depositar en el ayudante, menor será el deber de vigilancia que habrá de desplegarse respecto de su actividad.

De lo anterior se desprende la preceptiva concreción del alcance de dicho deber. Extremo resuelto mediante el análisis o diferenciación de dos supuestos distintos, los casos en los que el superior, es decir, el anestesista, ha procedido a la designación de su subordinado y los que el nombramiento de los colaboradores corresponde a otras instancias.

Por lo que aquí interesa, y centrándonos en el primer supuesto, es decir, en los casos en los que el anestesista haya procedido a la designación de su

subordinado, la responsabilidad del superior traerá su causa del acto mismo de nombramiento, en el entendido de que abarcará tanto los casos en que se designa a un facultativo de forma permanente para el desempeño de funciones para las que no se encuentra cualificado, como para designaciones singulares de tareas que recaigan en personas incompetentes o carentes de cualificación necesaria para su desempeño.

Dada la inexistencia de garantía de competencia profesional por las personas designadas, se asientan las bases para exigir la responsabilidad —sea civil o penal—, deducida del acto de encomendar funciones o tareas. Por ejemplo, la circunstancia de que un anestesista encomiende a una persona carente incluso del título de ATS la elaboración del preparado que debe inyectarse al paciente. Supuesto que quiebra las reglas de cautela y diligencia de la orden del desempeño de dicha tarea o función. Por tanto, concurre la necesaria colaboración para la acción del subordinado, traducida en una forma de coautoría accesoria imprudente del superior de forma conjunta con la responsabilidad del ejecutor material de la instrucción.

En este sentido, la STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 14 de septiembre de 1990 —siendo ponente ROMÁN PUERTA—, enjuició al médico que para realizar una arteriografía sometió al paciente a una anestesia general pese a que, por ser diabética y arterioesclerótica, presentaba alto riesgo de desprendimiento de trombo que ocluyese la arteria. Para dicha intervención acudió a la ayuda de un radiólogo, un ayudante y, en calidad de anestesista, a una persona que únicamente poseía los títulos de Practicante y Ayudante Técnico Sanitario, quien suministró la anestesia sin realizar las procedentes pruebas analíticas. Tras la intervención la paciente fue enviada a su domicilio, pese a no haberse despertado y estar en estado de coma, falleciendo como consecuencia de una obstrucción de la arteria cerebral³⁵.

La responsabilidad también podrá traer causa de la omisión del superior del deber de seguimiento de la actividad encomendada a su subordinado. Lo que acaecerá en aquellos casos en los que, aunque el designado esté cualificado para la ejecución del acto sanitario, circunstancias personales como su falta de destreza o inexperiencia, resultan claros indicios para desconfiar del buen hacer de sus funciones. En estos supuestos en que incurre una quiebra del principio de confianza, y en los que el superior ha realizado una previa tarea de injerencia representada por el acto de nombramiento, permite fundar un deber de control y vigilancia continua sobre las tareas encomendadas al subordinado. No obstante, si el superior omite el deber de control y vigilancia y, el resultado lesivo guarda relación de riesgo directa con las irregularidades acaecidas por la actuación previa, este podría incurrir en responsabilidad como comitente omisivo.

En síntesis, en los casos en los que el nombramiento recaiga sobre personas competentes en quienes no concurren dudas sobre su cualificación, deberá regir el principio de confianza, toda vez que si el personal realiza las tareas encomendadas —diligentemente—, como WILHELM (1983, 51) con acierto puntualiza «debe considerarse incluso más competente y cualificado que el superior».

IV. CONCLUSIONES

I. Los principios básicos del trabajo en equipo son, de una parte, el principio de división de trabajo, en el que cada profesional deberá desempeñar la

tarea correspondiente tras la distribución de funciones, que en unos casos, será horizontal y, en otros, vertical y, de otra, el principio de confianza, en función del cual, el profesional confía en el buen hacer de otros profesionales que tienen encomendadas parte de las funciones que en su conjunto conforman el acto médico-quirúrgico.

II. Con el principio de división de trabajo en equipo, el médico podrá dedicarse con la concentración necesaria y debida, a los cometidos específicos para los cuales está cualificado y, queda garantizada con una distribución de tareas entre cada uno de los miembros del equipo, la eficaz protección y la adecuada asistencia médica al paciente.

III. Las modalidades establecidas en el principio de división de trabajo en equipo son claramente diferenciables. Así, si en la división horizontal son relaciones entre iguales, organizadas según criterios de competencia, por el contrario, en la división vertical, la relación es de carácter subordinado, organizada por tanto en función de criterios jerárquicos.

IV. Las fases que integran la actividad médico-quirúrgica, se concretan en la fase pre-operatoria, que antecede a la intervención y, en la que el anestésista deberá cumplir con los deberes que le son específicos; la fase intra-operatoria que tiene lugar durante la intervención, y en la que las conductas del cirujano y del anestésista son inter-dependientes y, finalmente, la fase post-operatoria, o posterior a la intervención y en la que al anestésista le corresponde como cometidos específicos el deber de vigilancia del paciente mientras este se recupera del estado de narcosis.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de junio de 1980.
- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 10 de noviembre de 1980.
- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 13 de octubre de 1981.
- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 11 de junio de 1982.
- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 22 de abril de 1988.
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 7 de junio de 1988.
- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 1 de diciembre de 1989.
- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 5 de febrero de 1990.
- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 14 de septiembre de 1990.
- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de octubre de 1992.
- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 18 de septiembre de 1992.
- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 13 de noviembre de 1992.
- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 18 de marzo de 1993.
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 23 de marzo de 1993.
- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 7 de diciembre de 1993.
- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de abril de 1994.
- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 4 de mayo de 1994.
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 20 de febrero de 1995.
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 29 de julio de 1998.
- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 23 de octubre de 2001.
- STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 19 de julio de 2002.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Cantabria, de 15 de febrero de 1996.
- SAP de Alicante, de 29 de enero de 1998.
- SAP de Madrid, de 23 de mayo de 1998.
- SAP de Barcelona, Sección 8.^a, de 12 de mayo de 2000.
- SAP de Madrid, Sección 2.^a, de lo Penal, de 11 de mayo de 2007.
- SAP de Cádiz, Sección 4.^a, de lo Penal, de 28 de octubre de 2008.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BERNATE OCHOA, F. (2008). Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, vol. 11, núm. 21, 65-80.
- CARSTESSEN, E. (1996). *Compendium der prä-und postoperativen Therapie*. Stuttgart: Ed. Georg Thieme Verlag.
- DE LORENZO, R. y LÓPEZ TIMONEDA, F. (1999). *La responsabilidad profesional en anestesiología y Reanimación*. Madrid: Abbot Laboratorios.
- DE VICENTE REMESAL, J. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2007). El médico ante el Derecho penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional y el trabajo en equipo. En: F. Pérez Álvarez (coord.), *Vniversitas Vitae, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero.*, Salamanca: Universidad de Salamanca, pp. 145-179.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2008). *Aspectos médicos y jurídicos del dolor: La enfermedad terminal y la eutanasia*. Madrid: Unión Editorial, S.A.
- GÓMEZ RIVERO, M. C. (2008). *La responsabilidad penal del médico*, 2.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ MORÁN, L. (1990). *La responsabilidad civil del médico*. Barcelona: Bosch.
- HAVA GARCÍA, E. (2001). *La imprudencia médica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- JORGE BARREIRO, A. (1990). *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*. Madrid: Tecnos.
- KEATS, A. (1978). The ASA, classification of physical status, a recapitulation, *Anesthesiology*, vol. 49, 33-55.
- LLAMAS POMBO, E. (1988). *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*. Madrid: Trivium.
- MAJUNKE, P. (1988). *Anästhesie und Strafrecht: die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Anästhesisten*. Stuttgart: F. Enke.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. (1994). La imprudencia punible del anestesista según la doctrina del Tribunal Supremo, *AP*, núm. 1, 283-291.
- MORILLAS CUEVA, L. y SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (2010). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, 1.^a ed. Madrid: Dykinson.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General*, 8.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2012). *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1994). Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del tribunal supremo, *DS*, vol. 2, núm. 1, 39-58.

- VALLEJO JIMÉNEZ, G. A. (2014). Alcances del principio de confianza en la actividad médica, *Revista Ratio Juris*, vol. 9, núm. 19, 53-76.
- VÁZQUEZ FERREYRA, R. (1998). Responsabilidad civil por pluri-participación médica o en ejercicio de la medicina en grupo, *Thémis: Revista de Derecho*, núm. 38, 211-229.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2003). *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*. Aranzadi, Pamplona: Aranzadi.
- WILHELM, D. (1983). Probleme der medizinischen Arbeitsteilung aus strafrechtlicher Sicht, *Medizin Recht*, núm. 2.
- YEPES RESTREPO, S. (1999). *La responsabilidad civil médica*. Bogotá, DC: Biblioteca Jurídica Diké.

NOTAS

¹ Así, VALLEJO JIMÉNEZ, G. A. (2014). Alcances del principio de confianza en la actividad médica, *Revista Ratio Juris*, vol. 9, núm. 19, p. 56.

² *Vid.*, BERNATE OCHOA, F. (2008). Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, vol. 11, núm. 21, p. 65.

³ *Vid.*, YEPES RESTREPO, S. (1999). *La responsabilidad civil médica*. Bogotá, DC: Biblioteca Jurídica Diké, p. 65.

⁴ *Vid.*, BERNATE OCHOA, F. (2008), *op. cit.*, p. 65; VALLEJO JIMÉNEZ, G. A. (2014), *op. cit.*, p. 56.

⁵ En este sentido, LLAMAS POMBO, E. (1988). *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*. Madrid: Trivium, p. 98, sostiene que «el equipo médico hace referencia al conjunto de especialistas que intervienen en una fase determinada de la curación del paciente y, cuyo ejemplo más claro es la de la intervención quirúrgica».

⁶ Su definición encuentra su apoyo legal en el artículo 9.2 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

⁷ Así, HAVA GARCÍA, E. (2001). *La imprudencia médica*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 76, sostiene «la necesidad de establecer un grado jerárquico que impere en la actuación conjunta conforme a la división horizontal y vertical del trabajo».

⁸ *Vid.*, en esta línea, JORGE BARREIRO, A. (1990). *La imprudencia punible en la actividad médica quirúrgica*. Madrid: Tecnos, pp. 115 y sigs.

⁹ *Vid.*, VÁZQUEZ FERREYRA, R. (1998). Responsabilidad civil por pluri-participación médica o en ejercicio de la medicina en grupo, *Thémis: Revista de Derecho*, núm. 38, p. 217.

¹⁰ Así, WILHELM, D. (1983). Probleme der medizinischen Arbeitsteilung aus strafrechtlicher Sicht, *Medizin Recht*, núm. 2, p. 127.

¹¹ *Vid.*, MORILLAS CUEVA, L. y SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (2010). Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios, 1.^a ed. Madrid: Dykinson, p. 193.

¹² *Vid.*, también en esta materia las aportaciones de JORGE BARREIRO, A. (1990), *op. cit.*, p. 116.

¹³ *Vid.*, DE VICENTE REMESAL, J., y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2007). El médico ante el Derecho penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional y el trabajo en equipo. En: F. Pérez Álvarez (coord.), *Vniversitas Vitae, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero.*, Salamanca: Universidad de Salamanca, p. 216.

¹⁴ *Vid.*, en este sentido, JORGE BARREIRO, A. (1990), *op. cit.*, p. 118.

¹⁵ *Vid.*, DE VICENTE REMESAL, J. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2007), *op. cit.*, pp. 175 y sigs.

¹⁶ *Vid.*, la SAP de Barcelona, Sección 8.^a, de 12 de mayo de 2000 [Vlex 12330/1998].

- ¹⁷ Así, VALLEJO JIMÉNEZ, G. A. (2014), *op. cit.*, p. 59.
- ¹⁸ *Vid.*, HAVA GARCÍA, E. (2001), *op. cit.*, p. 140; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2012), *op. cit.*, p. 268.
- ¹⁹ *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1994). Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del tribunal supremo, *DS*, vol. 2, núm. 1, p. 42.
- ²⁰ Así, VALLEJO JIMÉNEZ, G. A. (2014), *op. cit.*, p. 74.
- ²¹ *Vid.*, DE LORENZO, R. y LÓPEZ TIMONEDA, F. (1999). *La responsabilidad profesional en anestesiología y Reanimación*. Madrid: Abbot Laboratorios, p. 62.
- ²² *Vid.*, la clasificación aportada por KEATS, A. (1978). The A.S.A. classification of physical status, a recapitulation, *Anesthesiology*, vol. 49, p. 49.
- ²³ *Vid.*, la STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 22 de abril de 1988 —siendo ponente VIVAS MARZAL.
- ²⁴ En este sentido, *vid.*, SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1994), *op. cit.*, p. 65.
- ²⁵ *Vid.*, en este sentido, las SSTS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 11 de junio de 1982 —siendo ponente HUERTA Y ÁLVAREZ DE LARA— y, de 13 de de octubre de 1981 —siendo ponente GÓMEZ DE LIAÑO Y COBALEDA.
- ²⁶ Así, *vid.*, GÓMEZ TOMILLO, M. (2008). *Aspectos médicos y jurídicos del dolor: La enfermedad terminal y la eutanasia*. Madrid: Unión Editorial, S.A, p. 71 y, DE LORENZO, R., y LÓPEZ TIMONEDA, F. (1999), *op. cit.*, p. 65.
- ²⁷ Por falta de seguimiento de las constantes vitales y por excesiva difusión del agente anestésico, *vid.*, las SSTS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 23 de octubre de 2001 —siendo ponente JIMÉNEZ VILLAREJO—; de 5 de febrero de 1990 —siendo ponente CARRERO RAMOS—; de 19 de julio de 2002 y, de 18 de marzo de 1993.
- ²⁸ Así, JORGE BARREIRO, A. (1990), *op. cit.*, p. 145; SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1994), *op. cit.*, p. 62.
- ²⁹ En similar sentido, *vid.*, las SSTS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de octubre de 1992 —siendo ponente GRANADOS PÉREZ—; de 1 de diciembre de 1989 —siendo ponente MONER MUÑOZ— y, la STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 1 de diciembre de 1989 —siendo ponente MONER MUÑOZ—. En esta misma fase intra-operatoria, son también reiteradas las sentencias que condenan por no utilizar desfibrilador tras paro cardiaco, *vid.*, la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 20 de febrero de 1995. Respecto a la falta de monitorización, y de atención a los indicadores cuando se produce un fallo en mecánico en las instalaciones, *vid.*, la STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 7 de julio de 1993.
- ³⁰ *Vid.*, MAJUNKE, P. (1988). *Anästhesie und Strafrecht: die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Anästhesisten*. Stuttgart: F. Enke, p. 160.
- ³¹ Así, en la STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 4 de mayo de 1994, se consideró imprudencia temeraria la actuación del anestesista por el hecho de dejar a un paciente en una sala contigua al quirófano en espera del despertar del enfermo anestesiado, cuando no se producía la recuperación pese a lo cual quedó totalmente abandonado el paciente que falleció.
- ³² En este sentido, las SSAAPP de Cádiz, Sección 4.^a, de lo Penal, de 28 de octubre de 2008 —siendo ponente BLANCO AGUILAR— y, de Madrid, Sección 2.^a, de lo Penal, de 11 de mayo de 2007 —siendo ponente COMPAIREDPLO.
- ³³ En similar sentido, *vid.*, la STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 18 de septiembre de 1992 —siendo ponente SOTO NIETO— y, la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 7 de junio de 1988.
- ³⁴ Así, GÓMEZ TOMILLO, M. (2008), *op. cit.*, p. 96.
- ³⁵ En el orden civil, *vid.*, la SAP de Madrid, de 23 de mayo de 1998.

La exoneración de pasivo pendiente y la Ley
25/2015, de 28 de julio de mecanismo
de segunda oportunidad*

*Writing off bad debts and Law 25/2015 of 28
July on the «second-chance» mechanism*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: En el presente artículo la autora analiza las últimas reformas introducidas en el régimen de la exoneración del pasivo insatisfecho tras la liquidación concursal, por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad. En concreto, estudia las reformas introducidas en el requisito de la buena fe (art. 178.bis.3.1. y 5.º LC), en las causas de revocación del beneficio (art. 178.bis.7 y 8 LC) y en la cláusula de cierre que permite la exoneración definitiva aun no habiendo cumplido el deudor en su integridad el plan de pagos (art. 178.bis.8 LC). En relación con el requisito de la buena fe, se tratan dos cuestiones. Por un lado, la relativa a la posibilidad de que, aun declarado el concurso culpable sobre la base de la presunción de culpabilidad del artículo 165.1.1.º LC (fundada en el hecho de haber incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso), pueda accederse al requisito de la exoneración, atendidas las circunstancias y siempre que el juez no apreciase dolo o culpa grave del deudor. Por otro lado, la relativa a la limitación en el acceso a la información contenida en el Registro Público Concursal y referente a la obtención del beneficio de la exoneración. En relación con las causas de revocación del beneficio, estas se analizan distinguiendo las que operan sobre la modalidad «A» de exoneración (satisfacción de un umbral de pasivo mínimo) y las que operan sobre la modalidad «B» de exoneración (cumplimiento de un plan de pagos). Se incorporan igualmente al artículo las últimas resoluciones judiciales recaídas en la materia.

ABSTRACT: In this article, the author examines the latest reforms introduced by Law 25/2015 of 28 July on the so-called «second-chance» mechanism allowing bad debts to be written off after insolvency proceedings. Specifically, the author examines the reforms introduced to (i) the requirement for good faith (art. 178.bis.3.1.º and 5.º of the Insolvency Act), (ii) the reasons for having the benefit of the discharge

* 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.

of one's debts revoked (art. 178.bis.7 and 8 of the Insolvency Act), and (iii) the discharge clause allowing debts to be definitively written off even where the debtor has not honoured the repayment plan in full (art. 178.bis.8 of the Insolvency Act). With regard to the requirement for good faith, two matters are considered: firstly, with regard to the possibility that even where culpable insolvency proceedings are declared in accordance with the presumption of culpability under artículo 165.1.1.º of the Insolvency Act (on the grounds of failure to comply with the requirement to apply for insolvency proceedings), the requirement for discharge may still be met, taking into account the circumstances and provided that the judge has not found the debtor to have been malicious or seriously negligent; and secondly, with regard to the limitation on access to the information contained in the Public Insolvency Register referring to being granted the benefit of the discharge of one's debts. With regard to the reasons for having this benefit revoked, these are examined by distinguishing those that apply to type-«A» discharge (meeting a minimum debt threshold) and those that apply to type-«B» discharge (honouring a repayment plan). The article also contains the latest judicial rulings in this matter.

PALABRAS CLAVE: Sobreendeudamiento. Segunda oportunidad. Exoneración del pasivo insatisfecho.

KEY WORDS: Over-indebtedness. Second chance. writing-off of bad debts.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REFORMA EN EL REQUISITO DE LA BUENA FE NECESARIA PARA EL ACCESO A LA EXONERACIÓN. 1. EL TRÁNSITO DE LA PRESUNCIÓN DE DOLO O CULPA GRAVE EN EL ARTÍCULO 165.1.1.º LC A LA PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD DEL CONCURSO. 2. EL REQUISITO DE «CALIFICACIÓN DEL CONCURSO NO CULPABLE» PARA EL ACCESO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 25/2015. 3. EL REQUISITO DE PUBLICIDAD EN EL REGISTRO PÚBLICO CONCURSAL.—III. REFORMAS RELATIVAS A LAS CAUSAS DE REVOCACIÓN DEL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN: 1. CAUSAS DE REVOCACIÓN EN EL CASO DE ACCESO A LA EXONERACIÓN POR LA VÍA DE LA MODALIDAD «A»: UMBRAL DE PASIVO MÍNIMO SATISFECHO. 2. CAUSAS DE REVOCACIÓN EN EL CASO DE ACCESO A LA EXONERACIÓN POR LA VÍA DE LA MODALIDAD «B»: SOMETIMIENTO A UN PLAN DE PAGOS SIN NECESIDAD DE HABER SATISFECHO UN UMBRAL DE PASIVO MÍNIMO.—IV. MODIFICACIONES EN RELACIÓN AL REQUISITO DEL CUMPLIMIENTO POR EL DEUDOR DEL PLAN DE PAGOS.—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 constituye la tercera regulación sobre la figura de la segunda oportunidad, *fresh start*, o *exoneración del pasivo pendiente tras la liquidación concursal*. Introducida en el Derecho español (sin efectos retroactivos) por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, fue modificada sustancialmente por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, y ahora por la mencionada Ley 25/2015 (normas estas últimas que sí le han otorgado efectos retroactivos)^{1, 2}.

Esta figura estaba presente en otros ordenamientos jurídicos europeos³ y en el Derecho norteamericano⁴ y había sido acogida de manera condicionada y por vía interpretativa, en el AJM núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, con anterioridad a la Ley 14/2013⁵.

Las reformas introducidas en la regulación de la segunda oportunidad se refieren a los siguientes aspectos: el requisito de buena fe (objetivado por el legislador)⁶, a las causas de revocación de la exoneración concedida y al requisito del cumplimiento por parte del deudor del plan de pagos.

II. REFORMA EN EL REQUISITO DE LA BUENA FE NECESARIA PARA EL ACCESO A LA EXONERACIÓN

El artículo 178.bis.3 de la LC, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2015, señalaba que solo se admitiría la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe, entendiéndose que concurría tal buena fe en el deudor siempre que cumplierse una serie de requisitos, el primero de los cuales consistía en que *el concurso no hubiese sido declarado culpable*. Pero la Ley 25/2015, de 28 de julio, ha añadido al artículo 178.bis.3.1.º el siguiente inciso, según el cual, «*si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del artículo 165.1.1.º LC el juez podrá no obstante conceder el beneficio [de la exoneración] atendidas las circunstancias y siempre que no se apreciare dolo o culpa grave del deudor*». Para el comentario de este nuevo inciso haremos mención previa a las reformas introducidas en materia de calificación del concurso por Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

1. EL TRÁNSITO DE LA PRESUNCIÓN DE DOLO O CULPA GRAVE EN EL ARTÍCULO 165.1.1.º LC A LA PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD DEL CONCURSO.

La sección de calificación del concurso (sección sexta del procedimiento concursal) tiene por objeto analizar las causas de la insolvencia para la determinación de si esta ha sido o no culpable, y si fuera aquel caso (concurso culpable), declarar qué personas son responsables de tal insolvencia, si bien los efectos de tal declaración son meramente civiles y no vinculan a la jurisdicción penal (arts. 172, 172bis, y 173 LC). En este sentido, la sentencia de calificación se estructura del siguiente modo: calificación del concurso como fortuito o culpable; identificación de las personas afectadas por la calificación de concurso culpable; establecimiento de las consecuencias de la declaración de culpabilidad⁷.

Se considera fortuito el concurso no imputable al deudor (producido por circunstancias accidentales) así como el debido a simple negligencia. El concurso se considera culpable cuando el deudor persona física o el deudor persona jurídica (en este caso sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho y apoderados generales), haya generado o agravado el estado de insolvencia con dolo o culpa grave. Por lo tanto, para la declaración de concurso culpable es preciso probar un acto u omisión; el elemento subjetivo (dolo o culpa grave), y la relación causal entre la conducta del deudor y la generación o agravación del estado de insolvencia. La carga de la prueba recae en la administración concursal y el Ministerio Fiscal que son parte demandante en este incidente concursal.

Ahora bien, la Ley *enumeraba* una serie de supuestos en los que se presumía *iuris tantum* la existencia de dolo o culpa grave (art. 165 LC). En estos casos se discutía si la ley presumía solo la culpa, el elemento intencional, o también el nexo causal. En todo caso, estas presunciones de culpabilidad surgían a partir del incumplimiento por el deudor de un deber legal, por lo que la prueba en contrario consistía en la acreditación por el deudor de que no había podido cumplir con los deberes legales *por razones que no le eran imputables*. En concreto, el artículo 165.1.1.º LC presumía *iuris tantum* la existencia de dolo o culpa grave en caso de incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso⁸. El deudor debía solicitar tal declaración en el plazo de dos meses a partir de la fecha en que conocía o debía conocer su situación de insolvencia (art. 5 LC). El retraso, pues, en la solicitud, más allá del plazo legal, constituía un incumplimiento de un deber legal y, como tal daba lugar a una presunción de dolo o culpa grave, salvo que se acreditase que obedeció a circunstancias justificadas.

Como hemos señalado antes, y en relación con la presunción del artículo 165.1.1.º LC, se señalaba que la presunción solo amparaba el elemento intencional, siendo necesario demostrar la relación de causalidad entre la conducta y la causación o agravación de la insolvencia. En contra de este criterio se sostenía que cuando concurriese la presunción no sería necesario, para que se determinase la culpabilidad del concurso, demostrar el nexo causal, esto es, las consecuencias del retraso en la solicitud. Desde este punto de vista se consideraba que la presunción se proyectaba tanto sobre el dolo o culpa grave como sobre la generación o agravación de la insolvencia de modo que concurriendo la conducta prevista en la norma, debía presumirse que había contribuido al resultado del artículo 164.1 LC, salvo prueba en contrario.

Ahora bien, a la vista del contenido de las conductas del artículo 165 LC, la prueba en contrario era difícil de aportar pues dichas conductas constituían incumplimientos de deberes legales que encerraban cuando menos una negligencia grave, por lo que solo cabría la exculpación en los casos en que circunstancias excepcionales concurrentes justificasen su incumplimiento, como por ejemplo un accidente, la enfermedad grave, una situación de incapacidad o en general una imposibilidad física⁹.

«El régimen de la calificación culpable del concurso ha sido ... modificado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo de medidas urgentes en materia concursal que ha dado una nueva redacción al artículo 165 LC estableciendo que las presunciones que contiene serán de culpabilidad y no de dolo o culpa grave. Con ello se ha puesto fin a las dudas interpretativas que generaba el artículo 165 LC de las que se hacía eco... [la Jurisprudencia]»¹⁰. Así pues el precepto establecería en la actualidad una presunción de culpabilidad del concurso, o sea, de la concurrencia de la conducta dolosa o gravemente imprudente que ha generado o agravado la insolvencia, si bien a diferencia de lo dispuesto en el artículo 164.2 LC, si admitiría la prueba en contrario de ello¹¹.

2. EL REQUISITO DE «CALIFICACIÓN DEL CONCURSO NO CULPABLE» PARA EL ACCESO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 25/2015.

Inicialmente, como hemos indicado, el artículo 178.bis.3.1.º LC se limitaba a exigir, para poder acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho, que el concurso no hubiera sido declarado culpable. Requisito que, como señala HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, concurriría cuando la sección de calificación no llegaba a tramitarse

(concluía el concurso por insuficiencia de masa activa (art. 176 bis LC) o el Ministerio Fiscal y la Administración concursal interesaban la calificación del concurso como fortuito [art. 170.1 LC¹²]) así como cuando *concluía la tramitación con la calificación de concurso fortuito*¹³. Ahora bien, con la nueva redacción dada por la Ley 25/2015 al artículo 178bis.3.1.º LC se admite la posibilidad de que el concurso haya sido declarado culpable por obra de la presunción del artículo 165.1.1.º LC y, *no obstante, pueda concederse por el juez la exoneración, «atendidas las circunstancias y siempre que no se apreciare dolo o culpa grave del deudor».*

La doctrina ha señalado que la nueva redacción plantea la existencia de una aparente contradicción interna¹⁴. En efecto, «la calificación por la comisión de la conducta descrita en el artículo 165.1.1.º obedece a la *presunción de culpabilidad*, esto es, la presunción de la concurrencia de dolo o culpa grave en la agravación de la situación de insolvencia por el incumplimiento del deber de presentar la solicitud de concurso. *Resulta por ello, en principio, incompatible la calificación del concurso como culpable con la ausencia de dolo o culpa grave, puesto que si faltasen estos el concurso hubiera sido declarado fortuito* [habría quedado acreditada su ausencia mediante la prueba en contrario]». No obstante, si quiere buscarse un sentido al nuevo artículo 178.bis.3.1.º LC, cabría pensar en el supuesto en que la calificación de concurso culpable haya obedecido, no a la conducta del deudor, sino de sus representantes legales (en el caso de menores o incapacitados), o bien al supuesto en que «el deudor no se opuso a la propuesta de calificación del concurso como culpable, aplicándose con ello la presunción *iuris tantum* que se recoge en el artículo 165.1.1.º LC, pero *ulteriormente discute la concurrencia de dolo o culpa grave a efectos de la exoneración del pasivo. Fuera de estos casos será difícil compatibilizar la calificación del concurso como culpable con la ausencia de dolo o culpa grave*». En estos casos señalados el deudor deberá fundamentar en su solicitud de exoneración (art. 178.bis.2 LC) que concurren circunstancias (el legislador no aclara si concurrentes en el momento de incumplirse el deber de solicitar el concurso, o bien concurrentes durante el proceso de generación o agravación de la insolvencia, o bien en el momento de concederse la exoneración) que justifican la concesión del beneficio y de las que cabe extraer la ausencia de dolo o culpa grave, *pudiendo oponerse los acreedores a la concesión del beneficio por no concurrir dichos requisitos* (art. 178.bis.4.3.º LC). Aun no oponiéndose los acreedores a la concesión del *fresh start*, o mostrándose conformes con la petición del deudor, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ considera que el juez no debe automáticamente conceder el beneficio de la exoneración provisional (como parecería deducirse del tenor literal del art. 178.bis.4.2.º LC), *sino que, dado que el concurso fue declarado culpable, el juez debe apreciar la concurrencia de las antedichas circunstancias y la ausencia de dolo o culpa grave, practicándose, si fuere preciso, la prueba pertinente. Opinión está que encontramos acertada dada la objetivación de la buena fe que el legislador ha verificado en el artículo 178.bis. 3 LC*^{15, 16}.

3. EL REQUISITO DE PUBLICIDAD EN EL REGISTRO PÚBLICO CONCURSAL

Como hemos explicado en un trabajo anterior¹⁷, el artículo 178.bis.2 LC contempla dos modalidades de acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho (que constituyen dos formas de objetivación de la buena fe exigible para hacerse merecedor de tal beneficio). Según una primera modalidad, denominada modalidad «A», sería preciso que el deudor hubiera satisfecho un umbral de pasivo mínimo consistente en el pago de la integridad de los créditos contra la masa y los créditos

concursoales privilegiados, a lo que se añadiría un 25% del importe de los créditos concursales ordinarios, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo al concurso (arts. 178.bis.3.1.º, 2.º, 3.º y 4.º LC). Según una segunda modalidad, denominada modalidad «B» y alternativa a la anterior, si no hubiese sido posible satisfacer ese umbral de pasivo mínimo, el deudor debería cumplir (además de los requisitos enunciados en el artículo 178.bis.3.1.º, 2.º y 3.º LC) cumulativamente una serie de requisitos enumerados en el artículo 178.bis.3.5.º LC, entre los que se encontraría el *aceptar de forma expresa, en la solicitud de exoneración que se formulase, que la obtención de este beneficio se hiciese constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años*.

De acuerdo con la redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, al artículo 178.bis.3.5.º.v, el acceso al Registro era público, no haciéndose mención de la necesidad de acreditar un interés legítimo para la consulta del mismo, lo cual fue muy criticado por la doctrina (CUENA CASAS, 2015, 50). A nuestro juicio, la concesión de la exoneración provisional debía poder ser conocida por quien efectuase un préstamo al deudor durante la vigencia del plan de pagos, al ser revocable el beneficio durante dicho periodo.

La Ley 25/2015 ha modificado la redacción de dicho precepto restringiendo los efectos de tal publicidad. Para acceder a la información, según la nueva redacción del artículo, hay que acreditar un *interés legítimo*, a verificar por el encargado del Registro. Se entiende que este interés concurre en todo caso en las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones, y *en quienes realicen una oferta en firme al deudor, ya sea de crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por este y que esté condicionada a su solvencia*.

La aceptación por parte del deudor de esta publicidad debe ser expresa (art. 178bis.3.5.º.v). *La ley no entiende que la mera presentación de la solicitud de concesión del beneficio pueda suponer una aceptación tácita*. «Surge la duda de si es preciso que el propio deudor sea quien acepte con su rúbrica esta publicidad o si lo puede hacer a través del procurador que lo represente, de actuar de esta manera en el seno del concurso, mediante la simple inclusión en la solicitud de esta mención». HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ considera que «el legislador está pensando en un compromiso propio del deudor y de carácter especial, por lo que resulta preciso que sea el propio deudor quien con su rúbrica acepte esta publicidad, salvo que su procurador cuente con un poder especial que abarque esta facultad»¹⁸.

Cabe preguntarse si la publicidad que va a ofrecerse en el Registro Público Concursal será la de la exoneración provisional (plan de pagos), o la de la exoneración definitiva (*fresh start, tras el cumplimiento del plan de pagos*). Si la publicidad versase *también sobre la exoneración definitiva*, no tiene sentido la diferenciación a este respecto con el deudor que se ha acogido a la modalidad A)¹⁹. En este sentido, hay quien considera que la publicidad de la concesión provisional del beneficio se haría solo respecto de ciertos deudores, los acogidos al plan de pagos, *mientras que la publicidad de la concesión definitiva del beneficio se haría respecto de todo deudor*²⁰. Sin embargo, FERNÁNDEZ SEIJO señaló en su día que «la futura regulación de este registro deberá ser especialmente escrupuloso tanto en la regulación de las personas o entidades que puedan acceder a la información incluida en el registro, como al contenido del mismo, que podría dar publicidad en los supuestos de exoneración provisional *pero que debiera cancelarse cuando la exoneración se haya convertido en definitiva y, por lo tanto, se haya*

*extinguido la deuda»*²¹. Lo cierto es, en todo caso, que la LC prevé expresamente en su artículo 178.bis. 8 *in fine*, que «contra dicha resolución [la que conceda la exoneración definitiva, transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos, sin que se haya revocado el beneficio], *que se publicará en el Registro Público Concursal*, no cabrá recurso alguno».

A mi juicio, y teniendo presente lo que expondremos en el epígrafe III, debe ser objeto de publicidad la exoneración provisional (o definitiva, en cuanto no sujeta a un plan de pagos, pero revocable) concedida por la vía A), hasta que transcurran los cinco años en que es revocable *por las causas del artículo 178.bis.7.1 y 2.c) LC, momento en que debería cancelarse el asiento registral* y la concedida por la vía B), *durante la vigencia de 5 años del plan de pagos [art. 178.bis.3.5.º.v) LC]*. Igualmente debe ser objeto de publicidad la *exoneración definitiva obtenida tras la vigencia del plan de pagos* (art. 178.bis.8.1 y 4 LC), en la medida en que es revocable por la causa prevista en el artículo 178.bis.7.1 LC (existencia de bienes ocultados), cancelándose el asiento una vez transcurridos 5 años.

Para cumplir con esta publicidad prevista por la Ley será necesaria, como ha señalado la doctrina, la creación de una nueva sección especial en el Registro Público Concursal²².

III. REFORMAS RELATIVAS A LAS CAUSAS DE REVOCACIÓN DEL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN

1. CAUSAS DE REVOCACIÓN EN EL CASO DE ACCESO A LA EXONERACIÓN POR LA VÍA DE LA MODALIDAD «A»: UMBRAL DE PASIVO MÍNIMO SATISFECHO

Dada la redacción del artículo 178.bis.7 de la LC, introducida por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero²³, según la cual la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho se preveía *sin distinción de si el acceso al beneficio se había verificado por la modalidad que hemos llamado «A», o por la modalidad que hemos llamado «B»*, entendimos que el deudor exonerado por haber satisfecho un umbral de pasivo mínimo, *también obtenía una exoneración provisional, revocable durante los cinco años siguientes a su concesión, siempre que incurriese en las conductas descritas en el artículo 178.bis.7 LC*. Transcurrido dicho plazo, sin que se hubiese revocado el beneficio, el Juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictaría auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho. Esta solución parecía estar amparada no solo por la literalidad del artículo 178.bis.7 LC, sino también por un criterio de justicia y de igualdad de trato. Esto es, nos parecía más razonable que *el mejoramiento de la fortuna del deudor (que era una de las causas de revocación recogida en el art. 178.bis.7.c)], fuera tenida en cuenta también en el caso de acceso a la exoneración por la modalidad «A», en la medida en que la posición de un acreedor puede ser incluso más débil que la del deudor*.

Así habíamos interpretado que, satisfecho el umbral de pasivo mínimo exigido en el artículo 178.bis.3.4.º LC, el resto de crédito ordinario y subordinado se le exoneraría al deudor de forma *provisional (o definitiva, en cuanto el deudor no está sujeto a un plan de pagos, pero revocable por ciertas causas)*. Dicha exoneración provisional impediría que los acreedores pudiesen iniciar ejecuciones singulares durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso así como instar la reapertura del concurso (art. 178.bis.5.2 LC). Precisamente, como la declaración de concurso dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior

por liquidación, tiene la consideración de reapertura de este, pensábamos que el legislador había hecho coincidir el *periodo de buena conducta exigido al deudor para hacer irrevocable el beneficio de la exoneración, con dicho plazo (art. 179 LC)*. Quedaban a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrían invocar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado (art. 178.bis.5.3 LC)²⁴.

El beneficio de la exoneración concedido podía, pues, ser revocado según esta interpretación, a instancia de cualquier acreedor concursal, cuando el deudor, durante los cinco años siguientes a su concesión:

- a) Incurriese en alguna de las circunstancias que, conforme a lo establecido en el artículo 178.bis.3 LC, hubiera impedido la concesión del beneficio. A tal efecto había que tener en cuenta las conductas que permiten declarar un concurso culpable y la ausencia de condena por los delitos señalados en el artículo 178.bis.3.2.º LC.
- b) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos.
- c) Se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultados.

A nuestro parecer, esta posibilidad de revocación para los deudores que habían accedido a la exoneración por la vía de la modalidad «A» constituía un incentivo muy importante para el logro de una conducta leal y diligente por parte del deudor.

Si el juez acordase la revocación del beneficio, *los acreedores recuperarían la plenitud de sus acciones frente al deudor, para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso. Por el contrario, transcurrido el plazo de cinco años sin que se hubiera revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictaría auto reconociendo con carácter definitivo (o sea, irrevocable), la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.*

La concesión de la exoneración de forma provisional constituía una nueva interrupción del plazo prescriptivo de las acciones derivadas de los créditos insatisfechos (frente al deudor principal). De manera que, pese a lo dispuesto en el artículo 60.4 LC, el precepto quedaba exceptuado en virtud de lo dispuesto en el artículo 178.bis.5.2 LC. No así, frente a los deudores solidarios y avalistas (*arg. ex art. 60.2 LC*), respecto de los cuales el cómputo del plazo para la prescripción se iniciaría nuevamente²⁵.

La nueva redacción dada al artículo 178.bis.7 LC acoge en parte esta interpretación propugnada al señalar: «Cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho *cuando durante los cinco años siguientes a su concesión se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados*. Se exceptúan de esta previsión los bienes inembargables conforme a lo dispuesto en los artículos 605 y 606 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

También podrá solicitarse la revocación si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos:

- a) Incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el apartado 3 hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

- b) En su caso, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos, o
- c) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor *por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar*, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos.

La solicitud se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal. En caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso».

De la nueva redacción del precepto cabe deducir que si la exoneración del pasivo insatisfecho se hubiese obtenido por la vía de la modalidad «A», cabría solicitar la revocación del beneficio *siempre que se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados*. Pero si la exoneración del pasivo se hubiese obtenido por la vía de la modalidad «B», entonces resultaría aplicable esta causa de exoneración y *además*, las previstas en el artículo 178. bis.7.2, *que utiliza la expresión «también» y hace mención expresa al «plan de pagos»*.

Pienso que la circunstancia incluida en el artículo 178.bis.7.2 c), habría debido incluirse en el párrafo 1 de este artículo 178.bis.7, *para hacerla de forma expresa causa común de revocación a las dos vías de exoneración, por las razones de justicia y equidad de que hablábamos antes y un principio de igualdad de trato entre concursados*. No obstante, atendiendo al fin de la norma, expresado en su Preámbulo, cabe interpretar que la obtención de una ganancia atípica durante los cinco años siguientes a la concesión del beneficio (lo que incluiría la obtenida por una actividad de emprendimiento que produce un éxito superior al habitual, pues el precepto no contendría un *numerus clausus de causas de mejoramiento sustancial de la situación económica del deudor*) y que permite el pago de *todas las deudas pendientes, sin detrimento de la obligación de alimentos, justificaría la revocación también en el caso de la modalidad «A»*²⁶.

2. CAUSAS DE REVOCACIÓN EN EL CASO DE ACCESO A LA EXONERACIÓN POR LA VÍA DE LA MODALIDAD «B»: SOMETIMIENTO A UN PLAN DE PAGOS SIN NECESIDAD DE HABER SATISFECHO UN UMBRAL DE PASIVO MÍNIMO

Aparte de lo indicado en el epígrafe anterior en relación con la posibilidad de revocación de la exoneración provisional concedida al deudor, durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos, el artículo 178.bis.8.4 en relación con el artículo 178.bis.8.1 LC señala que transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado dictará *auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso. Contra dicha resolución, que se publicará en el Registro Público concursal, no cabrá recurso alguno. No obstante, la exoneración definitiva podrá revocarse cuando concurra la causa prevista en el artículo 178.bis.7.1, esto es, cuando durante los cinco años siguientes a la concesión del beneficio de la exoneración definitiva, se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados*.

III. MODIFICACIONES EN RELACIÓN AL REQUISITO DEL CUMPLIMIENTO POR EL DEUDOR DEL PLAN DE PAGOS.

La modalidad «B» de exoneración, con sometimiento a un plan de pagos y sin necesidad de haber satisfecho un umbral de pasivo mínimo, está prevista para los concursos que concluyen por insuficiencia de masa activa (art. 178.bis.1 en relación con el artículo 176.1.3.º y 176 bis LC), o con liquidación concursal sin haber satisfecho la totalidad de los créditos privilegiados (con privilegio general), pues, por definición, la parte de crédito satisfecha con la realización de los bienes y derechos afectos, supone pago del crédito privilegiado con privilegio especial (art. 157.2 LC *a sensu contrario*). Y la satisfacción de todos los créditos con privilegio general permitiría acceder a la modalidad «A», en caso de haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos²⁷.

Cumplidos los requisitos de buena fe exigidos en el artículo 178.bis.3 LC²⁸, el deudor debe presentar junto con la solicitud de exoneración, un plan de pagos, dentro del plazo de audiencia que se le hubiese conferido según el artículo 152.3 o 176.bis. 3 y 4 LC. Oídas las partes sobre el mismo, el plan será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones oportunas. No cabe que los acreedores se opongan a la exoneración por falta de conformidad con el plan de pagos (art. 178.bis.4.3.º LC), cuya aprobación es de arbitrio judicial (art. 178.bis.6.2.º LC)^{29, 30}.

Concedida la exoneración provisional por esta vía y concluido el concurso, el beneficio de la exoneración se extiende a la parte insatisfecha de los siguientes créditos:

1. Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, pero que, en todo caso, deben ser créditos anteriores a la declaración de concurso. Se exceptúan los créditos de derecho público y los créditos por alimentos (los cuales deben satisfacerse mediante el plan de pagos, si bien respecto de los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en la normativa específica [art. 178.bis.6.3.º LC], quedando excluidos del plan de pagos).

2. Respecto a los créditos con privilegio especial (enumerados en el art. 90.1 LC), la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada, salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a crédito ordinario o subordinado.

No son exonerables provisionalmente, por lo tanto, los créditos contra la masa, los créditos con privilegio general, los créditos de derecho público y los créditos por alimentos. Estos acreedores no podrán iniciar ningún tipo de acción para el cobro de los mismos mientras esté pendiente de cumplimiento el plan de pagos, quedando a salvo sus derechos frente a obligados solidarios, fiadores o avalistas.

Los créditos que no son objeto de exoneración provisional deben ser satisfechos por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante esos cinco años las deudas pendientes no podrán devengar interés (art. 178.bis.6 LC), ya sea legal o convencional, aunque parece que tendrían que quedar excluidos de tal previsión, según el espíritu del artículo 59.1 LC, los créditos salariales, los cuales podrían devengar interés conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos.

El beneficio de la exoneración provisional puede revocarse, a instancia de cualquier acreedor concursal, por las causas indicadas en el artículo 178.bis.7 LC, de las que destacamos *el incumplimiento de la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos*. Dicho incumplimiento debería tener su origen en dolo o culpa del deudor, esto es, debería serle imputable, para poder justificar la revocación. Si bien parece que es preciso elaborar un plan en función de los recursos de que dispone el deudor en el momento de solicitarlo, entiendo que el plan de pagos es revisable durante el periodo de cinco años en función del aumento de los recursos del deudor (inicia un actividad exitosa de emprendimiento, obtiene un puesto de trabajo adecuado a su capacidad...). Si los ingresos fuesen inexistentes, el plan de pagos debería determinar la imposibilidad del deudor de atender el pago de las deudas no exonerables (por el momento), sin perjuicio de ulterior revisión del mismo en caso de modificarse las condiciones económicas del deudor³¹.

Si el juez acordase la revocación del beneficio de la exoneración, todos los acreedores (pues el artículo 178.bis.7.3 LC no hace distinción), tanto los que no deben ser atendidos mediante el plan de pagos (art. 178.bis.5.1.º y 2.º LC), como los que sí deben ser atendidos mediante el mismo, recuperarían la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso (art. 178.bis.7.3 LC). Esta revocación, y en estos términos, constituye un poderoso incentivo para el regular cumplimiento del plan de pagos y el mantenimiento del deudor en su posición de buena fe, inicialmente verificada, y para que, en la medida de sus posibilidades, el deudor inicie una nueva actividad. En relación con esta última cuestión, parece que los ingresos que pudiera percibir por créditos o préstamos para financiación de su nueva actividad estarían excluidos de la atención al plan de pagos (no así los derivados de su nueva actividad). A estos efectos, como ya hemos señalado, debe constar en la sección especial del Registro Público Concursal la obtención del beneficio de la exoneración provisional, de modo que dicha circunstancia pueda ser conocida por quien efectúe un préstamo al deudor durante la vigencia del plan de pagos.

Transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso (créditos que no debían ser atendidos por el plan de pagos y créditos que debían ser atendidos)³².

El artículo 178.bis.8 LC, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2015, preveía que «también podrá [el juez], atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor *que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante dicho plazo [de cinco años] que no tuviesen la consideración de inembargables*», *entendiendo por tales los previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, así como los reseñados, en el artículo 152 in fine y 176.bis.3.1.º in fine de la LC*.

Dada esta cláusula que incorporaba el legislador cabía entender que si los ingresos fuesen inexistentes o fueren todos ellos inembargables, el deudor podría tener acceso a la exoneración definitiva aun sin haber cumplido un plan de pagos (deudor sin recursos). Por esta vía, la deuda remanente tras la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar podía quedar exonerada de forma definitiva (aunque no se hubiese atendido al pago parcial indicado en el art. 579.2 LEC).

Ahora bien, el legislador ha modificado esta cláusula del artículo 178.bis.8.2 LC por Ley 25/2015, de 28 de julio, dándole la siguiente redacción:

«También podrá [el juez], atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero que hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias de especial vulnerabilidad»³³.

Esta nueva alternativa introducida podría llevar a pensar que el legislador no ampara en esta cláusula los «planes cero», sino que exige en todo caso, para conceder la exoneración, un esfuerzo de pago al deudor. No obstante habrá que esperar a la interpretación que de este precepto haga la jurisprudencia.

V. CONCLUSIONES

I. La nueva redacción del artículo 178.bis.3.1.º LC en relación con el artículo 165.1.1.º LC plantea una contradicción interna que la doctrina ha intentado salvar señalando que podría referirse al supuesto en que la calificación de concurso culpable haya obedecido, no a la conducta del deudor, sino de sus representantes legales (en el caso de menores o incapacitados), o bien al supuesto en que el deudor no se opuso a la calificación del concurso como culpable en virtud de la presunción *iuris tantum* de culpabilidad del concurso del artículo 165.1.1.º LC (basada en el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso), pero *ulteriormente discute la concurrencia de dolo o culpa grave a efectos de la exoneración del pasivo insatisfecho en la liquidación concursal*.

II. Debe ser objeto de publicidad en el Registro Público Concursal, para quien acredite un interés legítimo acreditado o presunto [en virtud de lo dispuesto en el artículo 178.bis.3.5.º.v) LC], la exoneración provisional (o definitiva, en cuanto no sujeta a un plan de pagos, pero revocable) concedida por la vía A), hasta que transcurran los cinco años en que es revocable *por las causas del artículo 178.bis.7.1 y 2.c) LC, momento en que debería cancelarse el asiento registral*; así como la concedida por la vía B), *durante la vigencia de 5 años del plan de pagos [art. 178.bis.3.5.º.v) LC]*. Igualmente debe ser objeto de publicidad la *exoneración definitiva obtenida tras la vigencia del plan de pagos* (art. 178.bis.8.1 y 4 LC), en la medida en que es revocable por la causa prevista en el artículo 178.bis.7.1 LC (existencia de bienes ocultados), cancelándose el asiento una vez transcurridos 5 años.

III. La exoneración del pasivo pendiente obtenida por la vía de la modalidad A) (satisfacción de un umbral de pasivo mínimo), puede ser revocada en los cinco años siguientes a su concesión por constatarse la existencia de bienes o derechos del deudor ocultados. Igualmente, por razones de justicia (hacia los acreedores), expuestas en el Preámbulo de la Ley 25/2015, e igualdad de trato (entre concursados), puede ser revocada si durante dicho plazo mejorase sustancialmente la situación económica del deudor como consecuencia de una ganancia patrimonial atípica.

IV. La exoneración del pasivo pendiente obtenida provisionalmente, mediante la sujeción a un plan de pagos (modalidad B), puede ser revocada durante la vigencia del mismo por las causas del artículo 178.bis.7 LC. Obtenida la exoneración definitiva, esta es revocable durante un plazo de cinco años si en su transcurso se constatase la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados.

V. El legislador ha introducido una cláusula de cierre del sistema en relación al cumplimiento del plan de pagos, según la cual, parecen rechazarse los «planes cero». De manera que el deudor que pretendiese la exoneración definitiva y que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos, debería haber destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuvieran la consideración de inembargables, o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. No obstante, habrá que esperar a la interpretación que de este precepto haga la jurisprudencia.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- SAP de Madrid, sección 28.^a, de 20 de marzo de 2015
- AAP de Madrid, Sección 28.^a, de 17 de abril de 2015
- AAP de Madrid, Sección 28.^a, de 12 de junio de 2015
- AAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 25 de enero de 2016
- SJM núm. 1 de San Sebastián, de 8 de septiembre de 2015
- SJM de León, de 14 de octubre de 2015
- SJM de Barcelona núm. 8, de 16 de octubre de 2015
- SJPI de Logroño, de 25 de febrero de 2016
- AJM núm. 1 de Madrid, de 27 de marzo de 2013
- AJM núm. 9 de Barcelona, de 22 de enero de 2014
- AJM núm. 3 de Barcelona, de 2 de abril de 2014
- AJM núm. 10 de Barcelona de 15 de abril de 2015
- AJM núm. 3 de Barcelona, de 1 de octubre de 2015
- AJM de Palma de Mallorca, de 23 de diciembre de 2015

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BASTANTE GRANELL, V. (2016). *El deudor de buena fe en la Ley de segunda oportunidad*. Granada: Editorial Comares.
- CÁBANAS TREJO, R. (2015). El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero). *Diario La Ley*, núm. 8505, pp. 1-27.
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (2006). *Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia*. Naciones Unidas: Nueva York, disponible en línea en www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf
- CUENA CASAS, M. (2011a). *Fresh start* y mercado crediticio. *InDret* [en línea], núm. 3, disponible en www.indret.com

- (2011b). *Fresh start* y mercado crediticio español y estadounidense. *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 15, 565-593.
- (2014). Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start* *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, 123-159.
- (2015). Segunda oportunidad. Novedades de última hora. *El Notario del siglo XXI*, núm. 63, 48-52.
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L. (2016). *Calificación del concurso. Doctrina y jurisprudencia*. Madrid: Civitas.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V., BLANCO GARCÍA-LOMAS, L., y DÍAZ REVORIO, E. (2016). *El concurso de acreedores de la persona física*. Editorial La Ley.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.^a (2015a). Aspectos concursales de la Ley de segunda oportunidad. *Diario La Ley*, núm. 8500, 1-19.
- (2015b). *La reestructuración de deudas en la Ley de segunda oportunidad*. Barcelona: Bosch.
- GÓMEZ ASENSIO, C. (2015). Real Decreto-ley 1/2015 y mecanismos de segunda oportunidad: una paradójica reforma. *Diario La Ley*, núm. 8514, 1-12.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.^a del M. (2015). *La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia*. 2.^a ed. Madrid: Lefebvre, El Derecho.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2012). El *fresh start* o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del AJM núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 516-517.
- (2013). La figura del *fresh start* ¿Es conveniente su incorporación al ordenamiento jurídico español? En: Cuenca Casas, Matilde (coord.). *Homenaje a Joaquín Rams Albesa*. Madrid, Dykinson, pp. 543-558.
- (2014). El *fresh start* introducido en el Derecho español por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2585-2610.
- (2015a). El régimen de segunda oportunidad introducido por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, 2365-2384.
- (2015b). El tratamiento del sobreendeudamiento de la persona física en Francia mediante procedimientos especiales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 3719-3740.
- PULGAR EZQUERRA, J. (2015a). Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad. *Diario La Ley*, núm. 8141, 1-20.
- (2015b). Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad, *Diario La Ley*, núm. 8538, 1-16.
- VILLORIA RIVERA, I. (2014). Calificación del concurso. En: *Memento práctico Francis Lefebvre. Concursal*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, pp. 477-523.

NOTAS

¹ De acuerdo con la Disp. Transitoria de la Ley 14/2013, los concursos *declarados antes de la entrada en vigor (19 de octubre de 2013, según lo previsto en la Disp. Final 13.^a de la mencionada Ley) de su Título I, Capítulo V*, que era el que contenía las modificaciones a la LC, *continuarían rigiéndose hasta su terminación por la normativa concursal anterior, lo que significaba que en tales concursos no cabría la aplicación del fresh start de modo retroactivo*. Sin embargo, la jurisprudencia aplicó retroactivamente esta figura. Así, el AJM núm. 9 de Barcelona, de 22 de enero de 2014, acordó la conclusión del concurso de dos personas físicas, con liberación de todo el pasivo pendiente tras la liquidación. La propia Administración concursal solicitó que se declarase la extinción de los créditos subsistentes tras la

liquidación. Según esta resolución judicial, el hecho de que la LC no habilitase mecanismos de liberación de deudas para los consumidores en su redacción anterior a la Ley 14/2013 no implicaba que los prohibiese tajantemente, si se partía de una interpretación flexible de la misma; por lo que entendía que tales mecanismos eran posibles, caso por caso, a la vista de las amplias facultades que la Ley concedía al juez del concurso. Por lo que habiendo hecho la unidad familiar todo el sacrificio patrimonial posible (que había provocado la pérdida de la vivienda habitual y el escaso patrimonio inmobiliario adicional que poseía); no habiéndose opuesto los acreedores afectados por la medida y teniendo en cuenta las amplias facultades concedidas al juez del concurso y el merecimiento objetivo de los concursados, el Juzgado consideró que la conclusión del concurso debía conllevar la liberación del 100% de las deudas pendientes tras la fase de liquidación. *Realmente la condonación de la deuda pendiente fue voluntaria en este caso y no ex lege o judicial, pues se contaba con la aceptación de los acreedores afectados.* Con distinta apoyatura jurídica se pronunció el AJM núm. 3 de Barcelona, de 2 de abril de 2014. En este caso fue la resolución judicial la que concedió la exoneración de deudas, sin contar con la voluntad de los acreedores ordinarios, haciendo una aplicación retroactiva del *fresh start*, por la vía de excluir el artículo 178.2 LC, en su redacción dada por ley 14/2013, de lo dispuesto en el régimen transitorio de la mencionada Ley, que solo sería aplicable al acuerdo extrajudicial de pagos. En todo caso, este régimen transitorio fue derogado por la Disp. Transitoria 1.^ª3 del Real Decreto-ley 1/2015 al señalar que «los apartados 3 y 4 del artículo 176 bis y los artículos 178.2 y 178 bis de la Ley Concursal se aplicarán a los concursos que se encuentren en tramitación. En los concursos concluidos por liquidación o insuficiencia de masa activa antes de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley, el deudor podrá beneficiarse de lo establecido en los artículos 176 bis y 178 bis de la LC, si se instase de nuevo el concurso, voluntario o necesario». *Retroactividad de la figura de la exoneración del pasivo pendiente que reitera la Disp. Transitoria 1.^ª3 de la Ley 25/2015, de 28 de julio.* Ha aplicado retroactivamente el artículo 178.bis de la LC, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2015, y de acuerdo con la Disp. Transitoria 1.^ª3 del citado Real Decreto-ley, el AJM núm. 10 de Barcelona de 15 de abril de 2015. Por su parte, la SAP de Madrid (sección 28.^ª), de 20 de marzo de 2015, señala que la concursada, cuya declaración de concurso y conclusión por insuficiencia de masa activa (en el mismo auto de declaración) fue decretada por AJM núm. 1 de Madrid, de 27 de marzo de 2013, aplicando la redacción del artículo 176.bis.4 de la LC introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, *si tiene la aspiración de beneficiarse del nuevo sistema de exoneración de deuda debería atenerse a las previsiones de la Disp. Transitoria 1.^ª del Real Decreto-ley 1/2015, instando de nuevo el concurso voluntario.* Lo que reiteran los AAP de Madrid (Sección 28.^ª) de 17 de abril de 2015 y 12 de junio de 2015.

² En su E. de M. el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, señalaba que la introducción de la figura en el Derecho español perseguía desincentivar la economía sumergida e incentivar el acometimiento de nuevas actividades empresariales (emprendimiento) ofreciendo, por un lado, una solución preconcursal (acuerdo extrajudicial de pagos) al deudor persona física, empresario o no, que pudiera impedir su concurso y por otro lado, exceptuando el régimen de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil en caso de liquidación del patrimonio del deudor y en caso de concurso sin masa. Con relación a esta última medida la E. de M. señalaba que carece de sentido diferenciar el régimen de responsabilidad patrimonial por las deudas contraídas cuando una persona natural acomete una actividad empresarial a través de una persona jurídica interpuesta con limitación de la responsabilidad de los socios, y cuando la acomete contrayendo las obligaciones de forma directa. Si en el primer caso puede beneficiarse de una limitación de responsabilidad (de manera que solo el patrimonio social responda de las deudas, sin contagio al patrimonio personal de los socios), no parecería lógico que en el segundo caso la persona física quedase sujeta en todo su rigor al artículo 1911 del Código Civil, cuando muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe. Partiendo de esta fundamentación jurídica y teniendo presente la regulación de las Partidas (Ley 3.^ª, Título XV, Partida 5.^ª), el legislador establecía un sistema de segunda oportunidad o *fresh start* sobre la base de dos principios básicos: permitir que el deudor que ha liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores

quede exonerado del pago de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación (con controles y garantías para evitar insolvencias estratégicas o daciones en pago selectivas) y permitir, como una exigencia de justicia y tutela de los derechos de los acreedores, que estos puedan instar la revocación de tal beneficio en caso de mejora sustancial de la fortuna del deudor. Pero la introducción en el Derecho español de esta figura ha obedecido no solo a la coyuntura de la crisis económica mundial que ha afectado a España sino también a las recomendaciones formuladas a los Estados desde organismos internacionales. Así puede leerse en la *Guía legislativa sobre el régimen de insolvencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, de 25 de junio de 2004 (Segunda Parte, Capítulo VI. A. *Exoneración*) lo siguiente en relación con la figura del *fresh start*: «En algunos círculos se es cada vez más consciente de la necesidad de reconocer que el fracaso de una empresa es un hecho natural en una economía, así como de aceptar que tanto las empresas débiles como las sólidas pueden fracasar, aunque por distintas razones, sin que ello implique necesariamente una conducta irresponsable, temeraria o dolosa por parte de los directivos de la empresa. Una persona cuya empresa haya fracasado puede extraer enseñanzas de esa experiencia y algunos estudios indican que esas personas logran a menudo un gran éxito en proyectos empresariales posteriores. Por ello, varios Estados han decidido adoptar regímenes de la insolvencia que no se limitan a regular la administración de la insolvencia, sino que también *brindan una nueva oportunidad a los deudores insolventes*, despejando su situación financiera y adoptando otras medidas para mitigar el estigma social que sufre toda empresa declarada en quiebra, en vez de centrarse en sancionar al deudor. Además de adaptar el régimen de la insolvencia para eliminar las condiciones y restricciones innecesarias en materia de exoneración, es necesario promover un cambio de actitud de los bancos y de la sociedad en general ante la quiebra, y prever asistencia y apoyo para los empresarios afectados. Al mismo tiempo, es preciso que el régimen de la insolvencia proteja al público y a la comunidad mercantil contra los deudores que administren sus asuntos financieros de manera irresponsable, temeraria o deshonesto. 2. Una vez realizada la distribución en un procedimiento de liquidación de la masa de la insolvencia, es probable que algunos acreedores no hayan cobrado íntegramente sus créditos. El régimen de la insolvencia deberá regular la cuestión de si estos acreedores siguen teniendo un crédito pendiente frente al deudor o si, por el contrario, este queda exonerado o «liberado» de esos créditos residuales. 1. *Exoneración del deudor en un procedimiento de liquidación; a) Cuando el deudor sea una entidad jurídica.* 3. Cuando el deudor sea una sociedad de responsabilidad limitada, la cuestión de la exoneración una vez efectuada la liquidación no se plantea; en general, la legislación prevé la desaparición de la empresa como persona jurídica o, alternativamente, que siga existiendo, aunque ya no sea más que una estructura sin bienes. Los titulares de acciones no serán responsables de los créditos residuales y la cuestión de su exoneración no se planteará. Si la empresa del deudor adopta una forma diferente, como la de sociedad unipersonal, asociación de cuentas, o una entidad cuyos propietarios tengan responsabilidad ilimitada, se planteará la cuestión de si esos deudores, como personas, seguirán siendo responsables de los créditos no reembolsados tras la liquidación. b) *Cuando el deudor sea una persona física.* 4. Los regímenes de la insolvencia regulan de diversos modos la cuestión de la exoneración de un deudor que sea persona física. Con arreglo a algunos de ellos, un deudor insolvente no puede ser exonerado hasta que pague todas sus deudas. Conforme a otros regímenes, el deudor sigue siendo responsable del pago de los créditos no satisfechos hasta que expire el plazo de prescripción requerido (que en algunos casos puede ser bastante largo, como, por ejemplo, de diez años), tras lo cual se le podrá conceder la exoneración. Algunos de esos regímenes pueden imponer también al deudor varias condiciones y restricciones en relación con sus actividades profesionales, comerciales y personales, por ejemplo, actuar como miembro del consejo de administración de una sociedad mercantil. Este tipo de normas pone de relieve la importancia de la relación entre el deudor y el acreedor. Así, el hecho de que el deudor siga siendo responsable después de la liquidación tiene la doble finalidad de moderar la conducta financiera del deudor y de alentar al acreedor a conceder créditos financieros. Al mismo tiempo, ese enfoque puede tener el inconveniente de impedir que el empresario aproveche nuevas oportunidades, de frenar toda actividad

innovadora y empresarial, dada la severidad de las sanciones previstas en caso de incumplimiento, y de disuadir a los deudores de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia. 5. Otros regímenes prevén la exoneración completa de todo deudor honrado, que no haya cometido dolo, inmediatamente después de la distribución en un procedimiento de liquidación. Este criterio hace hincapié en el beneficio de la «nueva oportunidad» que entraña la exoneración y a menudo está destinado a fomentar el desarrollo de una clase empresarial. También constituye un reconocimiento de que el sobreendeudamiento es un fenómeno real en todas las economías actuales que todo régimen de la insolvencia debe abordar. En un tercer enfoque, se procura lograr una solución de avenencia, previendo la exoneración del deudor una vez transcurrido un determinado periodo contado a partir de la fecha de la distribución, durante el cual se espera que el deudor se esfuerce de buena fe para cumplir sus obligaciones pendientes. 6. Sea cual fuere el criterio que se adopte, en algunas circunstancias todos los regímenes limitan la posibilidad de exoneración. Esas circunstancias varían de un régimen a otro, pero pueden incluir los casos en que el deudor haya actuado con dolo, haya estado involucrado en actividades delictivas, haya infringido leyes laborales o de protección del medio ambiente, no haya llevado la contabilidad adecuada, no haya participado de buena fe en el procedimiento de insolvencia o no haya cooperado con el representante de la insolvencia, no haya facilitado o haya retenido u ocultado activamente información, haya proseguido sus actividades mercantiles ya a sabiendas de que era insolvente, haya contraído deudas sin una esperanza justificable de poder reembolsarlas y haya ocultado o destruido bienes o documentos tras la solicitud de apertura del procedimiento. 7. Algunos tipos de deudas pueden quedar excluidas de la exoneración, por ejemplo las derivadas de daños extracontractuales o de acuerdos de alimentos o de pensión alimentaria (pagos al cónyuge divorciado o para el sustento de los hijos del deudor); las deudas fraudulentas; las deudas basadas en multas impuestas como sanción sustitutiva de la pena de prisión y las deudas fiscales. 8. Además de imponer condiciones como parte de una exoneración, se le pueden también imponer condiciones al deudor y sus actividades, ya sea durante el procedimiento o como requisito para la exoneración. Estas restricciones pueden recomendarlas el representante de la insolvencia o el tribunal. Esas condiciones pueden comprender restricciones a la capacidad del deudor para obtener nuevo crédito, para salir del país, para realizar actividades mercantiles durante cierto tiempo o para ejercer su profesión durante un determinado periodo. También puede supeditarse la concesión de una exoneración a que el deudor no adquiera posteriormente una fortuna de valor considerable con la que podría reembolsar deudas anteriores. La duración de la aplicación de estas restricciones varía según la situación del deudor. Otras limitaciones previstas en los regímenes de la insolvencia afectan al número de veces que puede exonerarse a un deudor. En algunos ordenamientos solo se permite una exoneración; en otros debe transcurrir un determinado plazo, como, por ejemplo, de diez años, antes de que el deudor pueda tener derecho a una nueva exoneración o incluso a iniciar un procedimiento de insolvencia en el que pueda obtener una nueva exoneración. Otro enfoque consiste en restringir la exoneración, por ejemplo, cuando el deudor haya obtenido una liberación de sus deudas durante un cierto periodo antes de la apertura del procedimiento en curso y cuando los pagos realizados durante ese procedimiento anterior hayan sido inferiores a un determinado porcentaje. 9. Al elegir entre esas opciones deben sopesarse los objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia, teniendo en cuenta los posibles motivos de exoneración del deudor y la necesidad de sancionar ciertas conductas. Podría hacerse una distinción entre un proceder inapropiado y tal vez negligente y un proceder que llegue a tener carácter delictivo. Si la finalidad implícita del régimen de la insolvencia es superar las dificultades financieras del deudor y facilitarle un nuevo comienzo a fin de fomentar la actividad empresarial y asumir sus riesgos, podrá exonerarse, tras la liquidación, a todo deudor honrado que se haya mostrado dispuesto a cooperar y que haya cumplido sus obligaciones conforme al régimen de la insolvencia, imponiéndole restricciones mínimas. Si el criterio consiste en imponer restricciones drásticas a esos deudores y permitir la exoneración solamente al cabo de mucho tiempo y después de que hayan cumplido numerosas condiciones, cabrá deducir que la finalidad subyacente es castigar a los deudores, en vez de promover su rehabilitación. Sería más apropiado imponer restricciones y condiciones cuando el deudor no haya obrado con hon-

radez, no haya cooperado con el representante de la insolvencia o no haya cumplido sus obligaciones conforme al régimen o, en casos más extremos, cuando haya incurrido en una conducta delictiva. 10. Otra consideración válida al establecer las condiciones para la exoneración es la relación entre ellas y la lógica básica del principio de la exoneración. La imposición de ciertas condiciones amplias, como la de prohibir en general al deudor que lleve a cabo actividades mercantiles, tal vez actúe como sanción y no se ajuste al concepto básico de concederle una nueva oportunidad. Unas condiciones más concretas, como, por ejemplo, limitar las posibilidades del deudor de formar parte de un consejo de administración, podrían ser más adecuadas, sobre todo cuando el deudor fuera miembro del consejo de la empresa que pasó a ser insolvente. Cuando un régimen de la insolvencia prevea la imposición de condiciones y la exclusión de ciertas deudas de la exoneración, será conveniente que esas condiciones y exclusiones sean mínimas. *En la medida de lo posible, y por razones de transparencia y previsibilidad, convendría enunciar en el régimen los tipos de deudas que no podrán ser objeto de exoneración.* 11. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que podrá concederse la exoneración en una etapa temprana del procedimiento (con anterioridad a la conclusión). Sin embargo, podrá suspenderse si, por ejemplo, el deudor incumple una obligación, o revocarse, por ejemplo, cuando la exoneración se haya obtenido mediante dolo, cuando el deudor haya retenido fraudulentamente información sobre bienes que debían formar parte de la masa de la insolvencia, o cuando haya incumplido órdenes del tribunal. 12. Una cuestión que debe tenerse en cuenta al regular la posibilidad de exonerar de sus deudas a personas físicas que se dediquen a una actividad mercantil es el solapamiento entre el endeudamiento comercial y el endeudamiento del consumidor. Varios Estados, conscientes de que la insolvencia de las personas físicas se regula de diferentes modos (en algunos Estados no puede declararse en quiebra a personas físicas, mientras que en otros se exige que la persona haya actuado en calidad de «comerciante») y de que muchos Estados no disponen de un régimen sólido que regule la insolvencia del consumidor, han adoptado regímenes de la insolvencia que procuran distinguir entre los deudores que son simplemente consumidores y aquellos cuyas obligaciones se derivan de pequeñas empresas. Puesto que con frecuencia se utilizan préstamos personales para financiar pequeñas empresas, ya sea como capital inicial o como fondo de operaciones, puede ocurrir que no siempre sea posible dividir las deudas en categorías claras. Por esa razón, *cuando un ordenamiento jurídico reconoce tanto las deudas comerciales como las deudas de consumidores, tal vez carezca de sentido adoptar normas que regulen las deudas comerciales de personas físicas que difieran de las reglas aplicables a las deudas de consumidores.* 13. Cabe señalar que la exoneración de un deudor que sea persona física no suele afectar a la responsabilidad de un tercero que haya garantizado las obligaciones de ese deudor». Sentado lo anterior se efectúan las siguientes recomendaciones. *Recomendaciones 194 a 196. Finalidad de las disposiciones legislativas.* Las disposiciones sobre la exoneración del deudor tienen por objeto: a) Permitir que un deudor que sea una persona física quede definitivamente exonerado del pago de sus deudas anteriores a la apertura del procedimiento, dándole así la oportunidad de comenzar de nuevo; b) Determinar las circunstancias en que podrá concederse la exoneración y las condiciones de su concesión. *Recomendaciones 194 a 196 (continuación).* *Contenido de las disposiciones legislativas. Exoneración de un deudor que sea persona física en procedimientos de liquidación (párr. 1, 2 y 4 a 13).* 194. Cuando una persona física pueda acogerse al régimen de la insolvencia en calidad de deudor, convendría regular la cuestión de la exoneración del deudor de su responsabilidad por las deudas contraídas antes de la apertura del procedimiento. El régimen de la insolvencia podrá disponer que la exoneración no se conceda hasta la expiración de un plazo concreto, contado a partir de la fecha de apertura del procedimiento, durante el cual se espera que el deudor coopere con el representante de la insolvencia. Al expirar el plazo, el deudor podrá quedar exonerado si no ha actuado fraudulentamente y si ha cooperado con el representante de la insolvencia en el cumplimiento de las obligaciones que le imponga el régimen de la insolvencia. El régimen podrá prever la revocación de toda exoneración obtenida por medios fraudulentos. 195. Cuando el régimen de la insolvencia prevea que ciertas deudas se excluirán de la exoneración, convendrá reducir al mínimo las deudas excluidas con objeto de facilitar que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme, y

enunciar claramente tales exclusiones en el régimen de la insolvencia. 196. Cuando el régimen de la insolvencia disponga que podrán imponerse condiciones para conceder la exoneración al deudor; convendrá reducir al mínimo esas condiciones con objeto de que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme y enunciarlas claramente en el régimen» (*Guía legislativa sobre el régimen de insolvencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, de 25 de junio de 2004, www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf). Sobre los inconvenientes que plantea la figura de la exoneración del pasivo pendiente, *vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2013.

³ Sobre el tratamiento del sobreendeudamiento de la persona física en Francia mediante procedimientos especiales, *vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2015, b.

⁴ Sobre el derecho norteamericano, *vid.*, CUENA CASAS, 2011, a y b.

⁵ *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2012. Sobre la inicial regulación del *fresh start* por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, *vid.*, CUENA CASAS, 2014 y JIMÉNEZ PARÍS, 2014.

⁶ De acuerdo con el artículo 178.2 LC, todos aquellos deudores personas físicas que no presenten en tiempo y forma (art. 178.bis.2 LC) su solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, o habiéndola presentado *no reúnan los requisitos de buena fe indicados en el artículo 178.bis.3 (art. 178.bis.4.3.º LC)*, quedan sujetos al principio de responsabilidad patrimonial del artículo 1911 del Código Civil en toda su extensión, o sea respondiendo con sus bienes futuros. Los requisitos de buena fe que el deudor persona natural (consumidor o empresario, entendiendo por tal, de acuerdo con el artículo 231.2 LC en relación con el artículo 178.bis.3.3.º LC, los que tuvieren tal condición conforme a la legislación mercantil, aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos) debe cumplir son los siguientes (Real Decreto-ley 1/2015): 1. Que su concurso no hubiese sido declarado culpable; 2. Que no hubiese 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 debe suspender su decisión respecto a la concesión del beneficio hasta que exista sentencia penal absolutoria (lo que supone una excepción a la regla del artículo 189.1 LC relativa a la prejudicialidad penal, según la cual la incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocarán la suspensión de la tramitación de este); 3. Que reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231 LC, haya celebrado, o al menos intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. Este requisito solo es exigible para la segunda vía de exoneración (plan de pagos), pudiendo faltar en el caso de la primera vía de exoneración (satisfacción de un umbral de pasivo mínimo). No podrán solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos (y por lo tanto, no podrán acceder al plan de pagos, aunque sí a la vía A) de exoneración, satisfaciendo un umbral de pasivo mayor) quienes se encuentren en las situaciones descritas en el artículo 231.3 y 4 LC. Se considerará intentado el acuerdo extrajudicial de pagos en los casos de imposibilidad de alcanzar el acuerdo; incumplimiento no imputable al deudor del acuerdo alcanzado y anulación del acuerdo extrajudicial de pagos (siempre que la anulación no tenga su causa última en un comportamiento malicioso del deudor); 4. 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. Que, alternativamente al número anterior; esto es, si no ha sido posible satisfacer ese umbral de pasivo mínimo en la liquidación concursal (y con mayor motivo, en el concurso sin masa), el deudor: a) acepte someterse a un plan de pagos (art. 178.bis.6 LC); b) no haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42 LC; c) no haya obtenido el beneficio de la exoneración dentro de los últimos diez años; d) no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad, y e) acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración que formule, que la obtención de este beneficio se haga constar en la sección especial del Registro Público concursal, con acceso público, por un plazo de cinco años. *Vid.*, la explicación con más detalle de estos requisitos en JIMÉNEZ PARÍS, 2015 a.

⁷ La formación de la sección de calificación se ordena en la misma resolución judicial por la que se aprueba el convenio, el plan de liquidación o se ordena la liquidación conforme a las normas legales supletorias, excepto en el caso de haberse aprobado un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores, o para los de una o varias clases, *entendiendo igualmente por tales las establecidas en el artículo 94.2 LC*, una quita inferior a un tercio del importe de los créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido (art. 167 LC). Este artículo 167 LC fue modificado por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal con vistas a clarificar las dudas interpretativas existentes en torno al término «clase». Como señala el Preámbulo de este Real Decreto-ley, «el término «clase» puede implicar en una interpretación estricta, una referencia a la clasificación legal de los créditos, en los términos establecidos en los artículos 89 a 92 LC, de suerte que solamente cuando todos y cada uno de los acreedores clasificados en el proceso concursal de la misma manera queden afectados por las quitas y esperas inferiores a lo que dispone el precepto, no procederá la formación de la sección de calificación. Sin embargo, la práctica judicial ha venido a darle un sentido más genérico, incluyendo en tal «clase» a un grupo de acreedores que reúnan características comunes aunque tal grupo no comprenda a todos los de la misma clasificación concursal, a los efectos del tratamiento otorgable en la sección de calificación respecto a propuestas de convenio no gravosas. Habida cuenta que el artículo 94.2, en la redacción dada por este Real Decreto-ley, incorpora una nueva definición del término «clase» aplicable, conforme al artículo 134, a los supuestos en que el convenio llegara a arrastrar a acreedores privilegiados y no exclusivamente a los ordinarios, es imprescindible aclarar, para evitar mayores dudas, que la mención que se efectúa en el artículo 167 debe entenderse también referida a esta definición, que afecta a una pluralidad de acreedores beneficiados por la solución concursal lo suficientemente amplia como para hacer equivalente el tratamiento a efectos de la sección de calificación». La Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, precedente del Real Decreto-ley antes mencionado, introdujo mejoras técnicas en diversos artículos del Título VI de la LC («De la calificación del concurso») (arts. 164.1, 165 y 172.2.1.º LC), con el objeto de aclarar su redacción o ajustarla a la del reformado artículo 167 LC.

⁸ Artículo 165 (en su redacción anterior a la Ley 25/2015). Presunciones de dolo o culpa grave: «Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: 1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso...».

⁹ Hemos seguido en esta exposición a VILLORIA RIVERA, 2014, 477-483, y FERNÁNDEZ SEIJO, 2015, 231-233.

¹⁰ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2015, 88.

¹¹ Artículo 165 (en su redacción dada por Ley 29/2015). *Presunciones de culpabilidad*. «1. *El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario*, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: 1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso».

¹² Artículo 170.1 LC: «Si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno».

¹³ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2015, 87-88.

¹⁴ CUENA CASAS, 2015, 49, y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2015, 89.

¹⁵ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2015, 89-90.

¹⁶ De acuerdo con la SJM de León, de 14 de octubre de 2015, no ostenta buena fe a efectos de obtener la exoneración del pasivo insatisfecho el concursado Clodiner Barrero González, que fue condenado en el concurso de la sociedad mercantil Barrero González, S. L. como afectado por la calificación, por entender que «los requisitos relacionados en el apartado 3 del artículo 178 bis LC constituyen un mínimo para la apreciación de la buena fe del deudor; que puede no obstante descartarse por la concurrencia de otras circunstancias. Del mismo modo que en la regulación del instituto penal de la suspensión de las penas privativas de libertad, de cuyas fuentes bebe la figura introducida en el artículo 178 bis de la LC, el Código Penal establece unos mínimos que deben concurrir en todo caso, pero que por sí mismos

no son suficientes, en la figura de la exoneración del pasivo insatisfecho la concurrencia de los requisitos recogidos en el apartado 3 del precepto constituye un mínimo en sí mismo insuficiente, que precisa además de la falta de advertencia de cualquier circunstancia que pueda descartar la buena fe del deudor, entre las que, no parece haber lugar a la duda, debe incluirse la condena como afectado por la calificación de otro concurso». «... Y parece obvio que el apartado 3 del artículo 178 bis de la LC no ha contemplado la posibilidad de previa condena del concursado como afectado en la calificación de otro concurso culpable de una sociedad como supuesto de exclusión del requisito de la buena fe, no obstante lo cual existe total identidad de razón entre el supuesto previsto y el concurrente en el caso litigioso, y por tanto resulta de aplicación por vía analógica», opinión que compartimos. A este respecto, sin embargo, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ señala que la norma del artículo 178.bis.3.1.º LC se refiere a que el concurso no haya sido declarado culpable, lo que de manera exclusiva se encuentra relacionado con lo resuelto en el concreto procedimiento concursal del deudor que pretende verse favorecido por el beneficio de la exoneración. De manera que no tendrían cabida en este requisito ni impedirían la exoneración de deudas el hecho de que el deudor hubiera sido declarado persona afectada por la calificación o cómplice en la sección de calificación abierta en el concurso de un tercero, si bien tales declaraciones podrían tener relevancia en la apreciación de una posible falta de buena fe, «de proyectarse los hechos determinantes de dicha condena en la insolvencia del concursado» (HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2015, 90-91).

¹⁷ JIMÉNEZ PARÍS, 2015 a.

¹⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2015, 106.

¹⁹ Cfr., CUENA CASAS, 2015, 50.

²⁰ Cfr., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2015, 105.

²¹ FERNÁNDEZ SEJO, 2015, 276.

²² HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2015, 105.

²³ Artículo 178.bis.7, en redacción dada por Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero: «Cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando el deudor, durante los cinco años siguientes a su concesión: a) Incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el apartado 3 hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho; b) En su caso, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos. c) Mejoras sustancialmente la situación económica del deudor de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos; o d) Se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultados. La solicitud se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal. En caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso».

²⁴ En relación con los obligados solidarios, fiadores y avalistas, el artículo 178.bis. 5.3 LC ha sido reformado en el sentido de incluirse la mención de que los tales no podrán «subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquel [el concursado], salvo que se revocase la exoneración concedida».

²⁵ Artículo 60 LC: «1. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración. 2. La interrupción de la prescripción no perjudicará a los deudores solidarios, así como tampoco a los fiadores y avalistas. 3. ...También quedará interrumpida la prescripción de las acciones cuyo ejercicio quede suspendido en virtud de lo dispuesto en esta ley. 4. En el supuesto previsto en los apartados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso».

²⁶ Preámbulo I.19 de la Ley 25/2015: «Se trata de permitir que aquel que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación. Y se trata igualmente de cuantificar la mejora de fortuna que, eventualmente, permitirá revocar dicho beneficio por las razones de justicia hacia los acreedores que tan acertadamente expusieron autores como MANRESA».

²⁷ Si no se intentó el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 178.bis.3.3.º LC) y al mismo tiempo no se satisface el umbral de pasivo mínimo del artículo 178.bis.3.4.º LC (25% del crédito ordinario), el deudor quedaría fuera del ámbito de la exoneración concursal, pudiendo recurrir a la moderación de la responsabilidad patrimonial universal, introducida en la LEC por la Ley 1/2013 (vid. art. 579 LC) y sujeto a las ejecuciones ordinarias y reapertura del concurso (siempre que concurriesen sus presupuestos). No obstante, el abono por esta vía del umbral de pasivo necesario según el artículo 178.bis.3.4.º LC, podría justificar la reapertura del concurso con el fin de obtener la exoneración del pasivo insatisfecho, al haberse satisfecho por vía extraconcursal los créditos reconocidos en el mismo (arg. ex art. 178.2 in fine y 180.1 LC y Disp. Transitoria 1.ª.3 de la Ley 29/2015).

²⁸ Aparte de la controversia relativa al carácter abierto o cerrado de la relación de requisitos que para la apreciación de la exigencia de buena fe se contiene en el apartado 3 del artículo 178 bis LC, otra cuestión discutida en torno al requisito de la buena fe es la referente a la necesidad de haber intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pago, exigido taxativamente en el artículo 178.bis. 3.3.º LC y luego excepcionado en el artículo 178.bis.3.4.º LC. Para la SJM de León, de 14 de octubre de 2015, habría que interpretar la norma en el sentido de que «solo si no reúne (el deudor) los requisitos para intentar un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231 LC), el deudor podrá optar a la exoneración del pasivo insatisfecho pese a no haberlo intentado,...». Por lo que siempre que reuniese tales requisitos del artículo 231 LC debería haberlo intentado, so pena de no poder acceder a la exoneración concursal, ni por la vía de la modalidad «A», ni por la vía de la modalidad «B». Esta interpretación, que compartimos, supone así una mayor exigencia para el acceso a la exoneración, pues impide considerar que el intento de acuerdo extrajudicial de pagos es de libre opción por el deudor. En la misma línea cabe citar el AAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 25 de enero de 2016, que confirma la inadmisión a trámite de una solicitud de exoneración de pasivo pendiente formulada en un concurso en el que en el mismo auto de declaración, se acordó la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa. El Juzgado había rechazado la petición argumentando que no se había acreditado por el deudor el haber intentado con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos. La Audiencia Provincial señala que «... en interpretación literal de la norma, el intento de AEP es condición ineludible para que el deudor pueda ser considerado de buena fe a efectos de la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo. La redacción dada al artículo 178.2 por la Ley 14/2013 no lo exigía. La nueva norma precisa un intento previo de AEP que en la lógica de las cosas habrá resultado frustrado, pues en otro caso el AEP, perfeccionado y cumplido, habrá logrado su finalidad de liberar al deudor de las deudas o de la parte insatisfecha de las deudas que no gocen de garantía real o por la parte que exceda del valor de la garantía. El intento de obtención del acuerdo se concibe como una manifestación de que el beneficio lo solicita un deudor responsable y colaborador, predispuesto a pagar sus deudas. Se impone así al deudor la carga de solicitar previamente el AEP para solicitar la remisión del pasivo. La pertinencia de tener que acudir al procedimiento extrajudicial para superar la insolvencia, cuando no existen posibilidades efectivas de lograr acuerdo alguno con los acreedores, o aun antes, cuando no existan bienes suficientes para acometer los propios gastos del expediente notarial, puede resultar cuestionable, pero constituye el ejercicio de una opción legislativa, que el intérprete no puede soslayar. Tampoco apreciamos contradicción en la norma, pues en la introducción de la alternativa al último requisito de pago de los créditos contra la masa y privilegiados (ap. 4.º, art. 178.bis.3), cuando se añade la posibilidad de que el deudor no haya intentado el AEP —en cuyo caso deberá también haber satisfecho el 25% del pasivo ordinario— puede interpretarse en el sentido de que la norma se está refiriendo a los deudores que no cumplan los requisitos del artículo 231». La SJPI de Logroño, de 25 de febrero de 2016, considera que para poder acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho (abonando simplemente los créditos contra la masa y los créditos privilegiados), debe acreditarse cumplidamente haber intentado la celebración de un AEP, no pudiendo considerarse como tal un acuerdo en el que directamente se planteaba el perdón del 100 % de la deuda, a lo que obviamente se opusieron los acreedores. «La utilización del AEP como simple medio para «cumplir el expediente» y así evitar el abono del 25% del crédito ordinario no puede sino ser considerado como un fraude de ley que no puede ser amparado. El beneficio se otorga a aquellos que han acudido a di-

cha vía e intentado de manera real y efectiva con sus acreedores llegar a un entendimiento acerca del modo y forma de abonar sus créditos, bajo el prisma de la reducción del crédito o del aplazamiento de su pago en condiciones distintas y más ventajosas para el deudor, de manera que los acreedores consideren más adecuado y ventajoso a sus intereses el cobro de una cantidad inferior o en un mayor plazo de la deuda, frente al peligro que supondría no cobrar o cobrar una cantidad exigua por verse abocado el deudor a un proceso concursal liquidativo». «... haber «tramitado formalmente» un acuerdo extrajudicial no permite entender que se haya «intentado» el mismo, como exige... (el art. 178.bis.3.4.º LC), y por lo tanto, será necesario exigir el abono del 25% de los créditos ordinarios para acceder a la exoneración por la vía ordinaria, o en su caso cumplir con las formalidades de la alternativa... (del art. 178.bis.3.5.º LC)...» «... Como en este caso se considera que no se ha intentado, la parte solicitante debería en su caso, o haber abonado el 25% de los créditos ordinarios, o en su caso dentro del incidente haber aportado para el caso de su no estimación un plan de pagos conforme al número 5 del artículo 178 bis, cosa que no se hace», razón por la cual la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho es íntegramente desestimada.

²⁹ Sin embargo, en la práctica judicial, la tramitación procesal del beneficio de la exoneración se está articulando también de otro modo al expuesto (aceptándose la presentación del plan de pagos no junto con la solicitud de exoneración sino en un momento posterior) pues la SJM núm. 1 de San Sebastián, de 8 de septiembre de 2015, reconoce el beneficio de la exoneración a dos concursados en los términos del artículo 178.bis.5 provisional y *condicionado a que los deudores presenten en el plazo de cinco días un plan de pagos para el pago de los créditos contra la masa por honorarios de la administración concursal (o alternativamente, la renuncia de esta al cobro de los impagados en el concurso), el cual deberá ser, en su caso, aprobado por el Juzgado en los términos propuestos o con las modificaciones oportunas*. Señalando que la exoneración podrá ser revocada en los términos del artículo 178. bis.7 y confirmada en los términos del artículo 178.bis.8 LC. *La solicitud se concedió en el seno de un incidente concursal, dada la oposición a la exoneración por falta de cumplimiento de los requisitos de pago del artículo 178.bis.3.4.º LC, frente a la cual los deudores aceptaron someterse a un plan de pagos*.

³⁰ En el supuesto resuelto por AJM de Palma de Mallorca, de 23 de diciembre de 2015, el Fondo de Garantía Salarial se opuso al plan de pagos propuesto por el deudor, sosteniendo que solo aceptaría el aplazamiento en el pago de firmarse convenio y presentarse aval o garantía hipotecaria (la administración concursal había solicitado la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa). El Juzgado considera que «la propuesta del deudor se ajusta a la previsión de la normativa concursal de pago en plazo de cinco años, representando obstáculo insalvable para obtener la exoneración la exigencia de garantía para deudor que no dispone de bienes, previéndose en la propia normativa tributaria la posibilidad de dispensar de su exigencia [art. 82.2.b) LGT]. Por ello, en aplicación de lo prevenido en el artículo 178.bis.4 procede conceder el beneficio con carácter provisional».

³¹ Para la SJM de León de 14 de octubre de 2015, la solicitud de exoneración provisional solo podría ser concedida si el deudor acepta someterse a un plan de pagos «en el que las deudas no exoneradas deberán ser satisfechas dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior». Si no pudiera fijarse un plan en estos términos, procedería denegar la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho.

³² La modalidad «B» de exoneración también procede (y se concede una exoneración provisional) aunque se trate de un concurso sin masa en el que *no proceda la fijación de un plan de pagos, por constituir todo el pasivo pendiente deuda exonerable provisionalmente y no existir precisamente deudas no exonerables provisionalmente (esto es, créditos contra la masa o privilegiados, públicos o por alimentos pendientes de pago)*. Es el caso del AJM núm. 3 de Barcelona de 1 de octubre de 2015. El deudor intentó sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos, por lo que el mediador concursal instó el concurso consecutivo. De conformidad con el artículo 176.bis.4.2 LC, se acordó su conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración (al no disponer el deudor más que de parte de su salario como activo embargable, lo que obligaría al mantenimiento de la liquidación concursal durante un plazo de 14 años para el pago de sus deudas). De acuerdo con el artículo 176.bis.4.2 en relación

con el artículo 178.bis.5 LC se acuerda la exoneración provisional del pasivo concursal no satisfecho calificado en el concurso como ordinario o subordinado. *Al no constar deudas no exonerables, no cabía condicionar la concesión del beneficio al sometimiento de un plan de pagos. El Auto señala que «respecto de las deudas exoneradas provisionalmente ninguno de los acreedores ... podrá realizar reclamación alguna por principal o intereses contra el Sr. Mateo salvo que se acuerde la revocación del beneficio por las causas previstas en el artículo 178.bis.7 en los plazos previstos en dicho precepto»*, quedando a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de la exoneración provisional del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado, ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra el concursado, salvo que se revocase la exoneración concedida. Situación similar es la contemplada por la SJM de Barcelona núm. 8, de 16 de octubre de 2015. El matrimonio concursado, había estado cumpliendo con un plan de pagos en el seno de la liquidación concursal para atender crédito ordinario y subordinado desde abril de 2012, habiendo satisfecho el 22% del crédito ordinario (mediante retenciones mensuales de la parte embargable de su salario). El 1 de julio de 2015, solicitó la exoneración del pasivo insatisfecho sobre la base del artículo 178.bis LC. La sentencia considera que los concursados reúnen los requisitos requeridos en el artículo 178.bis.3 LC para acceder a la exoneración, pues el haber intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos no era exigible a los deudores por cuanto solicitado el concurso en 2009, en dicha fecha no existía este procedimiento pre concursal y, por otro lado, el aceptar someterse a un plan de pagos, habría sido cumplido pues llevaban cumpliendo durante tres años y medio puntualmente el plan de pagos enmarcado en la liquidación concursal, procediendo por lo tanto, la exoneración provisional de su pasivo ordinario y subordinado, sin necesidad de cumplir el plan de pagos previsto en el artículo 178.bis.6 LC. Ya que este plan de pagos se refiere a las deudas que no quedan exoneradas provisionalmente conforme al artículo 178.bis.5 (crédito público, crédito por alimentos, créditos contra la masa y crédito con privilegio general), que deberán satisfacerse en 5 años, *presentando este caso la peculiaridad de que ya se habían pagado las dichas deudas no exonerables, quedando pendiente exclusivamente las deudas si exonerables con arreglo al mencionado precepto (créditos ordinarios y subordinados). Por todo lo cual, en la medida en que las deudas que se deberían atender conforme al plan de pagos del apartado 178.bis.3.5.º y 6 LC ya se habían abonado, debía acordarse «la exoneración provisional del pasivo concursal insatisfecho sin plan de pagos puesto que están satisfechas las deudas que deberían ser objeto del mismo»*, sin perjuicio de la posibilidad de revocación del beneficio a instancia de cualquier acreedor concursal si concurrieren alguno de los supuestos del artículo 178.bis.7 LC y sin perjuicio de que transcurrido el plazo de 5 años sin que se hubiese revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del concursado, dictase auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho.

³³ Artículo 178.bis.8.3: «A los efectos de este artículo, se entiende por ingresos inembargables los previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa».

2. DERECHO MERCANTIL

La calificación del concurso por irregularidades contables graves, inexactitud grave de documentos aportados y retraso en la solicitud del concurso desde una visión jurisprudencial

The status of competition for serious financial irregularities, inaccuracies grave of documents provided and delay in application of competition from a vision jurisprudencial

por

MARÍA DEL PINO DOMÍNGUEZ CABRERA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho mercantil

Facultad de Ciencias Jurídicas

Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

RESUMEN: La práctica ha ido modulando el desarrollo legislativo de la Ley concursal española, que sin duda, supone una novedad en atención a lo que venía siendo habitual.

Ciertamente, hoy su desarrollo legislativo ha venido matizado por la rapidez en sus modificaciones y lo que parece que va afectando al encaje general de una norma, que fue trabajada por las Comisiones de juristas.

Dicho esto, ciertamente la doctrina y jurisprudencia marcan la importancia en su evolución, así en ámbitos tan importantes como la calificación concursal, el encaje conjunto es imprescindible para entender una parcela compleja pero apasionante de la insolvencia empresarial.

ABSTRACT: *The practice has been modulating the legislative development of the Spanish Insolvency Law, which certainly is a novelty in attention to what had been customary.*

Certainly, today its legislative development has been tempered by the speed of their modifications and what looks affecting the overall fit of a standard, which was worked by the Commissions of jurists.

That said, the doctrine and jurisprudence certainly mark the importance trends, and in such important areas as bankruptcy rating, all lace is essential to understand a complex but exciting plot of corporate insolvency.

PALABRAS CLAVES: Concurso. Calificación concursal. Irregularidades contables graves. Inexactitud de la documentación. Retraso en la solicitud concursal.

KEY WORDS: *Concursal rating. Serious accounting irregularities. Inaccuracy domentation. Delay in bankruptcy application.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO.—III. SUPUESTO DE IRREGULARIDAD CONTABLE.—IV. INEXACTITUD GRAVE EN LOS DOCUMENTOS ACOMPAÑADOS A LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO—V. EL RETRASO EN LA SOLICITUD DE CONCURSO.—VI. ELEMENTOS SUBJETIVOS.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Por la Administración Concursal se solicita la calificación como culpable del concurso de una entidad¹, indicando como personas afectadas por la calificación a los miembros de la comisión ejecutiva del Consejo de administración y por la concurrencia de los siguientes supuestos generadores de culpabilidad:

- a) irregularidades contables graves², por remisión a las observaciones expuestas en los informes de auditoría;
- b) inexactitud grave de documentos aportados en la solicitud³ al no estar actualizado a ese momento el inventario y la lista de acreedores, limitándose las pretensiones interesadas a la inhabilitación por un periodo de dos años y pérdida de derechos que pudieran ostentar como acreedores;
- c) retraso en la solicitud de concurso que agrava la insolvencia⁴, al estar incurso en insolvencia como lo puede revelar su fondo de maniobra negativo, las deudas significativas con empleados, AEAT y Tesorería General Seguridad Social y la concurrencia de causa de disolución societaria; demora que ha agravado la insolvencia.

II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO

Varias consideraciones previas procede hacer para delimitar el objeto procesal y configurar el planteamiento aplicado por los tribunales jurisdiccionales mercantiles que atienden, entre otros, y como no puede ser de otra manera, a los planteamientos doctrinales delimitados en la materia.

La primera es que las alegaciones fácticas y pretensiones de las partes configuran el alcance del pronunciamiento judicial, sin que pueda el Juzgador apreciar *ex officio* supuestos de culpabilidad cuyo sustrato fáctico no haya sido debatido, o fijar consecuencias jurídicas no invocados ni para sujetos distintos a los solicitados en el momento procesal oportuno, por exigencia del principio de defensa y de un proceso con todas las garantías⁵, entre los que se encuentran el de alegación y prueba, precisando la sentencia de calificación una previa petición fundada, pues no hay que perder de vista que la Ley de Enjuiciamiento Civil es de aplicación supletoria en el proceso concursal, y por tanto, el principio esencial de rogación y dispositivo⁶, siendo la substanciación de los hechos en la norma correspondiente función judicial no vinculada a la que realicen las partes —*iura novit curia*—⁷.

Por tanto, de una parte, desde el punto de vista subjetivo, no puede enjuiciarse el comportamiento activo u omisivo de miembros del consejo de administración

que no han sido demandados. De otra, desde el punto de vista objetivo, las referencias de algunas personas afectadas a supuestos de calificación no invocados deben ser entendidas por superfluas y prescindibles.

Luego, es baladí, cualquier planteamiento de parte en un proceso, que mantenga que la concursada no es una sociedad mercantil sino deportiva, como si se trataran de categorías incompatibles, en abierta contradicción con nuestro derecho positivo constituido por el Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas según el cual *Los clubes, o sus equipos profesionales, que participen en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal deberán ostentar la forma de sociedad anónima deportiva en los términos y en los casos establecidos en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, las disposiciones transitorias del Real Decreto 1084/1991, de 5 de julio, y en el presente Real Decreto*, siendo su objeto social *la participación en competiciones deportivas de carácter profesional y, en su caso, la promoción y el desarrollo de actividades deportivas, así como otras actividades relacionadas o derivadas de dicha práctica*⁸, sujetas, con las especialidades que prevé la normativa sectorial, a las mismas exigencias que las demás sociedades anónimas previstas en la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC)⁹, antes TRLSA, que por definición, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil¹⁰.

La búsqueda del éxito deportivo no habilita a sus administradores a actuar al margen de la diligencia de un ordenado empresario. Tampoco alteraría esa conclusión el que el socio de referencia fuera público, acompañado de otras entidades con importante vínculo con el sector público.

No existe base legal que justifique el deber de guiar el pronunciamiento judicial concurrente para enjuiciar de manera distinta la sección sexta del concurso de una sociedad anónima deportiva del que es socio mayoritario un organismo local que la de otra sociedad anónima, sin que nos encontremos ante una asociación benéfica u ONG dedicada altruistamente a la promoción y el desarrollo de la actividad deportiva de base, en tanto en cuanto, atendemos a unos hechos enjuiciados que se corresponden a los de una sociedad que no solo tiene por objeto la promoción y el desarrollo del deporte, sino la participación en competiciones deportivas de carácter profesional, que manejaba un presupuesto de varios millones de euros.

Otra cosa es que siendo *«...cierto que el estándar de comportamiento exigible al administrador de una sociedad ha de concretarse en función de la actividad de la misma y de las circunstancias en que se encuentre habrá que ponderar si la actuación de esos poderes públicos en la marcha de la SAD tiene, y en que medida, transcendencia a la hora de valorar el juicio de imputación subjetiva respecto de las personas afectadas*¹¹.

Por su parte, el sistema de calificación concursal diseñado en la sección sexta no debe ser confundido con la normativa societaria en materia de responsabilidad de administradores societarios, especialmente por concurrir causa de disolución, ni el estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que es causa de disolución societaria¹².

Es posible que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación.

Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo ser liquidable a muy largo plazo

y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual. Por ello aunque con frecuencia se solapen, insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes, lo determinante para apreciar si ha concurrido el supuesto de hecho del artículo 165.1 LC es la insolvencia, no el desbalance o la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas agravadas. En consecuencia, el esfuerzo en discutir si hay o no causa de disolución es en buena parte baldío.

En sede concursal los hechos deben ser analizados desde la óptica del artículo 164.1 y su complementario artículo 165, o si tienen encaje en alguna de las hipótesis del artículo 164.2 LC, atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual Ley 22/2003 sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso se califique como culpable:

a) los casos previstos en el apartado 2 del artículo 164, en los que «la calificación es ajena a la producción del resultado contemplado en el apartado 1 del mismo artículo, ya que está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma [...], de modo que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, determina aquella calificación por sí sola, esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia, por lo que, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en esta norma unos tipos de simple actividad»¹³.

b) los supuestos del artículo 164.1 y artículo 165, indica que el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164 —apartados 1 y 2—, sino que es una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1, viniendo la reciente sentencia de 1 de abril de 2014, al tratar de un supuesto de infracción del deber de solicitar la declaración de concurso a reseñar que el artículo 165 de la Ley Concursal es una norma complementaria de la del artículo 164.1. Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción «*iuris tantum*» en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia, que al ser reiterada en sentencia de 3 de julio de 2014, ha provocado una modificación de la exégesis mantenida hasta ese momento por la mayoría de órganos judiciales sobre el alcance del artículo 165, de manera que, tras esta doctrina jurisprudencial, al menos en lo relativo a la demora en la solicitud de concurso, si no se desvirtúa esa presunción, procede la declaración de concurso culpable, sin precisar esfuerzo probatorio adicional por la actora referente a si a ese comportamiento omisivo se puede ligar causalmente el agravamiento patrimonial de la concursada, pues les corresponderá a los demandados probar que, no obstante la demora en la solicitud, ello no ha causado o agravado la insolvencia¹⁴.

Pero es más, si a ello le unimos que no exige responsabilidad por déficit, al no entrar en juego el artículo 172bis LC por no derivarse la formación de la sección sexta de la apertura de liquidación sino de la aprobación de un convenio gravoso, el debate sobre la cuantificador exacta de la agravación de la insolvencia no es tan esencial, pues, en su caso, lo relevante —si hay retardo— es la prueba de que no ha habido tal agravación.

III. SUPUESTO DE IRREGULARIDAD CONTABLE

Conforme al artículo 164.2.1.º el concurso se califica como culpable cuando «*el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara*».

De las tres hipótesis legales si atendemos en particular a la que presupone la existencia de una irregularidad contable clara, de acuerdo con las normas de contabilidad, y que además sea relevante en cuanto impida la comprensión cabal de la situación patrimonial o financiera de la sociedad¹⁵, definiéndose por la AP de Alicante el concepto de *irregularidad relevante* a partir de los siguientes elementos:

- a) *material*: una información o una falta de información derivada de la contabilidad del deudor que no se corresponde con la realidad de una operación económica;
- b) *cuantitativo*: esa discordancia entre la contabilidad y la realidad económica debe traducirse en unas diferencias económicas importantes, por lo que se excluirán las diferencias de escasa cuantía atendiendo al volumen del conjunto de operaciones del concursado;
- c) *cualitativo*: debe afectar a elementos determinantes para conocer la verdadera situación patrimonial y financiera del concursado, por lo que se excluirán las irregularidades que no alteran de forma determinante la información sobre la verdadera situación patrimonial y financiera;
- d) *subjetivo*: debe revelar la irregularidad cierta intencionalidad o el incumplimiento de las más elementales reglas de la diligencia exigible al concursado¹⁶, sin que quepa excusar dichas irregularidades en que la llevanza de la contabilidad no era el cometido del afectado en la sociedad, o que estaba encomendada a un profesional, pues el nombramiento como administrador no es meramente formal, sino que conlleva una serie de obligaciones, entre ellas —art. 25 CCo— las de la llevanza y formulación de la contabilidad¹⁷, pero sin ser bastante las afirmaciones abstractas y genéricas sino que debe concretarse en que consiste la irregularidad contable, indicando la norma o principio contable vulnerado, y su relevancia, cualitativa y/o cuantitativa; carga que le corresponde a la parte actora¹⁸.

Si en la exposición de la Administración Concursal se remite a las incertidumbres, limitaciones y salvedades señaladas por los auditores en sus informes de auditoría concluyendo con la opinión de que las cuentas anuales muestran la imagen del patrimonio y situación financiera, siendo lo relevante comprobar si esos hechos expuestos revelan irregularidades contables por implicar la constatación registral —o su falta— de magnitudes económicas de manera indebida, precisamente, las auditorías externas y de cuya imparcialidad y rigor no debe ofrecer duda, atendidas las aclaraciones y explicaciones realizadas, y si lo que muestran es que la inclusión —o su falta— de determinadas partidas o conceptos no aparece justificada o soportada documentalmente, pues no hay prueba contundente que cuestione este dato en esos particulares (al margen de opiniones sobre los fondos de maniobra, o la concurrencia de causa de disolución, que si son controvertidas en los escritos de oposición) la conclusión es que hay que estimar indebidamente registrados esos conceptos o partidas por ausencia de causa que lo soporte, a salvo que dicha causa efectivamente conste y así se acredite.

La apreciación del supuesto artículo 164.2.1 LC no se agota en la irregularidad contable entendida como infracción de los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados previstos en el artículo 38 CCo y Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, que en su Primera Parte (Marco conceptual de la contabilidad) los define, pues es preciso que sea *relevante* en los términos antes expuesto, sirviendo de punto de partida, entre otros, los parámetros de la RICAC de 14 de junio de 1999, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre el concepto de «Importancia Relativa», que las Normas Técnicas de Auditoría sobre ejecución del trabajo definen como *La magnitud o naturaleza de un error (incluyendo una omisión) en la información financiera que, bien individualmente o en su conjunto, y a la luz de las circunstancias que le rodean, hace probable que el juicio de una persona razonable, que confía en la información, se hubiera visto influenciado o su decisión afectada como consecuencia del error u omisión*, y que se fija ponderando los aspectos cualitativos y cuantitativos de la incidencia a la hora de mostrar la imagen fiel del patrimonio y su situación financiera.

En definitiva, el artículo 164.2.1 LC no se limita a las acciones u omisiones dolosas que sean relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera, pues;

(i) la norma concursal no lo prevé; (ii) no concuerda con la cláusula general el artículo 164.1 que comprende no solo actuaciones dolosas sino también la culpa grave y (iii) tampoco casa con la propia naturaleza de tipo de actividad del artículo 164.2.1 —en palabras del TS— *que exime de probar el dolo o culpa grave generador de insolvencia, pues significaría trasladar la dificultad de esa actividad probatoria (que el legislador quiere eximir) a la prueba del hecho base (la irregularidad como comportamiento intencionado)*.

Este planteamiento es el consagrado por el TS en sentencia de 16 de enero de 2012, con descarte de la tesis contable, diciendo que *... por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en que consisten las cuentas anuales, la distinción entre error e irregularidad en que, por razón de la intencionalidad, se basa el primero de los motivos del recurso de casación, carece de significación para la comisión del comportamiento que se describe en la norma del ordinal primero del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga consciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él. Lo que no significa que las consecuencias de la calificación deban ser necesariamente ajenas al reproche que merecen las manifestaciones culposas o dolosas de la «irregularidad» y que es la seguida por la llamada jurisprudencia menor¹⁹.*

Luego la irregularidad contable, y su alcance, no desaparece por el hecho de que el informe de auditoría exponga limitaciones, salvedades e incertidumbres, y su lectura conjunta permita apreciarlas, y valorar así la situación patrimonial y financiera de la sociedad. Y ello por varias razones:

- i. no puede presumirse que el examen conjunto de las cuentas anuales con la auditoría permita a un usuario medio de esa información (que no es experto y al que no es exigible «conocimientos contables suficientes o la obligación de examinar debidamente toda la contabilidad²⁰, alcanzar a comprender la verdadera situación patrimonial o financiera de la concursada;

- ii, la irregularidad no desaparece aunque se consiga desentrañar con la auditoría cual era la verdadera situación patrimonial o financiera de la sociedad, como se aprecia si analizamos la jurisprudencia societaria en materia de impugnación de acuerdos sociales;
- iii. la auditoría no puede tener efecto sanatorio de las irregularidades contenidas en las cuentas anuales, dado que lo que forman una unidad son los documentos previstos en el artículo 34CCo, no la auditoría, que además, no procede de la sociedad sino de un tercero independiente, y
- iv. si los administradores después de presentado el informe de auditoría no deciden alterar la cuentas anuales (como prevé el art. 270 LSC) lo que significa es que frente a terceros consideran que la imagen patrimonial es la reflejada en las cuentas, sin las verificaciones del auditor, por lo que, en lógica consecuencia, deberán responder si después las cuentas anuales no reflejan la realidad patrimonial por ser acertadas las observaciones del auditor.

IV. INEXACTITUD GRAVE EN LOS DOCUMENTOS ACOMPAÑADOS A LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO

Se trata del supuesto legal previsto en el apartado 2 del artículo 164.2 LC, generalmente aceptado que para su apreciación no basta cualquier inexactitud documental sino que ha de limitarse a aquella que (a) no haya sido ya objeto de valoración por aplicación de precepto preferente (*vgr.* las cuentas anuales acompañadas por aplicación del art. 164.2.1 LC), (b) tenga una trascendencia informativa importante, y (c) revele un comportamiento del deudor merecedor de reproche a título de culpa grave (pues el dolo parece reservarse a la hipótesis de presentación de documentos falsos), de manera que han de quedar excluidos aquellos defectos documentales que apreciados en su conjunto no impidan obtener la información que el deudor debe facilitar, y que el legislador de esta manera pretende garantizar, a los efectos de valorar si la conducta del deudor común tiene incidencia con el origen o agravación del concurso.

Luego, se trata, de evitar una interpretación extensiva, por los importantes efectos que conlleva (la inexcusable declaración de culpabilidad al no permitir prueba que la destruya) que no sea adecuada a la finalidad de la norma y a su interpretación sistemática, si lo ponemos en relación con el artículo 164.1 y 165.2 que releva a la categoría de presunción *iuris tantum* la no facilitación de información necesaria o conveniente para el interés del concurso.

Así, la sentencia de la AP de Barcelona de 16 de julio de 2009 establece que *«La inexactitud supone falta de adecuación a la realidad de la información contenida en dicha documentación, siendo el documento auténtico y válido. Como hemos aclarado en otras ocasiones (sentencia de 30 de diciembre de 2008), esta inexactitud debe ser grave, y lo será cuando se refiera a una información relevante para el concurso, en concreto para alguna de sus operaciones sobre la masa activa o pasiva, para la calificación o para la aprobación del convenio. La sentencia aprecia que han existido inexactitudes graves en la documentación aportada con la solicitud de concurso sobre la base de los siguientes hechos, previamente declarados probados:*

- i. los bienes relacionados en el inventario aportado por la concursada, en cumplimiento del requerimiento del que fue objeto en el auto de declaración de concurso (art. 21 LC), y que consta en este incidente (...),

- no fueron encontrados por la administración concursal, por lo que no pudieron ser incluidos en el inventario;
- ii. en la lista de acreedores aportada por la concursada aparecían créditos por un importe de 1.540.806,28 euros, y en la lista definitiva elaborada por la administración concursal los créditos concursales ascendían a un importe total de 1.875.285,55 euros. Así como la diferencia del pasivo no es del todo relevante, pues parte de ella puede ser debida a diferencias respecto de su existencia, sin embargo si es relevante, a los efectos de poder apreciar la causa de calificación del artículo 164.2.2o LC, que la concursada hubiera suministrado en mayo de 2005 una relación de bienes, existencias e inmovilizado que no existía, pues, como reconoció mas tarde, muchos de ellos los había enajenado entre los meses de agosto y octubre de 2004. Esta inexactitud es muy grave, pues afecta al activo que debía formar parte de la masa activa del concurso, y no se refiere a un bien sin relevancia económica, sino a los que gozaban de valor económico, como pone de relieve la administradora concursal en su informe y no ha sido contradicho...». De igual modo, la SAP de Madrid de 4/12/2009 dice que «Recayendo la inexactitud sobre el inventario de bienes y derechos esta solo podrá calificarse de grave cuando tergiversarse de manera importante o sustancial la imagen del activo del deudor».

V. EL RETRASO EN LA SOLICITUD DE CONCURSO

El artículo 165 LC presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores, hubiere incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso; norma que remite al artículo 5, que establece un plazo de dos meses para solicitar el concurso desde la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, que añade que, salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2, es decir, los conocidos como hechos reveladores de insolvencia, si se considera que existe una demora en la solicitud de concurso presentada y se estaba en insolvencia que se define en el artículo 2.2 LC como el estado del deudor que no puede cumplir regularmente las obligaciones exigibles, que se desprende, salvo prueba en contrario, con la acreditación de la concurrencia de un hecho revelador de insolvencia (art. 18 LC), que la doctrina científica los califica como supuestos de *insolvencia cualificada* por evidenciar un estado económico y financiero particularmente grave.

Como *estado* precisa que se trate de una situación de hecho de cierta permanencia, que implica una impotencia patrimonial de atender sus obligaciones exigibles, por lo que no desaparece si puede atender unas y otras no, pero en todo caso siempre que sean exigibles, de manera que si no lo son no son computables para su apreciación, sin que valga tampoco cualquier cumplimiento, pues debe ser *regular*, es decir, por los medios normales. Por otra parte, la amplitud del concepto legal implica que sea compatible con la existencia de un balance saneado si, simultáneamente, el deudor carece de liquidez necesaria para atender esas obligaciones exigibles²¹. Es un error equiparar el estado de insolvencia con la situación de pérdidas cualificadas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social²².

Ahora bien, hay un incumplimiento generalizado de obligaciones especialmente cualificadas, que se prolonga mucho más allá de los tres meses que el legislador considera como revelador de supuesto de insolvencia cualificada en el artículo 2.4 4.º LC. Por tanto, lo que muestra ese dato es que se tenía una manifiesta impotencia patrimonial para atender de manera regular sus obligaciones exigibles, o sea, que estaba en insolvencia actual. Ciertamente es que si se solicita aplazar el pago de esas obligaciones, pero esa petición de aplazamiento solo se concede mucho después, sin que la sola petición de aplazamiento desvirtúe lo dicho. La exigibilidad, según la doctrina administrativista, hace referencia al momento en que se ha liquidado la obligación —o debe autoliquidarse— y debe realizarse el ingreso de la deuda, según se deduce de los artículos 21 y 62 de la Ley 58/2003, General Tributaria (en adelante LGT), sin que a ello afecte la solicitud de aplazamiento/fraccionamiento prevista en el artículo 65.

Tal solicitud en periodo voluntario lo que podrá impedir es el inicio del periodo ejecutivo (y por ende, los recargos del periodo ejecutivo, art. 28 LGT), pero no el devengo del interés de demora, ni siquiera la ejecutividad de la deuda tributaria, pues la Administración tributaria podrá iniciar o, en su caso, continuar el procedimiento de apremio durante la tramitación del aplazamiento o fraccionamiento, no obstante, el deber de suspender las actuaciones de enajenación de los bienes embargados hasta la notificación de la resolución denegatoria del aplazamiento o fraccionamiento.

De igual manera el Reglamento General de Recaudación, en sus artículos 51, 52, 53 y 54 establece intereses de demora desde el día siguiente al del vencimiento del plazo de ingreso en periodo voluntario, y si ello es así es porque se considera que desde ese momento es exigible la deuda, de manera que su pago posterior debe compensarse al acreedor satisfaciendo los consiguientes intereses por demora.

Podemos encontrar pronunciamientos judiciales, que llegan a afirmar que *la solicitud de aplazamiento es un hecho inequívocamente significativo del conocimiento de la situación de insolvencia*²³.

Afirmada la demora en la solicitud de concurso, la prueba de que ello no ha implicado una agravación de la insolvencia corresponde a los demandados, según la reciente doctrina jurisprudencial de la que es buena muestra la SAP de Barcelona de 20 de octubre de 2014 que precisamente ante un impago de deudas fiscales dice *...la sentencia fija la situación de insolvencia a 31 de diciembre de 2009, momento en que, incuestionablemente, ya se había producido el hecho revelador de la insolvencia contemplado en el apartado cuarto del artículo 2.4.º de la Ley Concursal. A partir de ahí, a la concursada incumbía la carga de acreditar que, a pesar de ello, la insolvencia concursal, entendida como la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles (art. 2 de la Ley Concursal), no concurría en aquel momento y que la demora en la solicitud de concurso no agravó la insolvencia». Prueba que no consta, limitándose, en general, la concursada y afectados a cuestionar la agravación de la insolvencia imputada por la AC (mas de 6 millones de euros), y en concreto, que las magnitudes consideradas por esta (asumidas por MF) no son homogéneas.*

En consecuencia, el retraso en la solicitud de concurso permite calificar también el concurso como culpable *ex* artículo 164.1 en relación con el artículo 165.1 según la actual doctrina jurisprudencial, que completa el ordenamiento jurídico, y que por seguridad jurídica se asume²⁴.

La LC impone el comportamiento a seguir por el deudor en esa situación de insolvencia (solicitar el concurso²⁵), y si se aparta del mismo en la confianza de

revertir su situación económica, pero después no se produce ese resultado, debe asumir sus consecuencias, o dicho de otra manera, el riesgo de agravamiento de la insolvencia se traslada al deudor; al no ajustar su actuación al estándar legal²⁶.

La opción personal por no cumplir con la ley y si confiar en uno o varios negocios como cauce de restauración financiera, al margen de los cauces legales de refinanciación, constituye la voluntad que genera en el caso la agravación del concurso pues aun en la hipótesis de la ajenidad del fracaso comercial a la actuación de la mercantil concursada, la voluntariedad estuvo en no actuar conforme a la ley, hay un momento determinado en que declararse en concurso era obligatorio para la mercantil. No lo hizo y se vio abocada a un estado concursal necesario en un momento en el que, con aquella conducta, el pasivo había crecido en perjuicio de sus acreedores que veían disminuidas sus posibilidades de satisfacción de sus créditos. En todo caso la búsqueda del éxito deportivo no puede servir de eximente para no ajustar el comportamiento al estándar de diligencia legalmente exigible²⁷.

VI. ELEMENTOS SUBJETIVOS

La declaración del concurso como culpable por concurrencia del supuesto del artículo 164.2.1 y artículo 164.1 en relación con artículo 165.1 LC implica analizar si los demandados deben ser condenados como personas afectadas por la calificación, condición que el artículo 172.2 LC, en el caso de personas jurídicas, reserva a sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido esa condición en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas (art. 212 LSC, y el precedente art. 125 LSA, y art. 143 RRM), y en este último caso, será necesario que esta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo (art. 212bis LSC desde la Ley 25/2011) que recoge lo indicado en el artículo 143 RRM que venía a colmar esa laguna legal.

Presupuesto necesario para ello es ostentar la condición de administradores, y esta la ostentan las personas jurídicas, que no solo la literalidad de los preceptos conducen a esta conclusión, sino que hasta la Ley 31/2014, a la persona física designada solo le era exigible legalmente el deber de sigilo (art. 232.3 LSC, anterior art. 127 *quater* LSA), lo cual era criticado por la doctrina, que echaba en falta la extensión de la responsabilidad del administrador a esta persona física, de manera que la mayoría de comentaristas consideraba, en sede societaria, que en la medida en que la persona física designada representante actuaba en nombre y por cuenta de otra (la persona jurídica administradora), la eficacia de lo actuado por el primero se imputa a la esfera jurídica de la segunda, o sea, a la persona jurídica administradora, que es la que podía ser demandada directamente por la sociedad, socio terceros por los daños causados por el representante, sin perjuicio de la acción de regreso contra este, siendo minoritarias las posturas que distinguían entre imputación de la conducta a la persona física (dado el carácter «personal» de la responsabilidad) y las consecuencias patrimoniales, repercutibles a la persona jurídica representada. Y ello al margen de acudir a la figura del *levantamiento del velo* si se acredita un uso fraudulento de la personalidad jurídica, o inclusive a la del administrador de hecho cuando en la actuación de la persona física concurren los requisitos que permiten aplicar tal figura²⁸.

La reforma de la LSC operada por la Ley 31/2014 ahora si prevé esa extensión en el nuevo apartado 5 del artículo 236 según el cual *La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador, y entre ellos, como manifestación del deber de lealtad, el de Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros* (art. 228.e).

Por tanto, desde la entrada en vigor de esta Ley, se respeta la condición de administrador a la persona jurídica, pero se impone el mismo régimen de responsabilidad a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica, sin que ello libere a esta última, al establecerse su responsabilidad solidaria. Este cambio legal revela la insuficiencia del régimen legal anterior, de manera que en aquellos supuestos al no ser aplicable *ratione tempore* la Ley 31/2014, queda vedado cualquier atisbo que permita acudir a la misma para integrar el concepto de sujetos responsables y considerar, en sede de calificación concursal, como persona afectada *ex* artículo 172 LC a la persona física designada representante de la persona jurídica administradora, siendo esta la que ostenta esa condición, y por ende, la que deba soportar todas las consecuencias derivadas, sin que la previsión de la sanción civil de inhabilitación altere esa conclusión, pues se refiere a administrar patrimonios ajenos, no a su muerte civil²⁹.

Por todo lo anterior, respecto de la demora en la solicitud de concurso, hay que partir de que la legitimación para solicitar la declaración de concurso, corresponde a los órganos de administración de las sociedades mercantiles deudoras (art. 3.1.II LC)³⁰. Por tanto, si el Consejo de Administración tenía delegadas en la comisión ejecutiva todas las facultades —excepto las indelegables— la solicitud de concurso no precisaba intervención del Consejo de Administración y menos de la Junta General.

Ahora bien, si la sola delegación basta para eximir de responsabilidad al delegante, habiendo dicho la jurisprudencia en materia de responsabilidad societaria que ... *no desaparece por el hecho de que el Consejo de administración de la misma hubiera designado un consejero delegado*³¹ pues los legitimados desde el punto de vista de la exigencia de responsabilidad son quienes ostentan esta condición, independientemente de que determinadas facultades del Consejo de administración hayan sido delegadas en consejeros concretos, puesto que estos actúan por mandato de los administradores o como gestores de estos, y solo cabe eximir a aquellos de responsabilidad en el caso de que... prueben que, no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo lesivo, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel³².

Ciertamente, si hablamos del concurso de una sociedad deportiva en cuanto al componente deportivo, y siendo ... *«cierto que el estándar de comportamiento exigible al administrador de una sociedad ha de concretarse en función de la actividad de la misma y de las circunstancias en que se encuentre»* y que *«el riesgo implícito en la gestión de una sociedad que actúa en un mercado tan difícil con el del fútbol de competición no puede ser calificada solo por sus resultados, particularmente los deportivos, pues hay que reconocer, dentro del antes referido modelo, un cierto margen de discrecionalidad al administrador en su gestión»* ello no justifica cualquier comportamiento, descartándose como circunstancia exonerante la búsqueda del

éxito deportivo (El acuciante deseo de obtener éxitos en el campeonato —con la contratación de nuevos futbolistas— no puede explicar las desviaciones presupuestarias, tanto más si es notorio que los buenos resultados deportivos no son incompatibles con un diligente rigor en dicha materia)³³.

En realidad, lo que viene a decir el TS en la sentencia de 24 de mayo 2013 (caso Real Sociedad) se inserta en la doctrina general según la cual la responsabilidad del administrador es una obligación de medios y no de resultado, puesto que el ejercicio de una actividad mercantil comporta un riesgo que, en las sociedades de capital, es asumido directamente por estas (art. 1 LSC) de manera que el administrador no tiene por que responder del éxito de su gestión. Lo relevante en todo caso es que esa decisión empresarial se ajuste a los procedimientos establecidos en la ley y estatutos, sea ponderada en el sentido de haber atendido el deber de información exigible a todo empresario y que el interés que justifique su adopción sea el interés social y no otros particulares de los administradores o terceros. Idea consagrada en el nuevo artículo 226 rubricado «Protección de la discrecionalidad empresarial».

Así, podemos sostener;

- i. la existencia de un administrador de hecho no exime de responsabilidad al de derecho, ya que la partícula «o» del artículo 164.1 LC no ha de ser entendida en sentido excluyente, sino que debe interpretarse como posibilidad de abarcar tanto a uno como a otro.
- ii. nos encontraríamos en todo caso ante dos administradores, de manera que responderá cada uno de ellos solidariamente, salvo que se acredite una participación distinta en el comportamiento infractor, valiendo por extensión analógica la previsión legal en materia de sociedades de capital que determina la responsabilidad del administrador de hecho, pero no lo hace con exclusión del de derecho.
La reforma legal de la LSC operada por la Ley 31/2014, prevé en el artículo 236.3 es la extensión de la responsabilidad de los administradores a los administradores de hecho, por lo tanto sin excluir la de aquellos por la de estos, sino su coexistencia, también en el caso del administrador oculto que actúa como tal sirviéndose de instrucciones al administrador de derecho que actúa como «mero testaferro u hombre de paja»
- iii. su actuación es complemento necesario del comportamiento del administrador de hecho en su modalidad de administrador oculto, cooperando con este de manera activa y consciente, de manera que después no puede pretender eximirse de su actuación, por lo que debe asumir, solidariamente con aquel, las consecuencias derivadas de la gestión empresarial del administrador de facto; sin olvidar que la negligencia no solamente se predica por acción sino también por omisión, dejando la mercantil sin control, pues se responde tanto de actos propios como de los realizados por las personas designadas (culpa in eligendo o in vigilando).
- iv. si en sede de responsabilidad societaria no es motivo de exculpación el acuerdo del supremo órgano de la sociedad, mucho menos lo puede ser la presencia de un tercero, y respecto del que el administrador de derecho formalmente es autónomo.

Este parecer es el acogido por la llamada jurisprudencia menor, y así la AP de Jaén de 13 de abril de 2007 en supuesto de calificación concursal en el que se invocaba esta alegación indica que no es de recibo dado que «el cargo de

administrador no es un cargo “honorífico” ni un título formal sino que implica una serie de derechos y deberes de obligado cumplimiento», y de igual manera en un supuesto del artículo 48 LC el Auto de la AP de Tarragona de 21 de febrero de 2006 frente a la invocación de que el demandado había asumido la administración formal de la concursada que evitaba la existencia de conducta dolosa o culposa, enseña que ello «implica todo lo contrario, pues si su condición de administrador fue puramente formal, ello supone una clara negligencia y le hace manifiestamente culpable de cualquier situación irregular que haya conducido a la situación de insolvencia, pues hace patente su voluntario incumplimiento de todos los deberes que afectan a un administrador, ya que es totalmente rechazable el cumplimiento de la mera formalidad con dejación de los deberes que tan trascendental cargo implica»; y aunque la sentencia del TS de 4 de diciembre de 2012 se muestra cautelosa respecto de la coexistencia de administradores de hecho y de derecho, partiendo de la regla general de que responde de los daños derivados de la administración lesiva el administrador de derecho, también admite «la posible coexistencia de administradores de derecho puramente formales con otro u otros de hecho, singularmente cuando se acredita que la designación formal tiene por objeto eludir la responsabilidad de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad bajo la cobertura del apoderamiento...», por lo que se considera que es posible afirmar la responsabilidad de la persona que real y efectivamente ejerce las funciones de administrador de la sociedad, así como la del administrador/es de derecho, que figura/n como tal/es frente a terceros, y que de consumo actúan, al asumir este último —sin cuestionarse su bondad— las decisiones del primero, ejecutándolas personalmente cuando ello es preciso.

CONCLUSIONES

I. Tal y como hemos señalado en la exposición en sede concursal los hechos deben ser analizados desde la óptica del artículo 164.1 y su complementario artículo 165, y atendida la jurisprudencia del TS, según la cual Ley 22/2003 sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso se califique como culpable: i. los casos previstos en el apartado 2 del artículo 164, en los que «la calificación es ajena a la producción del resultado contemplado en el apartado 1 del mismo artículo, ya que está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma [...], de modo que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, determina aquella calificación por sí sola, esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia, por lo que, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en esta norma unos tipos de simple actividad». ii. los supuestos del artículo 164.1 y artículo 165, indica que el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164 —apartados 1 y 2—, sino que es una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1, viniendo la reciente sentencia de 1 de abril de 2014, al tratar de un supuesto de infracción del deber de solicitar la declaración de concurso a reseñar que el artículo 165 LC es una norma complementaria de la del artículo 164.1. Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción «*iuris tantum*» en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a

su incidencia causal en la insolvencia, que al ser reiterada en sentencia de 3 de julio de 2014, ha provocado una modificación de la exégesis mantenida hasta ese momento por la mayoría de órganos judiciales sobre el alcance del artículo 165, de manera que, tras esta doctrina jurisprudencial, al menos en lo relativo a la demora en la solicitud de concurso, si no se desvirtúa esa presunción, procede la declaración de concurso culpable, sin precisar esfuerzo probatorio adicional por la actora referente a si a ese comportamiento omisivo se puede ligar causalmente el agravamiento patrimonial de la concursada, pues les corresponderá a los demandados probar que, no obstante la demora en la solicitud, ello no ha causado o agravado la insolvencia.

II. La existencia de una irregularidad contable clara, de acuerdo con las normas de contabilidad, y que además sea relevante en cuanto impida la comprensión cabal de la situación patrimonial o financiera de la sociedad, definiéndose por la AP de Alicante el concepto de *irregularidad relevante* a partir de los siguientes elementos: a) *material*: una información o una falta de información derivada de la contabilidad del deudor que no se corresponde con la realidad de una operación económica; b) *cuantitativo*: esa discordancia entre la contabilidad y la realidad económica debe traducirse en unas diferencias económicas importantes, por lo que se excluirán las diferencias de escasa cuantía atendiendo al volumen del conjunto de operaciones del concursado; c) *cualitativo*: debe afectar a elementos determinantes para conocer la verdadera situación patrimonial y financiera del concursado, por lo que se excluirán las irregularidades que no alteran de forma determinante la información sobre la verdadera situación patrimonial y financiera; d) *subjetivo*: debe revelar la irregularidad cierta intencionalidad o el incumplimiento de las mas elementales reglas de la diligencia exigible al concursado³⁴, sin que quepa excusar dichas irregularidades en que la llevanza de la contabilidad no era el cometido del afectado en la sociedad, o que estaba encomendada a un profesional, pues el nombramiento como administrador no es meramente formal, sino que conlleva una serie de obligaciones, entre ellas — art. 25 CCo— las de la llevanza y formulación de la contabilidad, pero sin ser bastante las afirmaciones abstractas y genéricas sino que debe concretarse en que consiste la irregularidad contable, indicando la norma o principio contable vulnerado, y su relevancia, cualitativa y/o cuantitativa; carga que le corresponde a la parte actora.

III. En cuanto a la *inexactitud de los documentos* que acompañan a la solicitud de concurso hemos de constatar la sentencia de la AP de Barcelona de 16 de julio de 2009 que establece que «*La inexactitud supone falta de adecuación a la realidad de la información contenida en dicha documentación, siendo el documento auténtico y válido. Como hemos aclarado en otras ocasiones (sentencia de 30 de diciembre de 2008), esta inexactitud debe ser grave, y lo será cuando se refiera a una información relevante para el concurso, en concreto para alguna de sus operaciones sobre la masa activa o pasiva, para la calificación o para la aprobación del convenio. La sentencia aprecia que han existido inexactitudes graves en la documentación aportada con la solicitud de concurso sobre la base de los siguientes hechos, previamente declarados probados:*

IV. En el *retraso en la solicitud de concurso* hay un incumplimiento generalizado de obligaciones especialmente cualificadas, que se prolonga mucho más allá de los tres meses que el legislador considera como revelador de supuesto de insolvencia cualificada en el artículo 2.4 4.º LC. Por tanto, lo que muestra ese dato es que se tenía una manifiesta impotencia patrimonial para atender de manera regular sus obligaciones exigibles, o sea, que estaba en insolvencia actual. Ciertamente es que si se solicita aplazar el pago de esas obligaciones, pero esa

petición de aplazamiento solo se concede mucho después, sin que la sola petición de aplazamiento desvirtúe lo dicho. La exigibilidad, según la doctrina administrativista, hace referencia al momento en que se ha liquidado la obligación —o debe auto liquidarse— y debe realizarse el ingreso de la deuda, según se deduce de los artículos 21 y 62 Ley 58/2003, LGT, sin que a ello afecte la solicitud de aplazamiento/fraccionamiento prevista en el artículo 65.

V. En relación al elemento subjetivo, en el supuesto de calificación concursal el cargo de administrador no es un cargo «honorífico» ni un título formal sino que implica una serie de derechos y deberes de obligado cumplimiento», y de igual manera en un supuesto del artículo 48 LC frente a la invocación de que el demandado había asumido la administración formal de la concursada que evitaba la existencia de conducta dolosa o culposa, implica todo lo contrario, pues si su condición de administrador fue puramente formal, ello supone una clara negligencia y le hace manifiestamente culpable de cualquier situación irregular que haya conducido a la situación de insolvencia, pues hace patente su voluntario incumplimiento de todos los deberes que afectan a un administrador, ya que es totalmente rechazable el cumplimiento de la mera formalidad con dejación de los deberes que tan trascendental cargo implica; y aunque la jurisprudencia de TS se muestra cautelosa respecto de la coexistencia de administradores de hecho y de derecho, partiendo de la regla general de que responde de los daños derivados de la administración lesiva el administrador de derecho, también se admite «*la posible coexistencia de administradores de derecho puramente formales con otros u otros de hecho, singularmente cuando se acredita que la designación formal tiene por objeto eludir la responsabilidad de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad bajo la cobertura del apoderamiento...*», por lo que se considera que es posible afirmar la responsabilidad de la persona que real y efectivamente ejerce las funciones de administrador de la sociedad, así como la del administrador/es de derecho, que figura/n como tal/es frente a terceros, y que de consuno actúan, al asumir este último —sin cuestionarse su bondad— las decisiones del primero, ejecutándolas personalmente cuando ello es preciso.

BIBLIOGRAFÍA

- AZNAR GINER, E. (2012). *El procedimiento de declaración del concurso necesario del deudor. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.º ed.
- MONTÓN REDONDO, y MONTÓN GARCÍA (2005). *El Nuevo Proceso Concursal*, Tirant.
- ROJO Á., CAMPUZANO, A. B., y BELTRÁN, E. (2012). *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia 5.ª ed.
- VILLATE MENADAS, S. (2011). *Elementos de Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

NOTAS

¹ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC).

La calificación del concurso persigue sancionar civilmente las conductas del deudor concursado, de sus representantes legales, de sus administradores o liquidadores e incluso de terceros que hubieran provocado o agravado el estado de la insolvencia. La calificación

del concurso es totalmente independiente de las actuaciones penales que procedan por comportamientos del deudor que pudieran ser constitutivos de delito.

La sección de calificación no se forma en todos los concursos de acreedores, sino que depende, fundamentalmente, de la solución que se adopte en el mismo. El concurso deberá ser necesariamente calificado si se abre la fase de liquidación.

En cambio, si la solución es el convenio, solo se formará la sección de calificación cuando se establezca una quita superior a un tercio de los créditos o una espera superior a tres años (art. 163.1 LC).

El concurso de acreedores se calificará como fortuito o como culpable (art. 163.2 LC). La calificación del concurso como culpable tiene importantes efectos en el concurso.

El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes legales o de sus administradores o liquidadores.

El concurso será calificado, en todo caso, como culpable cuando concorra cualquiera de los siguientes supuestos (art. 164.2 LC):

— Incumplimiento sustancial del deber de contabilidad del deudor, incluyendo la doble contabilidad y la comisión de irregularidades relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

— Inexactitud grave o falsedad en los documentos acompañados o presentados en el concurso.

— Apertura de oficio de la liquidación por incumplimiento del convenio imputable al concursado.

— Alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores o realización de actos que obstaculicen o impidan la eficacia de un embargo.

— Salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor en los dos años anteriores a la apertura del concurso.

— Realización antes del concurso de cualquier acto jurídico de simulación de una situación patrimonial ficticia.

El concurso será también calificado como culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores (art. 165 LC):

— Incumplan el deber de solicitar el concurso.

— Incumplan el deber de colaborar con el juez del concurso y con la administración concursal, no faciliten la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido a la junta de acreedores.

— No formulen cuentas anuales, las sometan a auditoría o las depositen en el Registro Mercantil, respecto de alguno de los tres años anteriores a la declaración de concurso.

Tendrán la consideración de cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable (art. 166 LC).

La calificación del concurso como culpable produce importantes efectos (art. 172.2 LC):

— La determinación de las personas afectadas por la calificación y, en su caso, la de las declaradas cómplices.

— La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo.

— La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o las declarados cómplices tuvieran como acreedores en el concurso, así como, en su caso, la devolución de los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente y la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Además, si la sección de calificación se hubiera abierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá condenar a administradores y liquidadores, de hecho o de derecho, y a quienes hubieren tenido esa condición en los dos años anteriores

a la apertura del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe de sus créditos que no reciban en la liquidación. Es la llamada responsabilidad concursal. Cfr. MONTÓN REDONDO, MONTÓN GARCÍA: *El Nuevo Proceso Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. AZNAR GINER, Eduardo: *El procedimiento de declaración del concurso necesario del deudor. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.º ed., 2012. VILLATE MENADAS, Salvador: *Elementos de Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

² Cfr. artículo 164.2.1 LC.

³ Cfr. artículo 164.2.2 LC.

⁴ Cfr. artículos 164.1 y 165.1 LC.

⁵ Cfr. artículo 24 CE.

⁶ Cfr. artículo 218 LEC.

⁷ Así se deduce de las sentencias del TS de 22 de abril de 2010 y 1 de abril de 2014 y sentencia de la AP de Murcia de 31 de julio de 2007 y 30 de julio de 2009, y AP de Alicante de 13 de enero de 2009 y las más recientes de 30 de marzo de 2012 y 25 de mayo de 2012.

⁸ Cfr. artículos 1 y 2 Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas.

⁹ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁰ Cfr. artículo 2 LSC.

¹¹ Cfr. la sentencia del TS de 24 de mayo de 2013.

¹² Tal y como dice la sentencia del TS de 15 de octubre de 2013, y ratifica en sede de calificación la sentencia del TS 1 de abril de 2014 según la cual *en la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas*.

¹³ Cfr. la sentencia del TS de 16 de enero de 2012, con cita de la sentencia 644/2011, de 6 de octubre.

¹⁴ Cfr. la sentencia del TS 614/2011, de 17 de noviembre y la sentencia de la AP de Barcelona de diciembre de 2014.

¹⁵ Cfr. la sentencia de la AP de Barcelona de 19 de marzo de 2007.

¹⁶ Cfr. la sentencia del TS de 30 de junio de 2011.

¹⁷ Cfr. las sentencias de AP de Córdoba de 23 de enero de 2013 y de 18 de abril de 2012.

¹⁸ Cfr. las sentencias de la AP de Pontevedra de 2 de mayo de 2013 y SAP de Valencia de 14 de diciembre de 2011.

¹⁹ Cfr. entre otras sentencias de la AP de Las Palmas de Gran Canaria, de 24 de julio de 2013 o AP de Córdoba, de 9 de julio de 2014.

²⁰ Cfr. la sentencia de la AP de Salamanca de 28 de diciembre de 2012.

²¹ Cfr. la sentencia de la AP de Madrid de 18 noviembre de 2008.

²² Cfr. las sentencias del TS de 15 de octubre de 2013 y de 1 de abril de 2014.

²³ Cfr. la sentencia de la AP de Burgos de 19 de febrero de 2010 y la sentencia de la AP de Asturias de 20 de diciembre de 2010.

²⁴ Cfr. artículo 1.6 del Código Civil y 9 CE.

²⁵ Cfr. artículo 5 LC.

²⁶ Esta idea subyace en la sentencia de la AP de Alicante de 11 de septiembre de 2014 en la que se dice «... era opción del empresario cumplir con su obligación de promover el concurso transcurridos mas de tres meses desde impagos fiscales y a la Seguridad Social o actuar en el marco del aleas del futuro de negocios en la confianza de su triunfo y solventar el panorama económico que impetraba la promoción actual del concurso

²⁷ Cfr. la sentencia del TS de 24 de mayo de 2013.

²⁸ Cfr. la sentencia de la AP de Madrid de 1 de diciembre de 2009.

²⁹ La jurisprudencia menor representada entre otras por la sentencia de la AP de Barcelona de 20 de octubre de 2014 que, con cita de las precedentes sentencias de 26 de marzo de 2014 y 16 de noviembre de 2011, recuerda *que la responsabilidad recae en el administrador persona jurídica y no en la persona física designada como representante, máxime cuando, como acontece en el presente caso, la persona física ha sido demandada (y condenada) como administrador de derecho...*

³⁰ En las Conclusiones del Primer Encuentro de Especialidad Mercantil (Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004) *han de aplicarse las reglas para la formación de voluntad por parte del órgano de administración de la sociedad: actuación conjunta de los administradores mancomunados, acuerdo adoptado en el consejo de administración (art. 140 y sigs. de la Ley de Sociedades Anónimas) o decisión adoptada por consejero delegado dentro del ámbito de las funciones objeto de delegación, actuación de cualquier administrador solidario. Una vez tomada la decisión por el órgano de administración, se formulara la solicitud ante el Juzgado conforme a las reglas que rijan la representación de la sociedad por el órgano de administración (por ejemplo, es posible que la decisión se adopte por el consejo de administración, por no estar delegada esa función, pero el poder especial a Procurador para presentar la solicitud se otorgue por el consejero delegado)* dicho planteamiento ha sido asumida, entre otras, por la sentencia de la AP de Vizcaína, de 30 de marzo de 2009.

³¹ Cfr. la sentencia del TS 14 de julio de 2010.

³² Cfr. la sentencia del TS 1 de diciembre de 2008.

³³ Cfr. la sentencia del TS de 24 de mayo de 2013.

³⁴ Cfr. la sentencia del TS de 30 de junio de 2011.

3. URBANISMO

El derecho de reversión expropiatoria: su clasificación, constancia registral y requisitos para su cancelación

The right of reversion in favor of expropriated landowners: classification, registration and conditions for its cancellation in the Real State Register

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESUMEN: En este comentario se analizan las diferentes clases, modalidades y estados del derecho de reversión así como las reglas de su inscripción y cancelación en el Registro de la Propiedad.

ABSTRACT: *Analysis of the different kinds and stages of the right of expropriatory reversion, its registration and cancellation in the Real State Register.*

PALABRAS CLAVE: Reversión. Expropiación. Clasificación. Junta de Compensación. No adhesión. Inscripción. Cancelación.

KEY WORDS: *Reversion. Expropriation. Classification. Compensation Board. Non-adherence. Registration. Cancellation.*

Resolución de 30 de marzo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO.—II. COMENTARIOS: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN. A) *Por la causa de la reversión.* B) *Por su regulación legal.* C) *Por la fase o grado de desenvolvimiento del derecho.* 3. LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL DERECHO DE REVERSIÓN. 4. LA CANCELACIÓN REGISTRAL DEL DERECHO DE REVERSIÓN POR LOS MEDIOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 82 LH. A) *Mediante la aplicación de las reglas generales del artículo 82.1 LH.* B) *Mediante la regla especial del artículo 82.2 LH.* 5. LA CANCELACIÓN CONFORME AL VIGENTE ARTÍCULO 210 LH, REDACTADO POR LA LEY 13/2015. A) *El expediente de liberación de cargas y gravámenes.* B) *El procedimiento «directo» previsto en el artículo 210.1.8ª LH.* 6. CANCELACIÓN MEDIANTE CERTIFICACIÓN

ADMINISTRATIVA. A) *Fundamento y supuestos de aplicación.* B) *Requisitos del título para la cancelación; la excesiva exigencia de su doble firmeza.*

I. RESUMEN DE LOS HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

Dada la inusitada extensión de esta resolución —ocupa 27 páginas del BOE núm. 89 de 13 de abril de 2016—, nos limitaremos en este punto a destacar los extremos más relevantes de sus hechos y fundamentación jurídica a los efectos del presente comentario.

Se presenta en el Registro un Proyecto de Compensación en el que algunas de las fincas de resultado son adjudicadas a la Junta de Compensación en correspondencia con las fincas de origen que, por no haberse incorporado a dicha entidad sus propietarios iniciales, habían quedado inscritas a nombre de la misma por título de expropiación, constando en dichas inscripciones de las fincas de origen el eventual derecho de reversión a favor de los expropiados.

En el Proyecto de Compensación se solicitaba expresamente la cancelación de la inscripción de los derechos de reversión o, dicho de otro modo, que no se trasladasen a las fincas de resultado aquellos derechos que pesaban sobre las fincas de origen expropiadas a favor de la Junta de Compensación.

El registrador inscribe el Proyecto pero califica negativamente la solicitud de cancelación «por no resultar acreditadas, a día de hoy, las circunstancias que determinarían esa cancelación, o la extinción de los derechos de reversión objeto de la misma». Frente a ello, el recurrente sostiene que al ser intrínsecamente contradictorio el reconocimiento de la reversión en el caso de las expropiaciones motivadas por la falta de adhesión a una Junta de Compensación, el derecho a instar su declaración es un derecho vacío de contenido que coherentemente no tiene por qué quedar reflejado en el Registro de la propiedad.

La resolución objeto de este comentario fue objeto de análisis en el número anterior de esta Revista por LASO BAEZA¹, en el que se examinaba la primera de las cuestiones suscitadas en el supuesto por ella contemplado, relativa al tratamiento sustantivo y registral del derecho de reversión surgido en el desarrollo del sistema de compensación como consecuencia de la expropiación de los propietarios no adheridos a la Junta de Compensación constituida al efecto. En este caso nos centraremos en otras cuestiones, como son las relativas a la variedad de modalidades de reversión, a su inscripción en el Registro de la Propiedad y a los modos posibles de obtener su cancelación, para lo cual partiremos de las consideraciones vertidas por la resolución, que contiene una interesante exposición del derecho de reversión en general, su naturaleza, su régimen jurídico y las posibles formas de su cancelación registral.

Sobre la naturaleza, régimen jurídico e inscripción registral del derecho de reversión, se afirma que la expropiación forzosa es una limitación del dominio, y, como dice la doctrina más autorizada, la causa de la misma es la utilidad pública o el interés social. Dicha causa afecta al objeto expropiado (cfr. art. 9 de la Ley de Expropiación Forzosa) e incide continuamente sobre dicho bien, por lo que la persona expropiada tiene el derecho de resolver la expropiación que ha llegado a ser infructuosa. En concreto, este derecho a resolver la expropiación, o derecho de reversión según la denominación acogida por la ley, surge en los casos de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como en aquellos casos en que hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados, o desapareciese la afectación, y opera en favor del

primitivo dueño o sus causahabientes, que son quienes podrán recobrar en su virtud la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado (cfr. art. 54.1 de la Ley de Expropiación Forzosa).

El título formal para la práctica de la inscripción en el Registro de la propiedad de la expropiación forzosa está integrado por el acta de ocupación y por el documento que acredite el pago o consignación del justiprecio. Sin embargo, con arreglo a la redacción originaria del artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa, el derecho de reversión no constituía objeto de inscripción separada y especial en el folio registral de la finca como derecho separado o como gravamen real autónomo.

Fue la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación la que modificó los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa, estableciendo desde entonces el primero de ellos que «en las inscripciones en el Registro de la propiedad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles adquiridos por expropiación forzosa se hará constar el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros posibles adquirentes para recuperar el bien o derecho expropiados de acuerdo con lo dispuesto en este artículo y en el siguiente, sin cuya constancia registral el derecho de reversión no será oponible a los terceros adquirentes que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria».

Superando la confusión anterior, no hay duda de que el derecho de reversión, incluso en ese estado latente, que es el propio del momento en el que aún no se han producido los eventos determinantes de su ejercicio, debe ser considerado como un derecho real, un «*ius in re aliena*» que grava o constriñe el dominio del adquirente de la finca expropiada, oponible frente a terceros, susceptible de tráfico autónomo (cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1995 y 14 de junio de 1997, entre otras), de obligada inscripción registral —de forma simultánea a la inscripción de la propia expropiación—, y sujeta a los principios hipotecarios de fe pública y oponibilidad, y no como una simple causa de ineficacia latente de la titularidad adquirida por la expropiación.

Finalmente, la resolución dedica sus Fundamentos de Derecho 7, 8 y 9 a la cancelación del derecho de reversión, en los términos a los que nos referiremos más adelante.

II. COMENTARIOS

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El supuesto de hecho de la resolución que comentamos trata de una modalidad muy concreta del derecho de reversión: el derivado de la expropiación de suelos de los propietarios no adheridos a una Junta de Compensación. Sin embargo, se realiza en ella una interesante exposición de la naturaleza, categorías y régimen jurídico de este derecho en general, por lo que vamos a ampliar nuestro objetivo para examinarlo desde un punto de vista global, sin perjuicio de descender ocasionalmente al detalle de algunos supuestos concretos.

En términos generales, puede decirse que el derecho de reversión es aquel que corresponde al titular de un bien que ha sido expropiado, consistente en la posibilidad de recuperarlo en el caso de que el mismo no haya servido al fin que justificó la expropiación.

Pese a la transcendencia de este derecho, que incluso se concibe inicialmente como una excepción al principio de fe pública registral², lo cierto es que es objeto

de una regulación dispersa, existiendo junto al régimen general de la legislación de expropiación forzosa normas específicas para algunos supuestos concretos, como los regulados por la legislación del suelo.

Además, como se ha dicho, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación realizó una profunda modificación de los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa. Esta reforma generó un señalado contraste entre esta y su Reglamento, ya que este no fue modificado de forma paralela a pesar de lo establecido por la Disposición Final 3ª de la Ley de Ordenación de la Edificación, según la cual «el Gobierno, en un plazo de seis meses, adaptará la sección 4.ª del capítulo IV del Título II del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa a lo dispuesto en esta Ley», mandato que no se llegó a cumplir. En consecuencia, la aplicación de este Reglamento debe realizarse de forma muy cautelosa y con las debidas adaptaciones al nuevo marco legal, al haber resultado tácitamente derogado en algunos de sus extremos.

Tras la indicada modificación, la Ley de Expropiación Forzosa determinó la necesidad de inscripción registral del derecho de reversión para que pudiera surtir efectos contra terceros. Se echa en falta una regulación adecuada de la inscripción del derecho de reversión en la legislación hipotecaria, ya que se ha generado cierta nebulosa en torno a diversos aspectos de la misma, como por ejemplo en lo referente a su cancelación registral, que es el tema central al que se enfrenta la resolución objeto de comentario y cuya importancia demandaría el establecimiento de un régimen jurídico claro dadas las peculiaridades de este derecho. No debe perderse de vista que el Real Decreto 1093/1997, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia de inscripción de actos de naturaleza urbanística es dos años anterior a aquella modificación y no alude a la reversión.

Por todo ello nos parece de interés tratar de identificar los diferentes supuestos del derecho de reversión y las reglas por las que se han de regir su constancia registral y en particular su cancelación.

2. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN

Este derecho presenta diferentes supuestos y modalidades que podrían sistematizarse según los criterios que se exponen a continuación.

A) *Por la causa de la reversión*

La causa genérica de la reversión es, como se ha visto, la falta sobrevenida del fin justificativo de la expropiación. La Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, que contempla el derecho de reversión en sus artículos 54 y 55³, desdobra esta causa genérica en tres supuestos diferentes:

- a) En el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación.
- b) En el caso de producirse un exceso de expropiación, es decir, cuando hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados.
- c) En el caso de desafectación del fin que justificó la expropiación sin que simultáneamente tenga lugar una nueva afectación a otro fin de utilidad pública o interés social.

B) *Por su regulación legal*

Desde esta perspectiva cabría distinguir dos categorías:

- a) El derecho de reversión sujeto al régimen general de la Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento.
- b) El sometido a algún régimen especial. Esta posibilidad es contemplada por la resolución cuando afirma en su Fundamento 5.º que «*siendo el derecho de reversión una garantía de configuración legal ordinaria, no formando parte del conjunto de garantías que establece el artículo 33 de la Constitución —vid. sentencia del Tribunal Constitucional número 67/88—, es posible que ciertas expropiaciones, en su regulación sectorial, lo modulen o excluyan mediante norma con rango de Ley. Este es el caso de las expropiaciones urbanísticas*».

Por tanto, dentro de esta segunda categoría se encuentra el derecho de reversión procedente de las expropiaciones urbanísticas, sometido a las especialidades reguladas en la legislación de esta naturaleza y que en el momento de la calificación registral objeto de la resolución comentada se contenían en el artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, cuyo contenido es reproducido hoy por el artículo 47 del vigente Texto Refundido de 2015.

Teniendo en cuenta esta regulación y prescindiendo de las especialidades recogidas en la legislación autonómica, cabe distinguir, a su vez, dentro del derecho de reversión urbanístico, entre:

- b.1) el motivado por la alteración del uso que motivó la expropiación de suelo en virtud de modificación o revisión del instrumento de ordenación territorial y urbanística, bajo determinadas condiciones,
- b.2) y el derivado de la ejecución de una actuación de urbanización, siempre que hubieran transcurrido diez años desde la expropiación sin que la urbanización se haya concluido.

La resolución comentada sostiene la procedencia del derecho de reversión en todos los supuestos de expropiaciones urbanísticas. No obstante, un sector doctrinal pone en duda la contundencia de esta afirmación, al entender que hay modalidades de expropiación en las que debe entenderse inexistente este derecho dadas las peculiares características que presentan, y entre ellos se encontraría el supuesto concreto de la expropiación de los propietarios no adheridos a la Junta de Compensación⁴.

C) *Por la fase o grado de desenvolvimiento del derecho*

La jurisprudencia y la doctrina de la Dirección General distinguen los siguientes estados, manifestaciones o acepciones conceptuales del derecho de reversión⁵:

- a) El derecho de reversión en estado latente o expectante. Este derecho nace directamente con la propia expropiación y de forma simultánea a la misma y constituye un gravamen o carga sobre cosa ajena que, por el momento, hasta que se produzcan los presupuestos habilitantes del derecho de reversión como derecho efectivo de adquisición preferente —o «causas legitimadoras de la reversión» en la terminología del artículo 69 del Re-

glamento de Expropiación Forzosa— (los ya citados de no afectación, sobrantes o exceso de expropiación y desafectación), ha sido considerado como un derecho condicional o eventual.

- b) Derecho de reversión pleno, activo o actual. Es el que surge una vez producido cualquiera de los hechos o presupuestos habilitantes legales antes citados, en cuyo momento el derecho de reversión latente deviene en un derecho de reversión pleno de adquisición preferente, como derecho potestativo, similar a un derecho de adquisición o retracto, de carácter real y oponible frente a terceros. A su vez, según expresa la resolución de 19 de abril de 2016, este estado se desdobra en dos fases: la previa a su reconocimiento administrativo o judicial y la posterior al mismo, reconocimiento que requiere la previa reclamación potestativa por parte del expropiado o sus causahabientes, como titulares del derecho (cfr. art. 54, apartado 4, de la Ley sobre expropiación forzosa). En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2006 afirma que el reconocimiento del derecho de reversión por la Administración «hace que este cobre la plenitud e integridad de su contenido económico». Se trata, pues, de un desenvolvimiento del derecho latente, que deviene ejercitable, efectivo y pleno.
- c) Derecho de reversión consumado. Es aquel en que el derecho reversional de adquisición preferente ha sido reconocido y ejercitado de forma completa mediante el pago o restitución de la indemnización expropiatoria en los términos previstos en el artículo 55 de la Ley de Expropiación Forzosa, dando paso con ello a su consumación mediante la adquisición o readquisición del dominio.

El derecho de reversión es susceptible de reflejo registral en cada uno de los tres estados precedentes, incluido por tanto el primero de ellos, como derecho latente o expectante, lo que se confirmó tras la modificación de la Ley de Expropiación Forzosa por la de Ordenación de la Edificación, y así lo entiende también el Centro Directivo.

3. LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL DERECHO DE REVERSIÓN

Como se ha adelantado, el artículo 54 de la ley de Expropiación Forzosa, redactado por la de Ordenación de la Edificación de 1999 introdujo la constancia registral del derecho de reversión disponiendo que «en las inscripciones en el Registro de la propiedad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles adquiridos por expropiación forzosa se hará constar el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros posibles adquirentes para recuperar el bien o derecho expropiados de acuerdo con lo dispuesto en este artículo y en el siguiente, sin cuya constancia registral el derecho de reversión no será oponible a los terceros adquirentes que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria».

La reforma introduce una norma de gran transcendencia práctica, en primer término porque a partir de ella la constancia registral del derecho de reversión se extiende a sus tres fases, incluida la latente, en la que tiene lugar igualmente de forma explícita y autónoma. Como señala la Dirección General en sus resoluciones de 28 de julio y 26 de noviembre de 2001, hasta entonces normalmente la cualidad de expropiado, a la que va asociado el derecho de reversión en su fase latente, constaba en el Registro solo de manera implícita, pues en la inscripción

de la expropiación consta la persona del anterior titular contra quien se dirigió el expediente.

En segundo lugar, la resolución comentada, reiterando otra de 8 de febrero de 2012 extrae la siguiente conclusión de la nueva norma: «Ello supone una clarificación no solo del régimen de la publicidad registral del derecho de reversión en su fase de latencia, sino también sobre su naturaleza (sobre la que se habían sostenido distintas tesis: condición resolutoria del derecho del beneficiario, causa de invalidez sucesiva sobrevenida, derecho asimilable a un retracto legal, o derecho real de preferente adquisición innominado y en formación). Superando la confusión anterior, ahora no hay duda de que el derecho de reversión, incluso en estado latente, debe ser considerado como un derecho real, un «*ius in re aliena*» que grava o constriñe el dominio del adquirente de la finca expropiada, oponible frente a terceros, susceptible de tráfico autónomo (cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8801] y 14 de junio de 1997, entre otras), de obligada inscripción registral —de forma simultánea a la inscripción de la propia expropiación—, y sujeta a los principios hipotecarios de fe pública y oponibilidad, y no como una simple causa de ineficacia latente de la titularidad adquirida por la expropiación. Repárese, además, en que hoy no debe considerarse vigente la exclusión de la inscripción de las expropiaciones, y por ende del mismo derecho de reversión, en el caso de que los bienes expropiados hayan pasado a integrarse en el dominio público de la Administración expropiante, al haber extendido la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, la obligatoriedad de la inscripción también a los bienes demaniales (cfr. art. 36 núm. 1 de la citada Ley)».

En tercer lugar, y en cuanto a la necesidad de que tenga lugar tal constancia registral para que el derecho de reversión pueda oponerse a terceros, se supera con ello la norma contenida en el artículo 69 del Reglamento de Expropiación Forzosa que ya en su día dio lugar a una viva discusión doctrinal e incluso jurisprudencial sobre si se extralimitaba de su rango reglamentario por implicar o no que la reversión no inscrita constituía una excepción al principio de fe pública registral⁶.

En relación con esta novedad de la Ley sobre la necesaria constancia del derecho de reversión en el Registro como condición para que pueda oponerse a terceros adquirentes, LASO MARTÍNEZ⁷ advierte que «tan concluyente circunstancia, gramaticalmente de dudosa corrección, no resiste de manera suficiente su crítica. En este sentido, la introducción directa por ministerio de la ley de una reserva, que además no es constitutiva por sí misma de una certeza futura pues, como veremos, una cosa es que potencialmente se dé el derecho de reversión y otra que este concurra de hecho en el tiempo hábil, sin perjuicio de que su omisión sea causa determinante de responsabilidad del Registrador; no puede decirse de modo tan terminante que excluya la oponibilidad a terceros de la reversión, como igualmente, a la inversa, su constancia no será suficiente para la cancelación de los asientos contradictorios como si de una anotación preventiva de demanda se tratase. Es decir, la no constancia de la reserva legal no puede impedir la oponibilidad de la reversión si consta inscrita la causa de la adquisición por expropiación, dado que la reversión, según hemos visto, despliega institucionalmente los efectos de ella desde el título de adquisición y no desde la reserva (...). Recíprocamente la mera constancia de la reserva no atribuye al beneficiado por ella un derecho absoluto frente al tercero, pues si este no es parte en el proceso, salvo la anotación, no podrá cancelarse su derecho por el mero hecho de la oponibilidad sino que será imprescindible su audiencia para no causarle indefensión».

En cuanto a la forma de practicar la inscripción, la Dirección General señala en su resolución de 8 de febrero de 2012 que, conforme a los artículos 53 de la Ley de Expropiación Forzosa, 60 de su Reglamento y 32.4.^a del Reglamento Hipotecario, el título formal para la práctica de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la expropiación forzosa está integrado por el acta de ocupación y por el documento que acredite el pago o consignación del justiprecio. A su vez, el artículo 55.2.e) del Reglamento de Expropiación Forzosa establece que en el título de adquisición del beneficiario de la expropiación debe figurar la afectación del bien al fin público (obra o servicio) que justificó la expropiación, circunstancia que deberá figurar en la propia inscripción registral, pues, conforme a lo previsto en los artículos 9, núm. 2 de la Ley Hipotecaria y 51.6.º de su Reglamento, en la inscripción deberá constar la naturaleza del derecho inscrito, su extensión, así como las condiciones suspensivas o resolutorias que le afecten.

4. LA CANCELACIÓN REGISTRAL DEL DERECHO DE REVERSIÓN POR LOS MEDIOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 82 LH

A) *Mediante la aplicación de las reglas generales del artículo 82.1 LH*

La regla general en materia de cancelaciones es la contenida en el párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, según el cual «las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos».

Al ser esta la regla general, los medios de cancelación en ella recogidos son los citados en primer lugar por la resolución, para luego examinar las posibles excepciones y reglas especiales.

Por tanto, entre los posibles medios para obtener la cancelación registral del derecho de reversión se cita en primer lugar esta regla general por la resolución comentada invocando el artículo anterior junto al 1, al 40 y al 220, también de la Ley Hipotecaria.

Como manifestación concreta de la regla general de cancelación con el consentimiento del titular registral, la resolución también considera posible obtener, con base en la jurisprudencia, la cancelación del derecho de reversión en virtud de la renuncia de su titular, incluso con anterioridad a que se produzcan los supuestos contemplados por el citado artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa, que dan lugar al nacimiento del mismo. Esta renuncia —añade— podrá ser expresa y aun tácita, pero en todo caso clara, cierta e inequívoca. No obstante, siendo una posibilidad teórica, que parte del carácter de la reversión como derecho subjetivo patrimonial aun en la fase de latencia. La renuncia pura y simple no será muy frecuente en la práctica y puede ser fuente de abusos mediante la exigencia de una contraprestación.

A falta del consentimiento del titular registral, la regla general se contempla exigiendo la presentación de una sentencia que reúna los requisitos expresados.

B) *Mediante la regla especial del artículo 82.2 LH*

El párrafo segundo del mismo artículo 82 establece una primera regla especial al disponer que las inscripciones y anotaciones preventivas «podrán,

no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva». Se prescinde en estos casos, por tanto, del consentimiento del titular y de la resolución judicial firme.

Son dos los supuestos especiales contemplados aquí, respecto de los cuales la resolución comentada niega rotundamente la admisibilidad de su aplicación como medio de obtener la cancelación de la reversión.

a) El primero de los supuestos previstos en ese párrafo permite la cancelación prescindiendo de los requisitos generales cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley. Respecto de este supuesto, la resolución señala que no resulta aplicable al derecho de reversión, lo que parece basar en que la prescripción, como regla general, no puede ser apreciada sino por vía judicial pues, a diferencia de la caducidad, que opera *ipso iure*, en la prescripción pueden existir supuestos de interrupción de la misma que escapen a la calificación registral por no tener reflejo en el Registro (*vid.* art. 1973 del Código Civil).

Estamos de acuerdo en cuanto a la inaplicabilidad de esta regla especial al derecho de reversión, al menos en principio o de forma directa, pero no por la razón apuntada por la resolución, ya que, el plazo legalmente establecido para el ejercicio del derecho de reversión en algunos casos⁸ no es de prescripción, sino de caducidad, como ha reconocido reiteradamente la Dirección General en otras resoluciones y así lo ha confirmado el Tribunal Supremo⁹. El derecho de reversión es un derecho potestativo, por lo que el transcurso del plazo legal sin que se haya ejercitado determina la extinción del derecho, que ya no podrá ejercitarse después; se trata de un plazo preclusivo. Pero esta forma de extinción del derecho por determinación legal no significa que pueda cancelarse automáticamente el asiento una vez transcurrido aquel plazo, ya que puede darse el caso de haberse ejercitado a tiempo sin que este hecho haya accedido al Registro de la propiedad; el registrador carece de medios para constatar un hecho negativo como es la falta de ejercicio del derecho en plazo.

Ahora bien, en nuestra opinión, sí sería admisible la cancelación del derecho de reversión por el transcurso del plazo legal, cuando lo haya, siempre que se acreditara fehacientemente la falta de ejercicio del derecho de reversión dentro del mismo¹⁰. El artículo 55.3 de la Ley de Expropiación Forzosa habla expresamente de la caducidad del derecho de reversión si no se ejercita mediante el pago del importe correspondiente en el plazo de tres meses desde su determinación en vía administrativa.

Lo mismo puede decirse de otros supuestos no sujetos a plazo legal, como serían los de reversión por falta de ejecución de la obra (es el caso de las modalidades previstas en el primer inciso del artículo 54.1 de la Ley de Expropiación Forzosa y el de la reversión urbanística del artículo 47.2 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2015); en estos casos puede entenderse que la terminación de las obras lleva consigo la extinción del propio derecho de reversión también por disposición de la Ley al no poder tener lugar el presupuesto previsto por ella para su ejercicio¹¹, por lo que cabría plantearse la posibilidad de obtener su cancelación siempre y cuando se acreditara cumplidamente el fin de las obras con base en el transcrito inciso primero del párrafo segundo del artículo 82. En el apartado 6 de este comentario veremos cuál podría ser la forma adecuada para acreditar al registrador los extremos antes apuntados.

b) El segundo supuesto especial previsto por el mismo artículo 82, párrafo segundo, inciso final, es la posibilidad de cancelación sin que concurran los requisitos generales ya vistos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por resultar así «del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva». La resolución niega la posibilidad de su aplicación ante la ausencia en el título de una cláusula que contenga un plazo convencional para el ejercicio del derecho de reversión y —añadimos nosotros— en que se haya pactado la forma de cancelación, pues de lo contrario el no ejercicio del derecho sería un hecho negativo que escapa de la posibilidad de calificación registral, como sucedía también en el caso que vimos previamente.

5. CANCELACIÓN CONFORME AL VIGENTE ARTÍCULO 210 LH, REDACTADO POR LA LEY 13/2015

A) *El expediente de liberación de cargas y gravámenes*

La resolución admite abiertamente la procedencia del expediente de liberación de cargas y gravámenes regulado en el artículo 210 de la Ley Hipotecaria, que tras la redacción dada por Ley 13/2015 ha pasado a ser de tramitación registral, como medio para obtener la cancelación de la constancia del derecho de reversión en general, ya que su apartado 1 permite acudir a este expediente para cancelar cualesquiera «cargas o derechos que hayan quedado legalmente extinguidos por prescripción, caducidad o no uso».

Ninguna especialidad reseñable se produce a estos efectos en el caso del derecho de reversión, por lo que para obtener la cancelación se seguirían las reglas normales de tramitación del expediente contenidas en aquel precepto.

B) *El procedimiento «directo» previsto en el artículo 210.1.8ª LH*

A partir de lo hasta aquí expuesto, la resolución parece tomar conciencia de la inexistencia de normas específicas de cancelación del derecho de reversión y hace un esfuerzo para tratar de llenar la laguna legislativa, con soluciones innovadoras pero que en nuestra opinión son discutibles en algún extremo e insuficientes en otros, como veremos en este apartado y en el siguiente.

En primer lugar, se plantea la posibilidad de aplicar al derecho de reversión la regla octava del citado artículo 210.1 de la Ley Hipotecaria. Esta regla establece en su primer párrafo que «no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán cancelarse directamente, a instancia de cualquier interesado y sin necesidad de tramitación del expediente, las inscripciones relativas a derechos de opción, retractos convencionales y cualesquiera otros derechos o facultades de configuración jurídica, cuando hayan transcurrido cinco años desde el día en que venció el término en que, según el Registro, pudieron ejercitarse, siempre que no conste anotación preventiva de demanda u otro asiento que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento».

Respecto de esta forma de cancelación «directa», la resolución distingue varios supuestos, considerando aplicable la regla solo en algunos de ellos pero no en otros, como pasamos a exponer:

a) El primer supuesto es la cancelación del derecho de reversión en los casos en que «pueda afirmarse la existencia de un plazo preclusivo de ejercicio

del derecho, a partir del cual puedan computarse los cinco años exigidos por el precepto», casos en los que considera que «debe estimarse procedente su aplicación». Con ello está pensando, por ejemplo, en el plazo de 20 años establecido en el artículo 54.3.a) de la Ley de Expropiación Forzosa, a contar desde la toma de posesión de la finca expropiada, para los supuestos de reversión por desafectación o por resultar un exceso o terreno sobrante, pues no cabe su ejercicio si hubiera transcurrido el expresado plazo. Lo mismo cabría entender respecto del transcurso del plazo de tres meses desde la notificación por la Administración del exceso de expropiación, la desafectación del bien expropiado o su propósito de no ejecutar la obra (en cuyo caso no puede ejercitarse la reversión pasados tres meses desde dicha notificación (art. 54.3, párrafo primero, de la Ley de Expropiación Forzosa).

Con esta generosa interpretación de la citada regla octava se está admitiendo la cancelación de la reversión cuando hayan transcurrido cinco años desde la expiración del plazo «legal» de su ejercicio si no consta ninguno de los asientos previstos por el precepto.

Sin embargo, no compartimos esta interpretación de la Dirección General por las siguientes razones: 1ª.— El precepto se refiere al plazo de ejercicio del derecho «según el Registro» y no al previsto por la Ley, como sería el caso del derecho de reversión en los supuestos en que así se haya establecido. 2ª.— La citada regla octava constituye una excepción a la regla general del artículo 82.1 de la Ley Hipotecaria y, como tal norma excepcional, no puede aplicarse a supuestos diferentes «de los comprendidos expresamente en ella», conforme al artículo 4.2 del Código Civil, por lo que solo se extiende al término en que, «según el Registro», pudo ejercitarse el derecho, según literalmente expresa dicha regla, como acabamos de ver, pero no a los plazos legales. 3ª.— Esta norma legal reproduce, tras la reforma de 2015, la que ya contenía el Reglamento Hipotecario en su artículo 177,1, que igualmente restringe su aplicación a los «derechos que tuviesen un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes», por lo que no resulta aplicable a los plazos legales, los cuales no constan en el Registro. 4ª.— Si el transcurso del plazo legal determina la extinción del derecho por caducidad, el cauce apropiado para obtener la cancelación sería otro: el del expediente de liberación de cargas y gravámenes, cuyo ámbito de aplicación, como vimos, es ese: la extinción del derecho por caducidad (a la que cita expresamente junto a la prescripción y el no uso como presupuesto para su aplicación), o bien mediante su acreditación mediante certificación administrativa en los términos que luego veremos.

b) El segundo supuesto que contempla la resolución es el específico del derecho de reversión procedente de una expropiación urbanística dentro de un proceso de equidistribución por compensación, que es el supuesto de hecho al que se refiere el caso por ella contemplado. Para este supuesto, la resolución niega la aplicabilidad de esta cancelación «directa» apoyándose en la jurisprudencia que viene reiterando que en los supuestos de reversión basados en la inexecución de la obra o la implantación del servicio, supuesto que podemos equiparar al de inexecución de la urbanización, en los que no haya mediado notificación alguna por parte de la Administración al expropiado, el artículo 54.3.b) de la Ley de Expropiación Forzosa establece un plazo mínimo de cinco años, diez años para la urbanística del artículo 47.2.a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2015, para poder ejercer la acción pero, a diferencia de otros supuestos de reversión, no establece un plazo máximo para su ejercicio, estableciéndose, a diferencia de los otros supuestos de reversión, únicamente el término inicial para el ejercicio del

derecho y no un término final, mientras que en los demás casos de reversión, si bien se parte igualmente de la toma de posesión de los bienes o derechos expropiados, se fija un término final, más allá del cual no puede ejercitarse el derecho.

Esto indica que el legislador valora de forma distinta los supuestos en los que el fin de la expropiación se ha cumplido, en cuyo caso entiende que el transcurso de un considerable periodo de tiempo justifica la expropiación y consolida la privación del bien o derecho expropiados haciéndola irreversible, mientras que, no habiéndose cumplido el fin de la expropiación a la que se destinaba el bien, esta pierde su justificación y permite la recuperación por su primitivo dueño del bien o derecho expropiado, sin esa limitación temporal; «...sin que ello suponga que la acción de reversión quede a la omnímoda libertad de los expropiados o sus causahabientes, con la consiguiente indefinición respecto de la titularidad y destino del bien o derecho sujeto a retrocesión, pues, en todo caso, está en manos de la Administración poner fin a tal estado de cosas mediante la notificación directa a aquellos de la inejecución, terminación o desaparición de la obra o servicio público para así emplazarles a que insten la reversión en el término legal de tres meses previsto en la Ley de Expropiación Forzosa, transcurrido el cual sin haberlo ejercitado decaerá tal derecho...» —cfr: sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007, 25 de enero de 2012, y 3 de junio de 2013.

Por lo expuesto, para el concreto supuesto de derecho de reversión procedente de una expropiación en un sistema de actuación urbanística por compensación, al no poder invocar la existencia de un término final de ejercicio, no resultaría de aplicación, al caso particular de ejecución de urbanización, la norma de cancelación de la citada regla octava. En el apartado siguiente veremos que la resolución no cierra del todo la puerta para este caso concreto, si bien exige un requisito adicional.

c) En fin, la resolución contempla también una hipótesis concreta, consistente en una variante de la anterior, referida a la reversión en la expropiación urbanística de propietarios no adheridos a una Junta de Compensación, que se encuadraría dentro del citado artículo 47.2.a) del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo, como reversión urbanística causada por la falta de conclusión de las obras de urbanización cuando el suelo fuera expropiado para ejecutar una actuación de urbanización. Para este caso, la resolución «inventa» un modo un tanto forzado a nuestro entender para obtener la cancelación mediante una suerte de aplicación analógica o combinada de la regla octava del artículo 210.1 de la ley Hipotecaria, antes citada, al afirmar que «sí puede estimarse procedente la cancelación —*vid.* también el art. 82.2 de la Ley Hipotecaria—, del derecho de reversión derivado de esta singular expropiación, una vez transcurridos cinco años contados desde la fecha de recepción de las obras de urbanización por la Administración, según se acredite mediante certificación administrativa del acta, siempre que no conste anotación preventiva de demanda u otro asiento que indique haberse ejercitado el derecho o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento.

Igualdad de razón existe —continúa afirmando la resolución— en la aplicación de un término final que permita considerar no ejercitado el derecho, que en la invocación del hecho acreditado que impide el nacimiento de la acción de reversión, y del propio derecho con plena virtualidad, esto es, su término inicial de ejercicio; en este sentido, debe recordarse que, conforme al artículo 18.6 de la Ley del Suelo, los deberes vinculados a la promoción de las actuaciones de transformación urbanística se presumen cumplidos con la recepción por la Administración competente de las obras de urbanización, recepción que deberá

ser a estos efectos cancelatorios, definitiva, total y expresa, o tácita, que resulte oportunamente acreditada —cfr. art. 135 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid—».

Por lo tanto, la resolución considera admisible esta solución inventada para la reversión a favor de quien fue expropiado por no adherirse a una Junta de Compensación en general, si bien, atendidas las circunstancias concretas concurrentes en el caso enjuiciado, concluye para este que «en el presente recurso tampoco por esta vía procede la cancelación del derecho de reversión, por cuanto no consta en el expediente que hayan transcurrido cinco años contados desde la fecha de recepción de las obras de urbanización por la Administración, acreditada mediante certificación administrativa del acta».

Nos apartamos también en este punto de la solución ofrecida por la resolución, por varias razones: 1.^a.— Por suponer igualmente una interpretación extensiva de la reiterada regla octava del artículo 210.1, frente al carácter claramente excepcional de la misma, ya aludida, incluyendo nuevas fechas de inicio del plazo de cinco años completamente ajenas a su redacción. 2.^a.— Porque para admitir la cancelación añade un requisito más, también extraño al precepto, consistente en la aportación de una certificación administrativa acreditativa del acta de recepción de las obras, de la que, por cierto, no exige firmeza ni siquiera en vía administrativa. 3.^a.— Porque si esta certificación administrativa no fuera firme, no acreditaría la extinción del derecho, mientras que si lo fuera, ya la acreditaría por sí sola, por lo que no sería necesario esperar al plazo de cinco años previsto en la regla octava, según justificamos en el siguiente apartado.

6. CANCELACIÓN MEDIANTE CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

Por último, la resolución introduce una forma más de cancelación de la mención de reversión, consistente en la presentación de la «certificación del acto administrativo firme que, con audiencia del interesado, declare la extinción del derecho de reversión, siempre y cuando tal decisión haya adquirido firmeza, también en vía jurisdiccional, por sentencia judicial confirmatoria o por transcurso de los plazos de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual podrá acreditarse por la propia certificación administrativa».

A) *Fundamento y supuestos de aplicación*

El fundamento de esta forma de cancelación se encuentra en que la acreditación fehaciente de la desaparición de los presupuestos necesarios para el ejercicio de la reversión determina su extinción por imposibilidad y debe tener igualmente acceso al Registro mediante la oportuna cancelación para mantener la concordancia entre el registro y la realidad jurídica extrarregistral.

Se trata, por tanto, de la cancelación del derecho de reversión en virtud de una resolución administrativa, documentada por medio de la correspondiente certificación, con los requisitos que enseguida veremos, acreditativa de la inexistencia o extinción del derecho por falta de los presupuestos establecidos por la ley para su ejercicio¹².

La resolución objeto de este comentario refiere esta forma de cancelación al supuesto concreto por ella contemplado: el de los propietarios de los no adheridos a la Junta de Compensación. Sin embargo, nosotros consideramos que esta vía

sería aplicable en principio a cualquier otro supuesto o modalidad de reversión, siempre y cuando la certificación declarara la imposibilidad objetiva del ejercicio del derecho de reversión por no concurrir los requisitos legales exigidos para ello en cada uno de tales supuestos o modalidades concretas.

La razón de ser de esta cancelación puede ser tanto la falta de nacimiento del derecho de reversión (como sucedería en los casos antes citados de expropiación que, según algunos autores, no generan derecho de reversión) como la posterior extinción del mismo, lo que puede suceder, a su vez, por el transcurso del plazo para su ejercicio o por imposibilidad sobrevinida de que se den sus presupuestos, como el de la terminación y recepción de la urbanización en los términos del citado artículo 47.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, o el transcurso de los plazos establecidos para algunas de las modalidades de la reversión, como ya se ha indicado.

Esta forma de cancelación no supone una aplicación extensiva ni analógica de una norma excepcional, ya que se enmarca de manera directa dentro de la previsión del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria cuando regula la posibilidad de cancelación de derechos sin los requisitos generales del párrafo primero, «cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley», ya que es la propia Ley la que determina la extinción del derecho de reversión cuando se den determinadas condiciones, como las ya aludidas del transcurso del plazo legalmente establecido en algunos casos para su ejercicio o, en las expropiaciones urbanísticas, la recepción de las obras de urbanización, la cual, según el artículo 7.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2015, presupone la conclusión de las obras urbanizadoras de conformidad con los instrumentos que las legitiman, habiéndose cumplido los deberes y levantado las cargas correspondientes, y determina la terminación de las actuaciones de urbanización. En tal caso se produce por determinación legal la extinción del derecho de reversión previsto en el artículo 47.2 del mismo Texto, referido a «los casos en que el suelo haya sido expropiado para ejecutar una actuación de urbanización», en los cuales «procede la reversión, cuando hayan transcurrido diez años desde la expropiación sin que la urbanización se haya concluido», por lo que, una vez concluida, ya no procederá la reversión. Lógicamente, la realidad de la extinción del derecho debe acreditarse ante el Registrador, para lo que es suficiente la certificación del acto que así lo determine por aplicación de la Ley (por ejemplo, por el transcurso del plazo legal aplicable sin haberse ejercitado, por haberse terminado las obras de urbanización, ...).

Otro precepto en el que se fundamenta esta forma de cancelación es el artículo 79.2 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual podrá pedirse y deberá ordenarse la cancelación «cuando se extinga también por completo el derecho inscrito o anotado». Y el artículo 173 del Reglamento Hipotecario añade que «Para practicar la cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventivas, en los casos a que se refiere el artículo 79 de la Ley, será necesario presentar en el Registro los títulos o documentos que acrediten la extinción de la finca o derecho, o en que se declare la nulidad del título inscrito o de la inscripción».

B) Requisitos del título para la cancelación; la excesiva exigencia de su doble firmeza

El título para la cancelación sería, pues, la certificación administrativa del acto administrativo por el que se declare la inexistencia o la extinción o, en definitiva, la imposibilidad de ejercicio del derecho de reversión por no concurrir

los requisitos legales exigidos para ello en cada supuesto concreto. En el caso contemplado por la resolución objeto de este comentario, el de los propietarios no adheridos a la Junta de Compensación, el supuesto de hecho estaría constituido por la falta de conclusión de la urbanización en el plazo de diez años desde la expropiación, como se deduce del citado artículo 47.2.a del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de tal modo que, una vez terminadas las obras, carecería de fundamentación legal el reconocimiento del derecho y no tendría sentido el mantenimiento de su constancia registral.

La certificación administrativa expresiva de los extremos expuestos es suficiente para considerar extinguido el derecho, como se desprende de la propia resolución comentada (Fundamento 7) y en la de 5 de septiembre de 2013, siempre «que la extinción del derecho inscrito resulte de manera clara, precisa e indubitada».

La certificación administrativa ha de reunir todos los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria para la práctica de los asientos, como los formales establecidos en el artículo 3 de la Ley y 33 y 34 de su Reglamento, identificándose las fincas registrales concretas sobre las que debe practicarse la cancelación de acuerdo con el artículo 21 de la misma Ley.

Por su parte, el acto administrativo certificado debe cumplir todas las condiciones establecidas para este tipo de actos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para su ejecutividad, concretamente en su Título V, destacando entre ellos la necesidad de su notificación a los interesados en los términos de sus artículos 58 y 59.

La resolución afirma que «cabe confirmar la calificación en cuanto a la exigencia de certificación del acto administrativo firme que, con audiencia del interesado, declare la extinción del derecho de reversión, siempre y cuando tal decisión haya adquirido firmeza, también en vía jurisdiccional, por sentencia judicial confirmatoria o por transcurso de los plazos de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual podrá acreditarse por la propia certificación administrativa». Con ello añade a los requisitos generales el de la firmeza del acto, tanto en vía administrativa como en la jurisdiccional.

El requisito de la firmeza en vía administrativa¹³ de las certificaciones de esta naturaleza en cuanto título inscribible es lógico porque evita causar indefensión. Por ello se exige dicha firmeza por el Real Decreto 1093/1997 en su artículo 2.1.b¹⁴ para la práctica de asientos mediante certificación administrativa.

Sin embargo, la resolución exige su firmeza no solo en vía administrativa, sino también en vía jurisdiccional, por sentencia judicial confirmatoria o por transcurso de los plazos de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa. La resolución afirma que este requisito es exigible «de modo análogo al régimen registral de cesiones obligatorias de los artículos 31.4 y 63.1 del Real Decreto 1093/1997».

A nuestro juicio, esta exigencia es infundada y excesiva por varios motivos: 1º.— El artículo 2.1.b del Real Decreto 1093/1997 establece que «salvo los casos en que la legislación establezca otra cosa, los actos administrativos se inscribirán mediante certificación de la misma naturaleza que cumpla los siguientes requisitos: (...) b) Que exprese que el acto ha puesto fin a la vía administrativa, salvo lo dispuesto en este Reglamento para acuerdos determinados (...)». Por tanto, sienta una regla general (que el acto ponga fin a la vía administrativa) y una excepción («salvo lo dispuesto en este Reglamento para acuerdos determinados»), sin que pueda como pretende la resolución generalizar la excepción ni

siquiera por él camino de la analogía. 2º.— La firmeza en vía administrativa es suficiente a estos efectos dado el carácter ejecutivo de los actos administrativos y la presunción de validez y eficacia de los mismos conforme a los artículos 56 y 57, respectivamente, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. 3º.— De ser admisible acudir a la analogía, el mejor candidato para su invocación sería el artículo 20 del Real Decreto 1093/1997, en cuanto se refiere a la cancelación de la afección urbanística recayente sobre las fincas resultantes de un Proyecto de Reparcelación, contemplando como título al efecto la certificación administrativa sin constituir ninguna excepción a la regla general del artículo 2.1.b) del mismo cuerpo reglamentario, por lo que le es plenamente aplicable dicha regla general y basta por tanto con la firmeza en vía administrativa. 4º.— Si se interpusiera recurso contencioso-administrativo contra el acto declarativo de la extinción del derecho, no por ello se suspendería la ejecutividad del mismo, que seguiría a pesar del recurso surtiendo sus efectos y siendo ejecutivo. No obstante, podría solicitarse y obtenerse del juez la declaración de suspensión como medida cautelar. 5º.— En el mismo caso de interposición de recurso contencioso-administrativo tras la cancelación del derecho de reversión, podría evitarse la aparición de un tercer adquirente que por aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria quedara a salvo de una eventual sentencia estimatoria mediante la oportuna anotación preventiva. 6º.— La exigencia de la firmeza en vía jurisdiccional lo que determinaría es la imposibilidad de obtener la cancelación por esta vía de la certificación administrativa, pese a ser expresamente aceptada en varias resoluciones como vía alternativa a la regla general del artículo 82.1 de la Ley Hipotecaria: en efecto, esta exigencia supone reconducir la cancelación a dicha vía general, al resultar en tal caso la extinción del derecho de una sentencia judicial firme, dejando vacía de contenido esta otra forma de cancelación mediante certificación administrativa (basada en el artículo 82.2 y 79 de la misma y 173 de su Reglamento); es un contrasentido admitir una vía de cancelación al mismo tiempo que imposibilitar su aplicación, al ser necesario acudir a otra vía diferente como es la de la resolución judicial, que consituye la expresada regla general. 7º.— Frente a ello, esta forma de cancelación mediante certificación ha sido admitida por la Dirección General en otras resoluciones, como las de 11 de enero de 1999, la de 12 de noviembre de 1999, o la reciente de 19 de abril de 2016, en las que, por cierto, el acto era firme en vía administrativa y en ningún momento se alude a la necesidad de la firmeza en vía jurisdiccional.

En suma, nos parece injustificada la exigencia de la firmeza jurisdiccional que fue meramente insinuada por el registrador en su nota de calificación pero taxativamente impuesta por la resolución sin justificación alguna a nuestro juicio. Basta, por ello, en nuestra opinión con que el acto haya alcanzado firmeza en vía administrativa por no haberse interpuesto los recursos administrativos procedentes o, cuando habiéndose interpuesto, hayan sido desestimados o inadmitidos, procediendo en tales casos la cancelación con independencia de que se hubiera interpuesto recurso contencioso-administrativo, interposición que por sí no suspende la eficacia y ejecutividad del acto, sin perjuicio de que pueda solicitarse ante el órgano judicial como medida cautelar la propia suspensión o la anotación preventiva correspondiente.

NOTAS

¹ LASO BAEZA, Vicente, La doctrina de la Dirección General sobre la reversión en la expropiación de suelos de propietarios no adheridos a una Junta de Compensación, *RCDI* núm. 754.

² En los términos del artículo 69 del Reglamento de Expropiación Forzosa, cuya legalidad fue puesta en entredicho por la doctrina, dado el carácter meramente reglamentario que formalmente revestía esta excepción.

³ En su redacción dada por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Se encuentran desarrollados por los artículos 63 a 70 del Reglamento de Expropiación Forzosa, algunos de los cuales han quedado superados tras la indicada modificación de la Ley.

⁴ LASO MARTÍNEZ, J. L., Reversión de expropiaciones. Transmisión del derecho de reversión. Oponibilidad a terceros y protección registral, *RCDI* núm. 681, 2004, pp. 385-395; LASO BAEZA, V., en el citado comentario a la resolución objeto de estas páginas en la *RCDI* núm. 754 y en el artículo Matizaciones a la constancia registral de la reversión en la inscripción de las expropiaciones urbanísticas, *RCDI* núm. 700, 2007, 874-881; DÍAZ FRAILE, J. M., El derecho de reversión expropiatoria y su inscripción en el Registro de la Propiedad, *RCDI* núm. 727, 2011, 2471-2504.

⁵ Cabe citar en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1962, 27 de abril de 1964 y 7 de mayo de 1971 y 7 de noviembre de 1971, así como las resoluciones de la Dirección General de 26 de noviembre de 2001 y 30 de marzo de 2016.

⁶ El precepto establecía que «Cuando se dé alguna de las causas legitimadoras de la reversión, procederá esta, aun cuando los bienes o derechos hayan pasado a poder de terceros adquirentes por la presunción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio del derecho de repetición de los mismos contra quien proceda por los daños y perjuicios ocasionados». Como señala la resolución de 8 de febrero de 2012, «parte de la doctrina más autorizada entendió que el Reglamento de Expropiación Forzosa no constituía una excepción a los principios registrales ya que la expropiación consta en el título del beneficiario, y por tanto su inscripción determina también la publicidad del propio derecho de reversión latente».

⁷ LASO MARTÍNEZ, J. L., Previsiones y conjeturas en las relaciones del urbanismo con el sistema registral, *RCDI* núm. 657, año 2000, 893 y sigs.

⁸ Como sucede cuando la Administración notifica el exceso de expropiación, la desafectación del bien expropiado o su propósito de no ejecutar la obra (en cuyo caso no puede ejercitarse la reversión pasados tres meses desde dicha notificación (art. 54.3, párrafo primero, de la Ley de Expropiación Forzosa), así como en los supuestos de exceso de expropiación o de desafectación del bien o derecho expropiados, en los que no cabe la reversión si han transcurrido veinte años desde la toma de posesión de aquellos (cfr. art. 54.3.a de la misma Ley).

⁹ Por ejemplo, las resoluciones de 8 de febrero de 2012 y 19 de abril de 2016 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2000.

¹⁰ Así lo entiende también la resolución de 19 de abril de 2016.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2000.

¹² La resolución de 19 de abril de 2016 admite como título un oficio administrativo del que resulte la extinción.

¹³ Un acto es firme en vía administrativa cuando contra el mismo ya no cabe recurso ordinario alguno ante la Administración, es decir de alzada o reposición (ya sea porque no exista la posibilidad de recurso ya porque haya transcurrido el plazo para interponerlo).

¹⁴ Aunque no lo exigen ni la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas ni la legislación estatal del suelo.

4. DERECHO BANCARIO

El caso «Valores Santander».
A la espera de la casación tras la doctrina
contradictoria de las Audiencias Provinciales.
(I)

*The Santander securities case.
Waiting for the Supreme Court after the
contradictory doctrine of provincial appellate
courts. (I)*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: Dentro de la clara doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en el caso «Valores Santander», existe cierta «jurisprudencia menor» que ha sostenido la inexistencia del error vicio del consentimiento ya que en el proceso correspondiente constaba, siendo suficiente al respecto, la existencia de una orden de suscripción estereotipada y preconstituida en la que el contratante declaraba conocer la operativa y riesgos de la inversión y la supuesta entrega de un tríptico informativo, con remisión incluso a una nota de valores y documento de registro del emisor para que el inversor los consultase en su caso, lo que en nuestra opinión no puede sostenerse desde la aplicación de los controles de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación; el concepto de cláusulas abusivas y la propia figura del «error heteroinducido», existente en estos casos de incumplimiento de deberes de información con clara asimetría informativa.

ABSTRACT: Provincial appellate courts have established a clear contradictory doctrine in the Santander securities case, but within that doctrine there is a certain thread of «minor jurisprudence» holding that there is no vice-of-consent error. The argument is that the records sufficiently show that there was a stylised, pre-drafted subscription request in which the signatory declared that he knew how the investment worked and what risks were involved, and that an informative triptych was supposedly delivered, and there is even reference to a securities note and an issuer registration document that the investor could consult should he wish. In our opinion, this argument falls to the floor when faced with controls over the inclusion and transparency of general contract terms and conditions. The concepts of «unfair terms» and «error caused from without» apply in cases such as this, where the duty of information has not been discharged properly and an information asymmetry situation clearly exists.

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos. Orden de suscripción estereotipada. Transparencia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas abusivas.

KEY WORDS: *Contract law. Stylised subscription request. Transparency of general contract terms and conditions. Unfair terms.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DOCTRINA CONTRADICTORIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.—III. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, hemos venido asistiendo a una importante litigiosidad en relación con los conocidos instrumentos financieros complejos lo que sin duda ha venido contribuyendo a crear una doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo tras la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en la resolución de los determinados asuntos que se les han propuesto.

En la gran mayoría de los supuestos (*vgr.* derivados financieros, tales como los *swaps*) los argumentos de impugnación de los mismos han girado sobre la anulabilidad por error vicio del consentimiento, el cual ha sido acogido en numerosas ocasiones, viniéndose con ello a forjar caracteres de la doctrina del error vicio del consentimiento en función del análisis de los deberes de información precontractual que las empresas de servicios de inversión han de cumplir de conformidad con lo dispuesto en la conocida normativa MIFID y la implementación de la misma, principalmente a través de nuestra Ley de Mercado de Valores, donde la asimetría de información es claramente observable.

Así podemos reseñar el concepto de «*error heteroinducido*» que ha venido construyéndose por nuestro Tribunal Supremo desde la presunción de la existencia del error vicio del consentimiento cuando ha quedado constatado en el procedimiento en cuestión el incumplimiento de los deberes de información precontractual en la comercialización del instrumento financiero complejo en cuestión, lo que a nuestro juicio, ha venido a suponer un nuevo enfoque a la doctrina del error vicio del consentimiento, principalmente en cuanto a la prueba del «*errans*» acerca de la excusabilidad de dicho error.

Paralelamente, la litigiosidad derivada de las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas también ha venido suponiendo la creación de otro cuerpo jurisprudencial en cuanto a los requisitos y cumplimientos de los conocidos controles de incorporación y de transparencia, principalmente tras la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre las denominadas «cláusulas suelo».

Sin embargo, observamos como en la práctica el planteamiento de los motivos del recurso de casación correspondiente en la impugnación de la contratación del instrumento financiero en cuestión, en la gran mayoría de las ocasiones se viene articulando de forma casi exclusiva sobre la doctrina del error-vicio del consentimiento (ya que otros argumentos, tales como la nulidad *ex* artículo 6.3 del Código Civil por vulneración de norma imperativa y de Orden Público, pese a acogerse por algún fallo aislado de nuestras Audiencias Provinciales —no sin falta

de razón—, no han sido aceptados por nuestro Tribunal Supremo), obviándose las argumentaciones y pretensiones derivadas de la dogmática de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas, perdiéndose con ello la oportunidad no solo procesal, sino de un claro referente jurisprudencial con base a lo anterior, en estos casos.

Uno de estos supuestos, sobre los cuales existe una clara doctrina contradictoria al respecto de nuestras Audiencias Provinciales, es el conocido como «Valores Santander», respecto del que señalamos que nuestro Tribunal Supremo ya ha procedido admitir recursos de casación por *interés casacional* en razón de la cuantía (inferior a los 600.000 euros), ante la acción de anulabilidad planteada, mediante las siguientes resoluciones:

- i. Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1.^a) de 3 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 28664).
- ii. Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1.^a) de 3 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 29273).
- iii. Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1.^a) de 4 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 81770).

En relación con el carácter complejo del producto financiero «Valores Santander», este fue destinado a clientes para obtener recursos destinados a la compra del Banco Holandés ABN Amro a través de una OPA, emitiendo un producto cuyas condiciones dependían del éxito de la OPA, de manera que si no se llevaba a efecto, los «Valores Santander» serían una inversión de renta fija con vencimiento a un año. Pero si la OPA se llevaba a cabo, dichos Valores se convertirían en Obligaciones Necesariamente Convertibles en acciones Santander, de manera optativa en los periodos anuales establecidos en las condiciones de emisión y obligatoriamente el último año, con un límite de duración de cinco años.

Se estableció un precio de suscripción por cada Valor que en el momento de su conversión en acciones se cambiaría por acciones que se valorarían al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción durante los cinco días hábiles anteriores a la emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles, o, «Valores Santander, que era la denominación con que se comercializaron, con lo que la operativa no era la de una simple compra de acciones, puesto que existían otras particularidades que complicaban la aleatoriedad del producto y con ello su comprensión, pues incluso al final del operativo, con la consumación del contrato, la obligación de convertir los Valores en acciones al final del término, se hacía por un precio del 116% de cotización Santander a 17 de septiembre de 2007, con unas variables en relación con la remuneración, no asegurada, que revelaban el carácter complejo y de riesgo que presentaba el producto.

En las sentencias de las Audiencias Provinciales que han negado la apreciación del error vicio en la contratación de los «Valores Santander», se han venido calificando a los mismos, de forma sorprendente, como un producto financiero exento de riesgo y merecedor de una información completa y transparente, así-milándolo a la contratación de acciones cotizadas. Además, esta «jurisprudencia menor» ha sostenido igualmente la inexistencia del error vicio del consentimiento ya que en el proceso correspondiente constaba, siendo suficiente al respecto, la existencia de una orden de suscripción estereotipada y preconstituida en la que el contratante declaraba conocer la operativa y riesgos de la inversión y la supuesta entrega de un tríptico informativo, con remisión incluso a una nota de valores y

documento de registro del emisor para que el inversor los consultase en su caso, lo que en nuestra opinión no puede sostenerse desde la aplicación de los controles de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación; el concepto de cláusulas abusivas y la propia figura del «error heteroinducido» al que antes hacía referencia, existente en estos casos de incumplimiento de deberes de información con clara asimetría informativa.

Para un mejor entendimiento del caso, hemos de poner de manifiesto que en las sentencias de apelación que niegan la existencia del error vicio del consentimiento y en relación con el contenido de la Orden de Valores, se expone que:

«el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) está a su disposición».

Y en relación con el resto del contenido de la propia Orden de Valores, se observa lo siguiente:

«Asimismo, manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla «Importe Solicitado».

El ordenante hace constar que recibe copia de la presente orden, que conoce su contenido y trascendencia. Reconoce igualmente que ha sido informado de la tarifa de comisiones y gastos aplicables a la operación y de las vigentes normas sobre fechas de valoración y autoriza a la entidad a asentar los importes en otra cuenta que posea si, en caso de débito, no tuviera saldo disponible en la indicada para atender su liquidación y, en último extremo, a la enajenación de valores en un mercado organizado en la cantidad necesaria para resarcirse de la cantidad que acredite, así como a reclamar la cantidad adeudada, o la parte de la misma que quede pendiente después de realizar la venta, y sus intereses al tipo publicado por la entidad en cada momento para los descubiertos en cuenta».

II. LA DOCTRINA CONTRADICTORIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sobre el particular existe sobresaliente y notoria contradicción en el ámbito de nuestra conocida como «*jurisprudencia menor*», es decir, de nuestras Audiencias Provinciales, en cuanto al valor del contenido de la orden de inversión («*Valores Santander*»), y del conocimiento del referido tríptico, cuando como generalmente sucede, no ha existido ninguna información adicional, completa y con la antelación suficiente sobre el instrumento financiero complejo y de riesgo, sin que valga para entender cumplidas las obligaciones de información de la entidad de crédito por el hecho de que el consumidor hubiera podido leer la documentación contractual ofrecida. Así a título de ejemplo, podemos citar:

1 Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.^a) sentencia núm. 50/2016 de 5 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 40239):

En esta sentencia donde *se niega la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente: (FD 2.^o):

«El test MIFID tampoco era exigible, atendida la fecha de la contratación, al haber entrado en vigor con posterioridad la normativa que lo regula, y el tríptico informativo registrado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, contenía una información suficiente para conocer la naturaleza, funcionamiento y riesgos de dicho producto financiero».

[El énfasis es nuestro]

«En el presente caso, aun siendo los demandantes minoristas y de perfil ahorrador, no era la primera vez que habían contratado con la entidad demandada la adquisición de productos financieros, como resulta de la prueba documental obrante en autos».

Por lo tanto, la inexistencia de la obligación de practicar el Test MIFID y el hecho de que el contenido del tríptico informativo estuviera registrado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores con información suficiente era bastante para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5.^a) núm. 43/2016 de 2 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 39409):

En esta sentencia donde *se aprecia la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente: (FD 2.^o):

«Así, incluso el hecho de que en la orden de valores exista la manifestación de la recepción del tríptico, ello no implica que la financiera ofreciese una real información de los valores, máxime cuando los empleados de la entidad manifestaron no haber estado presentes cuando se firmó la orden de compra. En consecuencia, todo parece indicar que no se prestó una debida, correcta y completa información sobre el producto contratado, lo que habría provocado un error en el consentimiento y responsabilidad de la entidad bancaria en el cumplimiento de sus obligaciones»

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de que el contenido del tríptico informativo estuviera registrado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la afirmación de la lectura del mismo no era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1.^a) núm. 418/2015 de 29 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 31926):

En esta sentencia donde *se aprecia la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente: (FD 2.^o):

«aun cuando también señala la sentencia apelada —Fundamento de Derecho Sexto—, que el Sr. Constancio pudo conocer con posterioridad mediante un comportamiento diligente de ordenado empresario, el contenido detallado de los títulos a través de la nota de valores y el tríptico que habían sido registrados en la CNMV, y que en la orden de compra aportada como documento núm. 2 de la demanda se indica que el ordenante ha recibido y leído el tríptico informativo de la nota de valores registrada por la CNMV y que se le ha indicado que el resumen y el folleto completo están a su disposición, ello no es suficiente para considerar debidamente cumplida la obligación de información, pues como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de

2015, estas últimas constituyen menciones predisuestas por la entidad bancaria, son declaraciones no de voluntad, sino de conocimiento que se revelan como cláusulas impuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos», y «La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente», expresando esta misma sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, que «Como ya declaramos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 de abril, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante».

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de que el contenido del tríptico informativo estuviera registrado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la lectura del mismo no era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.^a) sentencia núm. 401/2015 de 14 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 38471).

En esta sentencia donde se aprecia la existencia de un error vicio del consentimiento, se afirma lo siguiente: (FD 2.^o):

«Tampoco se considera correcta la afirmación de la sentencia en el sentido de que no existe error excusable que vicie el consentimiento porque la demandante podía haberla evitado con una diligencia regular o media, mediante la simple lectura del contenido del contrato suscrito, integrado por cláusulas redactadas de manera concreta, clara y sencilla, con posibilidad de comprensión directa.

Como ya se ha dicho, que las cláusulas prerredactadas del contrato de *swap* cumplieran los requisitos necesarios para considerarlas incorporadas al contrato, de acuerdo con los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960), no supone que suministraran al cliente la información clara, precisa, no engañosa e imparcial que exigía la normativa sobre el contrato de valores, puesto que faltaba información sobre los extremos que han sido indicados (riesgo realmente asumido, valor inicial del *swap*, coste de cancelación, etc.).

Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios

de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia».

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de la lectura de la documentación contractual no era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

5. Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6.ª) sentencia núm. 587/2015 de 7 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 18505).

En esta sentencia donde se aprecia la existencia de un error vicio del consentimiento, se afirma lo siguiente: (FD 2.º):

«En materia de información escrita al cliente, el contrato de compra de valores, se integra por el documento titulado «Producto Amarillo» que contiene la orden de suscripción de los valores. Evidentemente, además de que no contiene información específica respecto de los valores, constituye el contrato propiamente dicho, lo que, por tanto y obviamente, excluye su carácter prenegocial.»

No se desconoce, desde luego que la orden de suscripción incluye, respecto al «Tríptico» la siguiente observación: «El ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico informativo de la Nota de valores registrada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor), están a su disposición». Asimismo manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos y que tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla Importe solicitado».

Sin embargo y con independencia de que el contenido del Tríptico no proporcionaba información clara y precisa, ni sobre la característica esencial para determinar el valor futuro de los activos, ni sobre el riesgo de pérdida del capital invertido por descenso de la cotización de las acciones en que habrían de convertirse, debe precisarse, primero, que el propio tríptico, en su párrafo final advierte que: «Este tríptico no contiene todos los términos y condiciones de la emisión ni describe exhaustivamente los términos a los que se refiere. Se recomienda la lectura de la nota de valores para una mejor comprensión y una descripción completa de los términos y condiciones de la emisión de valores». Y ni

el Resumen, ni el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) fueron entregados al cliente. Y, segundo, que el tríptico no lleva fecha, de manera que no es descartable que se hubiere hecho entrega del documento (como ocurre frecuentemente) en la misma en que se suscribe la orden de compra (24 de septiembre de 2007) y en unidad de acto (es decir, aceptación y firma del contrato y simultánea entrega de la documentación), de modo que de ser así (y no consta lo contrario), tal circunstancia, al tiempo que apercibe del carácter meramente rituario y formalista de la información, excluye la posibilidad de que pueda considerarse información precontractual propiamente dicha, al ser ofrecida al mismo tiempo de la firma del contrato principal y, por ello, sin la suficiente antelación y sin conceder tiempo material para el estudio y análisis de la documentación (ni siquiera para una simple y rápida lectura) y la comprensión de los términos de la misma. Al respecto, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2014 y 12 de enero de 2015, declaran que la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar con suficiente antelación. Y es que el artículo 11 de la Directiva 1993/22/CEE (LCEur1993, 1706 y 2550), de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente «en el marco de las negociaciones con sus clientes» y el artículo 5 del anexo del Real Decreto 629/1993, exige que la información sea «clara, correcta, precisa y suficiente» y que la que debe suministrarse a la clientela «sea entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación». Se habría infringido, en definitiva, la obligación de informar a los potenciales clientes al ofertarles el producto, con suficiente antelación respecto de la suscripción del contrato. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, señala que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma del contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable.

En cualquier caso y como ya se deja dicho, tal cláusula tipo que se incluye en la orden de suscripción de los títulos y que constituye una declaración de ciencia del cliente acerca de haber sido informado, carece de valor por sí misma y no exime a la entidad financiera de su obligación de acreditar que ha dado debido cumplimiento a las obligaciones previas de información. *Así lo considera la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, referida a una cláusula de similar contenido, cuando señala que «la cláusula tipo referida constituye un indicio que el prestamista tiene que corroborar con uno o varios medios de prueba pertinentes» y lo confirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de enero de 2015, en los términos siguientes: «Tampoco son relevantes las menciones predisuestas contenidas en el contrato [...] Se trata de menciones predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 de abril. La normativa que exige un elevado nivel*

de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista».

Y respecto a la eventual información oral o verbal, debemos remitirnos a la exposición anterior sobre el valor del testimonio del empleado de la entidad demandada».

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de que el contenido del tríptico informativo estuviera registrado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la lectura del mismo no fuera suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito, ni valiendo para ello las declaraciones de los empleados de la sucursal bancaria comercializadora.

6. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.^a) sentencia núm. 275/2015 de 1 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 8808)

En esta sentencia donde *se aprecia la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente: (FD 2.^o):

«Y no cabe duda que en este caso, el banco demandado, en contra de lo que erróneamente concluye la sentencia apelada, no ha conseguido el antedicho efecto jurídico probatorio. Ninguno de los documentos que a estos efectos aporta el Banco (folleto, tríptico y cartas) consta que hubieran sido entregados a los contratantes ni antes ni al momento de la contratación. Vemos además que en las órdenes de compra, sin una fecha exacta, no contiene las características y riesgo esenciales del producto, y que el folleto explicativo por su extensión (casi 100 folios más anexos) y abundante terminología técnica, resulta de muy difícil por no decir imposible, entendimiento para quien no es experto en el mercado de valores y carece de conocimientos bancarios y financieros, como era el caso de los demandantes.

No basta para entender correctamente cumplido este deber de información el simple testimonio prestado por un empleado del banco».

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de la lectura de la documentación contractual no era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito, ni valiendo para ello las declaraciones de los empleados de la sucursal bancaria comercializadora.

7. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.^a) sentencia núm. 358/2015 de 27 de octubre de 2015 (*JUR* 2015, 277227).

En esta sentencia donde *se niega la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente: (FD 2.^o):

«El contenido del dptico y del tríptico informativos, entregados con carácter previo a la formalización del contrato litigioso —documentos números 3 y 4 acompañados al escrito de demanda (folios 22 y 23)— y el contenido del testimonio prestado en el acto del juicio por doña Juana acreditan cumplidamente que, en fase precontractual, la Sra. Ángela —que acudió al establecimiento de la demandada, a propia iniciativa, mostrando interés por el producto en cuestión y a la que se hizo entrega de copia de aquellos documentos informativos y se le facilitaron explicaciones detalladas sobre aquel— fue adecuadamente informada del contenido, alcance y efectos del producto financiero objeto del contrato litigioso y de los concretos riesgos asociados al mismo».

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de la lectura de la documentación contractual era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

8. Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6.^a) sentencia núm. 281/2015 de 2 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 233773)

En esta sentencia donde *se aprecia la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente: (FD 2.^o):

«En cuanto al primer motivo de apelación en el que se alega incorrecta apreciación de la relación de asesoramiento y de un incumplimiento de estas obligaciones, señalar que la prueba practicada acredita que fue la entidad demandada la que ofreció el producto en cuestión y que hubo una deficiente información, no se ha probado la existencia de una fase precontractual de formación correcta y veraz del consentimiento, ni consta se realizaran simulaciones de posibles escenarios que contemplaran la posibilidad de pérdidas de la inversión, siendo la única información que consta se facilitó la que resulta de los documentos 3.1, 3.2 y 3.3 de la demanda y de las órdenes de suscripción de valores que llevan fecha de 10 de septiembre de 2007 —documento núm. 2 de la contestación— en las que si bien se alude, como recibido y leído, al tríptico informativo, de lo actuado resulta que el mismo se registró en la CNMV el 19 de septiembre de 2007, por lo que no fue entregado al no disponer del mismo, siendo, además, que dicha documental no contiene información alguna sobre los riesgos y características del producto, y sin que la información verbal que se hubiese podido suministrar pueda entenderse como suficiente, con lo que tal actuación no constituye una forma de comportamiento diligente ni transparente en interés del cliente».

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de la lectura de la documentación contractual no era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito, ni valiendo para ello las declaraciones de los empleados de la sucursal bancaria comercializadora.

9. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.^a) sentencia núm. 246/2015 de 13 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 272444).

En esta sentencia donde *se aprecia la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente: (FD 2.^o):

«Pues bien, teniendo en cuenta tales consideraciones, en el presente caso, y sin perjuicio de que la contratación —24 de septiembre de 2007— se produjera en momento anterior a la exigibilidad de la realización del test MiFID (Ley 47/2007 [RCL 2007, 2302]), no es posible estimar que la entidad bancaria procurase a los Sres. Inocencio y Miriam toda la información necesaria y adecuada que les permitiera tener conocimiento de la naturaleza y riesgos del producto. La única «documentación» informativa que se ha acreditado fuera entregada a la parte actora en relación con la compra de Valores Santander, viene constituida por el propio contrato de suscripción en los términos que revelan el documento núm. 1 de la demanda (f. 22), en el que tan solo viene reflejado el número de cuenta, los nombres completos y NIF de ambos contratantes y el importe solicitado. De forma predeterminada y con carácter genérico, la entidad demandada incluye en dicha orden de suscripción la siguiente mención: «Observaciones: el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el Resumen y Folleto Completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) están a su disposición. Así mismo manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla «Importe Solicitado»».

Resulta tal mención una fórmula estereotipada, que en modo alguno justifica la prestación de la información a los consumidores y que tampoco refleja que se les haya dado con anterioridad cualquier otra documentación informativa, sin que a tales efectos pueda ser tenido en cuenta el Tríptico Informativo (f. 173) que la entidad bancaria acompañó a su contestación a demanda como prueba documental, no solo por el hecho de que ese documento no aparezca suscrito por ninguno de los demandantes, sino además, y en especial, porque en prueba testifical el empleado de la entidad Banco de Santander, Sr. Carlos Antonio, reconoció que dicho tríptico se entregaba en el mismo momento en el que se firmaba el contrato, pese a que ese documento era el que contenía la información del producto. *Añadió el testigo que el resto de las menciones del contrato fueron completadas por la propia entidad bancaria en un momento posterior a la contratación, ya en el momento en el que la orden de suscripción iba a ser enviada a la central de la entidad bancaria. Por tanto, las menciones que se hacen constar en el apartado «Observaciones» que ha sido transcrito no resultan acordes con la realidad, ya que los Sres. Inocencio y Miriam, antes de la firma de la orden no recibieron, ni por tanto pudieron leer, el tríptico informativo. Y en relación con el resto de las manifestaciones que se contienen en dicho apartado de «observaciones», cabe traer de nuevo a colación la STS de 12 de enero de 2015, en la que se indica: «Se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 de abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias*

bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarará haber sido informado adecuadamente». En todo caso, la información a los clientes ha de ser ofrecida en el marco de la negociación, y por tanto con anterioridad a la contratación, de manera que esa información sobre el producto —clara, correcta, precisa y suficiente, en palabras del TS—, sea entregada a tiempo de evitar su incorrecta interpretación».

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de la lectura de la documentación contractual no era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito, ni valiendo para ello las declaraciones de los empleados de la sucursal bancaria comercializadora.

10. Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a) sentencia núm. 242/2015 de 1 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 182705)

En esta sentencia donde *se niega la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente: (FD 3.^o):

«b) en relación con esta esencial cuestión, la prueba ha convencido sobre el hecho de la entrega del tríptico informativo (aportado por la propia demandante, tal como asimismo figura en la orden de suscripción), y sobre la circunstancia de que al menos el director de la sucursal bancaria, tras dos conversaciones telefónicas con don Ricardo, acudió personalmente al domicilio de la demandante, donde también se encontraba su padre y durante un periodo de tiempo prolongado (se habló de unas dos horas) informó sobre los pormenores del producto contratado, procediéndose a la firma de la hoja de suscripción y a la entrega del dinero. De la declaración de los dos testigos se toma conocimiento de que el día 27 de septiembre de 2007 don Luis Miguel acudió a la localidad de Barcelos y en el domicilio de la actora explicó los elementos esenciales de la inversión. c) la valoración de la prueba realizada en la primera instancia nos parece correcta y ajustada a lo acontecido en el acto del juicio. No vemos motivos para dudar de la fiabilidad del testimonio don Luis Miguel, o para afirmar su interés en el litigio, a diferencia de la posición sostenida por el padre de la demandante. La declaración del testigo resultó detallada y convincente y la interpretación ofrecida en la sentencia nos parece conforme con las reglas de la lógica».

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de la lectura de la documentación contractual y la declaración del empleado bancario era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

11. Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a) sentencia núm. 141/2015 de 18 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 139333):

En esta sentencia donde *se niega la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente: (FD 3.^o):

«En relación con la normativa del sector, la normativa MIFID, que se invoca por el actor, fue introducida por la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848 y LCEur 2005, 289), del Parlamento Europeo y del Consejo, de

21 de abril de 2004, que no fue de directa aplicación en el ordenamiento jurídico español hasta su transposición, lo que se llevó a cabo mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre de 2007 (RCL 2007, 2302), y el contrato es de septiembre de 2007; y han de considerarse sustancialmente cumplidas las exigencias derivadas de la normativa aplicable en aquel momento, el Real Decreto 629/1992, sobre, normas de actuación en el mercado de valores, así como la normativa entonces vigente sobre el deber de información, constituida por el artículo 79.1 de la Ley del Mercado de Valores (RCL 1988, 1644; RCL 1989, 1149 y 1781) en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 47/2007; pero, además, el producto «Valores Santander» es un producto no exento de riesgo y de una cierta complejidad, pero no es un producto tan complejo que, en sus aspectos fundamentales, no pueda ser comprendido por alguien no experto, a la vista de la documentación que firmaba y la complementaria que se le entregaba, el tríptico, no podía desconocer que no estaba contratando un plazo fijo y que asumía un riesgo derivado de la conversión de los valores en acciones al cabo de los cinco años en el supuesto de que prosperase la compra de la entidad ABN Amro».

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de la lectura de la documentación contractual era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

12. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.ª) sentencia núm. 46/2015 de 9 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 57278):

En esta sentencia donde se niega la existencia de un error vicio del consentimiento, se afirma lo siguiente: (FD 3.º):

«Así las cosas, no puede decirse que se haya suministrado una información insuficiente a la vista de que se le entregó el folleto inicial y el ulterior tríptico donde se detallan y destacan las condiciones de la oferta, características y funcionamiento del producto en condiciones inteligibles y aptas para comprender su verdadera naturaleza, información que demuestra la documental y que hace que se cumplan las exigencias de la carga de la prueba a que se refiere el recurso, sin necesidad de acudir a la testifical del empleado del Banco y que viene avalada además por las propias manifestaciones que contiene la demanda en las que se afirma que la entidad aseguró a la actora que recibiría el 100% del capital invertido en acciones, lo que demuestra que era consciente del canje o convertibilidad del producto a los 5 años en acciones, que lógicamente lo serían a su valor de cotización, sin que en ningún momento en la publicidad recibida».

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de la lectura de la documentación contractual era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

13. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2.ª) sentencia núm. 23/2015 de 21 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 73223):

En esta sentencia donde se niega la existencia de un error vicio del consentimiento, se afirma lo siguiente: (FD 4.º):

«En cuanto a la información precontractual, está demostrado su acceso a las condiciones de aprobadas en junta 27 de julio del 2.007 para la «emisión de obligaciones necesariamente convertibles en acciones», dada su activa participación como accionista, situación que se compadece con las manifestaciones del Director de la Sucursal de Laredo del Banco de Santander, en el sentido de que fue el propio Sr. Raimundo el que se interesó por la adquisición del producto cuando aún los empleados de la entidad desconocían las condiciones concretas de comercialización; existe manifestación documentada de haber recibido el tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV, así como de entender y conocer los riesgos de un producto que se ajusta a su perfil de persona experimentada en el mercado de renta variable, pese a carecer de titulación formal.

En consecuencia, no ha conseguido la parte actora recurrente demostrar error valorativo o jurídico ni, en definitiva, la concurrencia de un vicio de consentimiento del que pueda derivarse la nulidad de la contratación».

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de la lectura de la documentación contractual era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

14. Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2.^a) sentencia núm. 1/2015 de 7 de enero (AC 2015, 521):

En esta sentencia donde *se aprecia la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente: (FD 7.º):

«Al margen de presunciones sobre el eventual conocimiento y experiencia de la cliente en productos financieros complejos, que la simple condición de cliente de Banca Privada no garantiza, la entidad demandada no ha demostrado haber proporcionado la información que la normativa citada exigía, ni practicado un juicio de conveniencia e idoneidad preciso para informar adecuadamente a la cliente, ya que la declaración de la empleada de la demandada, en el sentido de que mantuvieron varias reuniones con análisis sobre los diversos escenarios, circunstancias y evolución, no se compadece con el hecho de que únicamente le proporcionara un “Tríptico” estereotipado de condiciones de emisión, cuyo contenido comprensible para un cliente experto o profesional, no configura una explicación clara, precisa y por tanto de auténtica eficacia informativa; cuando en aquellas reuniones, de existir, debería haberse manejado y movido información y documentación relevante, practicado análisis prospectivos de evolución de la posible remuneración, de sus consecuencias en el devenir de las retribuciones trimestrales, de los riesgos asociados, de la posible carga económica derivada de la conversión...; caso de haberse producido encuentros entre las partes en circunstancias de equivalencia de conocimientos y simetría informativa que la entidad demandada pretende dar a entender, sin demostrar que ello fuese así y que la cliente interlocutora fuese experta en el ámbito financiero o tuviese específicos conocimientos en la materia, hasta el punto de reducir el derecho a la información y transparencia de la misma, lo cual tampoco se ha demostrado».

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de la lectura de la documentación contractual era insuficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

15. Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.^a) sentencia núm. 3/2015 de 5 de enero (*JUR* 2015, 11274):

En esta sentencia donde *se niega la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente: (FD 3.^o):

«No se desconoce que nuestros Tribunales (así, sentencias de Audiencias Provinciales de Asturias, Sección 5.^a, de 27 de enero de 2010, Pontevedra de 7 de abril de 2010 o de Jaén de 27 de marzo de 2009), han venido poniendo especial énfasis en el deber de información que para la entidad financiera le exige la legislación vigente, y su incidencia en la formación de la voluntad contractual del cliente, ni tampoco se ignora que la aleatoriedad del producto reside tanto en el cumplimiento de la condición que motivo su emisión, el lanzamiento de la OPA, como el valor de la cotización de la acción en octubre de 2007 que marca el obligado valor de adquisición de las acciones, pero ha de tenerse en cuenta que, aunque se alejase un tanto de los productos más convencionales, su funcionamiento una vez explicado o leído con atención el tríptico de la emisión por una persona razonablemente formada podía ser fácilmente comprensible, y ello porque la Sala concluye, al igual que la Juzgadora de Instancia, que si fue entregado el tríptico, al menos con la firma de la orden de valores. Se ha tenido en cuenta las declaraciones de los empleados de la demandada (D. Claudio, lo confirmó), pero en especial la propia orden que se firma, declaración que a la vez de voluntad, es de reconocimiento de un determinado hecho (que le ha sido entregado el tríptico referido). La sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.^a, de 12 de febrero de 2014, recurso 66/2014, viene a concretar que la información que se contiene en dicho Tríptico es acorde con la Ley (criterio que nosotros compartimos y sostenemos)».

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de la lectura de la documentación contractual y la declaración del empleado bancario era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

16. Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1.^a) sentencia núm. 547/2014 de 26 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 11153).

En esta sentencia donde *se niega la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente: (FD 4.^o):

«Y partiendo de que en el documento suscrito por la actora, consta que los ordenantes manifestaban haber recibido y leído antes de su firma determinado tríptico informativo aprobado por la CNMV y haber sido informados de la existencia de un folleto informativo a su disposición, manifestando en fin los firmantes conocer y haber comprendido las características, complejidades y riesgos del producto adquirido, comprándolos en decisión propia, por más que dicha cláusula puede considerarse de adhesión, esto es, no habiendo intervenido en la misma la parte actora, lo cierto es que ninguna prueba se ha practicado a fin de

contradecir lo en ella recogido en los términos vistos y su eventual falta de adecuación a lo sucedido, esto es, que, no hubiera sido receptor ni destinatario de los documentos informativos complementarios citados y de información clara y suficiente sobre el producto adquirido, no habiendo quedado probado en particular lo sostenido en la demanda sobre la no recepción de ninguna documentación que además y en todo caso podía haber sido exigida al banco, salvando con ello la inexcusabilidad del error, si es que se produjo, lo que no ha quedado acreditado».

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de la lectura de la documentación contractual era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

17. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.^a) sentencia núm. 377/2014 de 23 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 8066):

En esta sentencia donde *se niega la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente: (FD 2.^o):

«Lo anterior se completa con el propio texto de las órdenes de compra aportadas al proceso y suscritas por el padre de los demandantes y apoderado de la sociedad (insistimos, con poder vigente) el 25 de septiembre de 2007 en el que se identifica el producto de forma completa con su código, su denominación, número de títulos el importe solicitado —entre otros aspectos— y la manifestación del ordenante de haber recibido y leído antes de su firma, el tríptico informativo registrado en la CNMV.

Dicho tríptico ha sido aportado al proceso (documento 17 de la contestación a la demanda) y del mismo resulta —como ya se ha indicado anteriormente — la descripción de la operación y los datos relativos a la emisión, las condiciones de subordinación frente al resto de las obligaciones del emisor, los diversos escenarios en función de la adquisición o no de ABN AMRO, las condiciones del canje (voluntaria y obligatoria en diversas fechas), la descripción de los riesgos del producto (con ejemplos teóricos de rentabilidad comprensivos de escenarios negativos de un 21,07%—).

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de la lectura de la documentación contractual era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

18. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1.^a) sentencia núm. 147/2014 de 9 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 52085):

En esta sentencia donde *se aprecia la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente: (FD 1.^o):

«Y sentado todo lo anterior, si el Banco no entregó previamente el Tríptico, (antes de la firma de la orden), consideramos que es manifiesto que omitió la información adecuada e íntegra normativamente exigida, incurriendo por ello en una clara negligencia y provocando un error inexcusable en las ordenantes, quienes, (precisamente al no contar en el momento de la firma de la orden con todas las características esenciales

del producto que, según el propio Banco y como ya se ha indicado, se contenían en el Tríptico), no tuvieron forma de conocer con absoluta seguridad y certeza el riesgo que comportaba la suscripción de los Valores Santander, (por ejemplo, no tuvieron forma de estudiar detenidamente sobre el papel la posible rentabilidad negativa del 21,07% que se concretaba en dicho Tríptico, —véase el folio 76 de las actuaciones—, resultando evidente que las explicaciones que hubiere podido dar al respecto el Sr. Diego a las contratantes eran en cualquier caso insuficientes para excluir su derecho al minucioso estudio del documento; máxime cuando, como anteriormente ya se ha indicado, el producto no era para ellas conocido). Y entendemos que no es correcto el argumento de la parte demandada indicando que la validez de un contrato no depende del incumplimiento administrativo, ya que las obligaciones que el Real Decreto 626/1993 imponía a la entidad financiera venían a formar parte del contenido del contrato y su incumplimiento tiene una inequívoca trascendencia civil».

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de la lectura de la documentación contractual con la antelación necesaria no era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito, sin que las explicaciones del empleado bancario cumplieran con dicho deber de información.

19. Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1.ª) sentencia núm. 256/2014 de 9 de diciembre de 2014 (AC 2015, 247).

En esta sentencia donde se aprecia la existencia de un error vicio del consentimiento, se afirma lo siguiente: (FD 7.º):

«En este apartado de valoración de prueba no podemos coincidir con los argumentos expuestos en la sentencia recurrida. Consideramos acreditado, por el contrario, que no se suministró información suficiente sobre la clase de producto de que se trataba ni el cliente pudo examinar detenidamente toda la documentación y que dicha información fuera entendible por Clemencia. El contenido de las ordenes de valores y el tríptico que se aporta a las actuaciones obrante a los folios 36 y siguientes donde se incluye información de las condiciones de prestación de servicio de inversión (dada la edad de la interviniente) no acredita que se facilitara una información completa y comprensible para la firmante de las ordenes de valores a que se refiere la demanda, ello a pesar de lo manifestado por el empleado de la entidad bancaria en el acto del juicio y según las exigencias legales de información que se viene exigiendo para este tipo de productos complejos. No consta que se haya facilitado una información adecuada y completa a la citada de manera que conocieran cabalmente qué tipo de producto financiero estaba contratando ni los riesgos que corría. Sin olvidar que tan importante como el deber de información es el deber de transparencia en la contratación de este tipo de productos, siendo preciso que quien los contrata conozca y comprenda su contenido al que se llega, en gran medida, por la información que se le facilite, unido, como se ha dicho el cumplimiento del deber de información con el de transparencia, es decir, con conocimiento y entendimiento de las cláusulas del contrato que se firman. Por lo tanto, el deber de información se proyecta tanto

en relación con el deber de diligencia como con el deber de transparencia, porque la entidad bancaria debe transmitir la información al cliente de modo claro y preciso al comercializar el producto, pero sobre todo debe destacar aquella que resulte determinante para comprender las consecuencias y repercusión de la operativa del contrato cuando lo que lo caracteriza es la incertidumbre que incorpora el citado producto. *Se debe transmitir de forma adecuada y además advirtiendo de modo destacado y particularizado sobre aquellos aspectos que no concuerden con el perfil inversor del cliente, en particular los que ponen de manifiesto el carácter especulativo del producto (con el riesgo inherente) y su falta de exigibilidad y seguridad. Incidiendo la falta de diligencia o de transparencia en la prestación del consentimiento como así se ha puesto de manifiesto en múltiples sentencias del Tribunal Supremo, así entre las más recientes la sentencia de 17 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1862)».*

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de la lectura de la documentación contractual con la antelación necesaria no era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

20. Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a) sentencia núm. 375/2014 de 28 de noviembre de 2014 (*JUR* 2014, 289725):

En esta sentencia donde *se niega la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente: (FD 3.^o):

«No obstante, puesto que el contrato propiamente no se niega, como tampoco se cuestiona su contenido, en virtud de la firma de la orden de compra de los valores Santander, lo que resulta de todo lo actuado es que no se ha demostrado en el procedimiento con el rigor exigible la concurrencia de las causas de nulidad ni de anulabilidad articuladas en la demanda, como tampoco de incumplimiento contractual, pues la convicción que se alcanza que es que respecto de la asunción del riesgo contractual, en esta modalidad de contrato, en lo que reside en realidad el núcleo del litigio, dicho riesgo podía ser conocido por los demandantes, consumidores de diversos productos bancarios, incluso de inversión de cierto riesgo, como demostró la entidad demandada, y no hay ningún dato, ni se deriva del hecho de que hubieran aplicado el líquido proveniente de un depósito en la misma entidad que había vencido, del que pueda inferirse que se les hubiera dicho que se trataba de un simple depósito, como alegan, o que la información dada hubiera inducido a equivocación en tal sentido, para lo que no se aprecia que fuera necesario ser experto en disciplina financiera para poder comprender el contrato con la suficiencia necesaria para integrar un consentimiento válido, ya de la lectura del contenido del contrato, como incluso también de la explicación contenida en el tríptico que se les entregó al efecto, de todo lo cual, lo que puede inferirse es la comprensión del objeto del contrato, cuya existencia, como resolvió la recurrida, no puede cuestionarse».

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de lectura de la documentación contractual era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

21. Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a) sentencia núm. 114/2014 de 30 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 276920):

En esta sentencia donde se aprecia la existencia de un error vicio del consentimiento, se afirma lo siguiente: (FD 7.º):

«4. Respecto de la información contenida en la documentación del contrato, el único documento suscrito por la demandada fue la orden de suscripción por el importe de 25000 euros en «Valores Santander», en el que no aparece ninguna de las características de la operación, limitándose a expresar, por un lado, que «el ordenante manifiesta haber recibido y leído. el Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV». y que «asimismo, manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba».

Esta última mención en el documento no deja de ser más que una fórmula estereotipada que no tiene ninguna significación por sí misma, sobre todo en este caso en el que dada la formación y experiencia de la actora, no parece que contara con los conocimientos financieros suficientes para como para hacer una análisis propio de los riesgos de una operación de la complejidad como la que la concertada conllevaba (ni, por tanto, la suscripción de tal documento con esa mención es determinante de la asunción de unos riesgos conocidos o suficientemente explicados), de manera que tal mención únicamente tiene virtualidad en función de la información previa, fiel y exacta, que hubiera recibido, pues hay que concluir en que, en todo caso, el cliente carecía de elementos suficientes de juicio para hacer un análisis propio.

Esa información podría ser la que figuraba en el tríptico al que se hace mención en el documento de la orden de suscripción, en el que se recoge que se hace entrega del mismo a la actora. Esta niega de manera terminante que efectivamente se le entregara tal tríptico y este Tribunal, pese a la firma en el documento de suscripción que refleja su entrega, alberga algunas dudas de que efectivamente se entregara, pero aunque efectivamente así fuera, tal documento tampoco se encuentra redactado en términos tales que pudiera ser suficiente, por sí mismo y por sí solo, para ofrecer una información sencilla que pudiera ser comprendida por la cliente dada su formación y experiencia; basta una somera lectura del mismo para percatarse de que en función de los términos en que está redactados, no es fácilmente comprensible para una persona de formación media (incluso este Tribunal, que carece de conocimientos técnicos financieros especializados, de no haber obtenido las explicaciones del producto a través de los escritos de alegaciones de las partes en el proceso, habría tenido alguna dificultad para comprender su exacta significación con la sola lectura de tal documento) y percatarse de todos los riesgos que entrañaba la operación, sobre todo en función de determinadas condiciones (como por ejemplo, la relativa al precio del canje y conversión de los bonos). Basta con examinar los términos en los que se encuentran redactados los ejemplos de los escenarios posibles para comprobar esa dificultad, sobre todo si el lector es una persona de escasa formación».

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de la lectura de la documentación contractual con la antelación necesaria no era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

22. Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 2.^a) núm. 36/2014 de 18 de febrero de 2014 (AC 2014, 96):

En esta sentencia donde *no se aprecia la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente:

En este documento constan distintas observaciones expresadas de forma clara y concretamente que el ordenante manifiesta haber recibido y leído antes de la firma de esta orden el Tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se ha indicado que el Resumen y el Folleto Completo (Nota de Valores y Documento Registro del Emisor) están a su disposición; asimismo, manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander» que suscribe, sus complejidades y riesgo, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla «importe solicitado»; añadiéndose a continuación que «el ordenante hace constar que recibe copia de la presente orden, que conoce su contenido y trascendencia».

(...)

En el manifiesto de interés consta que el objeto de la inversión serán valores subordinados convertibles en acciones de Banco Santander. Y en el contrato, orden de compra, consta que recibe la información necesaria (también escrita, pues reconoce haber recibido y leído el tríptico; conocer las características de la operación y entender los riesgos).

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho la lectura de la documentación contractual con la antelación necesaria era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

23. Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5.^a) núm. 36/2014 de 11 de febrero de 2014 (AC 2014, 136):

En esta sentencia donde *no se aprecia la existencia de un error vicio del consentimiento*, se afirma lo siguiente (FD. 5.^o):

«Con tales antecedentes es evidente que el administrador de la demandante fuera clara y suficientemente informado, con carácter previo, del tipo de producto, su convertibilidad en su caso, sobre las características de la inversión y de los riesgos, y con entrega de un tríptico y de una nota de valores, aprobados por la CNMV a 19 de septiembre de 2007 (aunque ello es negado por las actoras), y suscribió la orden de compra a 2 de octubre de 2007; y la información fue acompañada de la documentación suficiente sobre lo antes reseñado, por lo que la orden fue voluntaria, máxime si se atiende a que el mismo día se firmó una póliza de pignoración de los «Valores Santander»; siendo que el riesgo que se asumía era el diferencial entre el precio inicial y el precio final de las acciones, en relación al de mercado, a la fecha de la conversión. El tríptico conlleva e informa sobre dos supuestos distintos, suficientes para entender y decidir sobre la inversión, y suscribirlo en la cuantía

que el cliente estimare conveniente; y además los riesgos y la complejidad como en la orden de suscripción. Además, a 10 de octubre de 2012 el Sr. Daniel suscribió un préstamo personal variable, con vencimiento 10 de octubre de 2017, que fue garantizado precisamente con la pignoración de 100 Valores Santander. Este Tribunal insiste que, en este caso, no faltó información ni documentación previas sobre el producto, operativa, características de la inversión, riesgos de tipos, precio y de solvencia, sino suficiente y proporcionada, mediante tríptico informativo y Nota de Valores; que la orden de suscripción contenía todos los datos necesarios para contratar, voluntariamente y con conocimiento de causa; lo que excluye cualquier vicio de voluntad en la actora, concretamente en su administrador».

[El énfasis es nuestro]

Por lo tanto, el hecho de la posibilidad de lectura de la documentación contractual con la antelación necesaria era suficiente para colmar las obligaciones de información de la entidad de crédito.

III. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En estos momentos, nos vamos a limitar a dejar planteadas las cuestiones, que entendemos primordiales y que desarrollaremos posteriormente en otro trabajo, con el objeto de poder ofrecer el debate para una adecuada reflexión sobre el mismo:

- i. Si procede la no incorporación (nulidad) del contenido de la orden de valores en cuanto a la declaración del predisponente de que el *Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor)* está a disposición del inversor, por lo que no podría tomarse en consideración ningún elemento de cognoscibilidad por la contratante de cualquier información referida en dicho Resumen y Folleto completo.
- ii. Si el hecho de que en la orden de valores exista la manifestación de la recepción del tríptico, implica que la financiera ofreciese una real información de los valores y que la misma se produjera con la antelación suficiente.
- iii. Si se impone, en definitiva y en este caso, la presunción de error invalidante que se deriva del incumplimiento por la entidad bancaria del deber de información, razón por la que ha de hablarse de «*error heteroinducido*» por la falta de puesta de manifiesto al cliente del riesgo real de la operación.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- SAP de Ourense (Sección 1.^a) sentencia núm. 50/2016 de 5 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 40239)
- SAP de Asturias (Sección 5.^a) núm. 43/2016 de 2 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 39409)
- SAP de Murcia (Sección 1.^a) núm. 418/2015 de 29 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 31926)

- SAP de Madrid (Sección 11.^a) sentencia núm. 401/2015 de 14 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 38471)
- SAP de Pontevedra (Sección 6.^a) sentencia núm. 587/2015 de 7 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 18505)
- SAP de Valladolid (Sección 3.^a) sentencia núm. 275/2015 de 1 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 8808)
- SAP de Madrid (Sección 25.^a) sentencia núm. 358/2015 de 27 de octubre de 2015 (*JUR* 2015, 277227)
- SAP de A Coruña (Sección 6.^a) sentencia núm. 281/2015 de 2 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 233773)
- SAP de Valencia (Sección 9.^a) sentencia núm. 246/2015 de 13 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 272444)
- SAP de Pontevedra (Sección 1.^a) sentencia núm. 242/2015 de 1 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 182705)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a) sentencia núm. 141/2015 de 18 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 139333)
- SAP de Asturias (Sección 7.^a) sentencia núm. 46/2015 de 9 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 57278)
- SAP de Cantabria (Sección 2.^a) sentencia núm. 23/2015 de 21 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 73223)
- SAP de Girona (Sección 2.^a) sentencia núm. 1/2015 de 7 de enero (*AC* 2015, 521)
- SAP de Córdoba (Sección 1.^a) sentencia núm. 3/2015 de 5 de enero (*JUR* 2015, 11274)
- SAP de Jaén (Sección 1.^a) sentencia núm. 547/2014 de 26 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 11153)
- SAP de Valencia (Sección 9.^a) sentencia núm. 377/2014 de 23 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 8066)
- SAP de Cuenca (Sección 1.^a) sentencia núm. 147/2014 de 9 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 52085)
- SAP de León (Sección 1.^a) sentencia núm. 256/2014 de 9 de diciembre de 2014 (*AC* 2015, 247)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a) sentencia núm. 375/2014 de 28 de noviembre de 2014 (*JUR* 2014, 289725)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a) sentencia núm. 114/2014 de 30 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 276920)
- SAP de Albacete (Sección 2.^a) núm. 36/2014 de 18 de febrero de 2014 (*AC* 2014, 96)
- SAP de Islas Baleares (Sección 5.^a) núm. 36/2014 de 11 de febrero de 2014 (*AC* 2014, 136)

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS

Responsabilidad Empresarial. Autores Varios: Esther MONTERROSO CASADO (dir.), Editorial: Tirant lo Blanch 2016, núm.de páginas: 623.

por

JUAN PALAU

El libro intitulado «Responsabilidad empresarial» responde a un esfuerzo conjunto de traer luz y claridad sobre la enmarañada y múltiple responsabilidad del empresario que a tantas disciplinas del derecho afecta y toca. Para esta tarea era necesaria una concurrencia de personas especializadas que ofrecieran un estudio enfocado desde las diversas áreas de responsabilidad a las que está expuesto el empresario.

El empresario, social e individual, desde que entra en la corriente del tráfico mercantil, construye un sin número de vínculos con múltiples operadores y está obligado a tomar una multitud de decisiones de negocio, que en el ámbito privado de una persona no comerciante, serían impensables. Esa abundante urdimbre de vínculos y decisiones de negocio hace más posible que se deriven responsabilidades.

Abre la presente obra la profesora María GOÑÍ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA con un capítulo dedicado a la responsabilidad del empresario respecto a sus empleados y colaboradores aquilatando los conceptos nucleares para su aplicación como el de dependencia, ocasionalidad o, incluso, la concurrencia de culpa exclusiva o no del empleado.

La autora desglosa y pondera la integración de las dos vertientes de responsabilidad civil, es decir, responsabilidad por culpa meramente civil y aquella derivada de hechos delictivos.

El artículo nos introduce en las particularidades de la responsabilidad del empresario y los razonamientos jurídicos que obligan al empleador a responsabilizarse por la actuación de sus empleados o colaboradores. Esta conexión de responsabilidad descansaba según la jurisprudencia, esencialmente, en dos fundamentos, culpa «*in vigilando*» y/o «*in eligiendo*» aunque, como nos indica la autora, parece que el alto tribunal ha tomado una deriva objetivadora a este respecto.

En suma estamos ante un completo trabajo de exégesis y sistematización del estado de la cuestión en este capital campo de la responsabilidad empresarial.

A continuación, la profesora María MEDINA ALCOZ («La responsabilidad civil del empresario por el hecho dañoso de su dependiente: Derecho Español y textos doctrinales europeos») recapitulando sobre los conceptos fundamentales de esta misma responsabilidad del empresario por la actuación del empleado, abre su estudio al análisis y exégesis de la propuesta de los principios europeos

contractuales y de responsabilidad que ofrece una perspectiva más amplia y futurible sobre el desarrollo de dicha responsabilidad.

Cimentada en la inteligencia de dichas tendencias, la profesora MEDINA realiza diversas propuestas al legislador nacional para dar un tratamiento más actualizado y adaptado a la realidad del empresario.

La profesora Esther MONTERROSO CASADO, por su parte, en el capítulo dedicado a la responsabilidad civil del empresario de un centro residencial para personas dependientes, analiza una realidad asistencial cuyo tratamiento ha sido parco por la doctrina a pesar de la creciente proliferación de estas instituciones.

A través de un estudio sistemático y bastante detallado, nos introduce en los aspectos generales de dicha responsabilidad haciendo una primera e introductoria distinción entre el centro residencial público y privado. Este último es el objeto del artículo. La multiplicidad de agentes que actúan en dichos centros (sanitarios, auxiliares, pacientes, etc.), de factores involucrados (capacidad o incapacidad de los internos, información facilitada por los familiares al centro, organización del propio centro, etc.) e incluso de legislación autonómica aplicable, hacen de este estudio una herramienta necesaria para situarnos ante esta responsabilidad tan específica.

En el siguiente capítulo, intitulado «la responsabilidad del empresario en el plan de sucesión de empresa», la profesora Rut GONZÁLEZ HERNÁNDEZ nos introduce en la interesante problemática de la sucesión de la empresa familiar, obstaculizada, en muchos casos, por la falta de previsión del titular de la misma, al no sentar con antelación las bases estructurales, testamentarias, etc., para una prolongación de la misma más allá de él.

Pese a la importancia que tiene la empresa familiar, esencialmente, por el aumento de la capacidad adquisitiva de los trabajadores en la autocontratación y por pagar siempre impuestos y mantener sus capitales en el país en el que desarrollan su actividad, muchas de las PYMES no pasan de la tercera generación familiar por la falta de una adecuada estructuración sucesoria de la misma.

El artículo plantea soluciones y caminos a emprender para sortear los innegables desafíos que suponen la conciliación de los intereses familiares, testamentarios y laborales que surgen con el relevo en la dirección del negocio familiar. A este respecto la autora destaca la necesidad de formar un sucesor, sirviéndose de la ley y las disposiciones testamentarias, para no fraccionar la empresa.

El siguiente capítulo, relativo a «La responsabilidad de los administradores a la luz de las recientes reformas en el gobierno corporativo de la ley de sociedades de capital», tiene como autores a los profesores Fernando DíEZ ESTELLA y Luz María GARCÍA MARTÍNEZ. El capítulo nos introduce de forma sistemática y genérica, en el estado de la cuestión sobre la responsabilidad de los administradores. Como nos dicen sus autores, ha sido la crisis financiera uno de los detonantes del desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal de la responsabilidad en el gobierno corporativo y la ética en la gestión de intereses ajenos.

El capítulo principia con una breve glosa del contenido del mismo del que destacamos, como nos dicen sus autores, la base para excusar la responsabilidad como administrador; el llamado «*Business Judgment Rule*». Este espacio libre de responsabilidad o «*safe Harbour*» (puerto seguro) permite introducir un tema tratado esencialmente por la normativa societaria y concursal.

En esencia sus autores dan cumplida noticia de las partes con las que ha de contar un acto de administración societaria para excusar toda responsabilidad significando que la buena fe no basta y que es necesario para el administrador desplegar un deber de diligencia consistente en consultar la información razona-

blemente accesible al tiempo de tomar una decisión, tomar dicha decisión a través del procedimiento adecuado así como no empañarla con un interés personal o de tercero ajeno al representado.

Resumidamente podría hablarse de un deber de diligencia correspondiente con un «ordenado comerciante» y de lealtad propia de un «representante legal».

Los medios a emplear para cumplir el deber de diligencia han de adaptarse a la importancia de la decisión y a la magnitud de la empresa sobre la que se adopta (no es lo mismo gestionar un pequeño comercio que una gran multinacional).

Concluyen pues que la administración empresarial se sujeta a una responsabilidad de actividad y no de resultado. Por todo ello el fracaso de la empresa, por sí mismo, no puede significar nunca una exigencia de responsabilidad, como tampoco ni un abogado ni un médico pueden asegurar el buen término de un proceso o de una tratamiento.

Por su parte, Claudio GARCÍA DÍEZ, nos introduce en la responsabilidad derivativa tributaria de la administración de una sociedad por tributos impagados por la propia sociedad en el capítulo «Aspecto formales de la derivación de responsabilidad tributaria a los administradores sociales».

Esta responsabilidad, que atañe específicamente a los administradores, está contemplada en los primeros párrafos del artículo 43 de la Ley General Tributaria (LGT). La misma es subsidiaria lo que no obsta a que, incurriendo en los tipos genéricos del artículo 42 LGT, no reservados exclusivamente a los administradores, estos puedan devenir responsables solidarios con el deudor principal de sus deudas tributarias.

El autor, a través de una revisión pormenorizada de esta cuestión, nos adentra en los prolegómenos de este tipo de responsabilidad tributaria que busca, en caso de carecer de fondos la sociedad para hacer frente al pago de los impuestos, encontrar un responsable, en este caso la administración societaria, a través de la cual cobrar el tributo que no se ha ingresado, por lo que su responsabilidad tributaria ha sido calificada como de «garantía». La deuda del responsable tributario no sería idéntica a la deuda tributaria del deudor tributario principal, pues, como decimos, no está basada en un deber de contribuir.

Por tanto, la suerte de esta obligación tributaria del responsable derivativo está sujeta a la deuda tributaria principal que, en el caso de ser pagada, compensada, condonada o incluso anulada extinguirá cualquier responsabilidad también frente a este responsable.

El profesor J. Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE, en línea con las relaciones del empresario con la hacienda pública, nos habla en el siguiente capítulo sobre la «Diligencia y responsabilidad, versus irresponsabilidad de las administraciones tributarias». En este caso el autor, sin embargo, nos habla de la responsabilidad de la administración tributaria por actos declarados nulos posteriormente de la misma.

El artículo ahonda especialmente en sentencias del Tribunal Supremo (sentencias de 17 de septiembre, y 23 de diciembre de 2010) que aclaran la efectividad de la normativa europea en un escenario vertical frente a los ciudadanos, condenando a la administración a devolver el importe indebido de la exacción tributaria así como los intereses de demora devengados por esos importes. Se trata pues de dejar indemne o sin daño a los sujetos tributarios que ingresaron indebidamente como si ese dinero nunca hubiera salido de su patrimonio. Así esa cantidad es pagada por la administración en concepto de responsabilidad patrimonial y no en concepto de devolución de ingresos indebidos.

La firmeza de las liquidaciones de la Agencia Tributaria y el hecho no de agotar los recursos ágiles, no fue óbice para condenar a la administración pública en los casos examinados, que, como dicen las sentencias, debe responder por su actuación en todas las áreas en las que opere incluidas las tributarias.

En esta vertiente, pero ya en el ámbito penal, el profesor Andrés DELGADO GIL nos habla de las «Empresas públicas, funcionarios y delito de malversación»

Como bien nos dice el autor, este capítulo estudia cuatro cuestiones principales, «De una parte, acerca de la regulación de estos delitos en los sucesivos Códigos penales tradicionales. En segundo lugar, sobre algunos de los elementos fundamentales de los delitos de malversación. En tercer lugar, sobre la ubicación de estos delitos. Finalmente, sobre el bien jurídico protegido».

Tras un primer y exhaustivo análisis de la regulación histórica en este campo, el autor pasa a describir los fundamentales tipos del delito de malversación (art. 432 a 435 del Código Penal). La «malversación por apropiación» que implica una sustracción definitiva por la autoridad o funcionario de bienes o caudales públicos, «malversación por uso» en donde la autoridad o funcionario les da un uso distinto a estos bienes pero con la intención de devolverlos, «malversación impropia» que presupone la comisión de este delito por personas que no son autoridades ni funcionarios pero a las que se ha confiado estos bienes y caudales públicos y, por último, la nueva malversación basada más en un falseamiento de la documentación y contabilidad de las administraciones apta para causarlas un perjuicio a estas. Acaba el artículo haciendo un análisis del bien jurídico protegido, cuestión con mucha mayor complejidad de la que aparentemente podría tener.

Bajo el título de «la nueva política de inversiones de la UE: Quién responde y por qué» la profesora Esther LÓPEZ BARRERO nos acompaña en una profundización acerca de unas decisiones políticas comerciales comunes de gran calado e importancia, como son las inversiones extranjeras directas. Desde el Tratado de Lisboa, y concretamente los artículos 206 y 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la Unión se ha arrogado la competencia exclusiva, con exclusión de los Estados Miembros, en inversiones extranjeras directas, es decir, aquellas a través de las cuales se pretende lograr una posición inversora duradera y directa con la empresa a la que se destinan los fondos, participando de una manera efectiva en su gestión o control.

Frente a estas inversiones tenemos las llamadas de cartera, es decir, las inversiones que se ostentan con menos permanencia y estabilidad y que no buscan un control ni intervención ni participación duradera en las sociedades. Estas últimas inversiones, apunta la autora, han permanecido bajo la competencia de los propios Estados Miembros y, por tanto, pueden conducir a problemas de coordinación entre ambas.

Con esta nueva normativa se trata de consolidar la Unión Europea, particularizándose en distintas materias que traten de dar solidez y coordinación a la Unión.

En efecto cita la autora como una de las principales ventajas de esta asunción competencial de la Unión, la posibilidad de negociación en bloque para obtener mejores condiciones en las inversiones salientes y entrantes en el ámbito europeo.

En conclusión la autora nos introduce en un campo de importancia y actualidad que se está implantando de manera serena y conservadora por la Unión para no perjudicar derechos adquiridos y convenios precedentes. El artículo valora esta fórmula de implantación prudente pero invita a hacer avances sustantivos en esta y en otras competencias de la Unión Europea contenidas en el Tratado de Lisboa como, por ejemplo, la política medioambiental y de cooperación al desarrollo.

A continuación, el laboralista Djamil Tony KAHALE CARRILLO en su capítulo «El concepto de accidente de trabajo y la responsabilidad empresarial» abre el foco de atención sobre los prolegómenos y especialidades de los accidentes de trabajo y su tratamiento.

Como este autor afirma, la existencia de una Seguridad Social está avalada por la Carta Magna en su artículo 41 que si bien contempla una protección frente a contingencias comunes (enfermedad o accidente no laboral) es en la protección de las contingencias profesionales (enfermedad o accidente profesional) donde más se beneficia al trabajador. En este caso el foco se cierra en el accidente laboral el que, por las ventajas que ofrece al trabajador accidentado, trata de hacerse valer por los trabajadores ante los tribunales para obtener las ventajas adherentes al mismo.

En primer lugar en el artículo se hace un análisis pormenorizado de las ventajas que la calificación de accidente laboral aporta al trabajador tales como la no exigencia de un periodo de carencia como requisito indispensable para acceder a las prestaciones, la presunción del alta de pleno derecho del trabajador independientemente que el empresario no cumpla esta obligación, la inclusión de las horas extraordinarias con el propósito de mejorar las bases de cotización, la inclusión de una indemnización especial a tanto alzado por fallecimiento a favor del cónyuge y los huérfanos, etc.

La definición de accidente laboral es descrita como «toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena».

A partir de esa introducción conceptual el autor hace un relación de presupuestos objetivo, subjetivo y causal, para aclarar ante qué circunstancias se puede apreciar la concurrencia de un accidente de esta naturaleza.

Este análisis incluye el estudio de la presunción legal *iuris tantum* conforme a la cual se «presumirá [...] que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo».

Así por ejemplo, comenta el autor, que la jurisprudencia no ha considerado el infarto de miocardio como enfermedad laboral si, al momento de sufrirlo, el trabajador no se encontraba en su puesto de trabajo aunque si estuviera en el centro de trabajo. Otro de los casos que ayudan a explicar esta presunción genérica sería el suicidio cometido en el tiempo y lugar de trabajo en donde convendría valorar hasta qué punto el trabajo ha tenido incidencia en dicha conducta suicida. De ahí que no se pueda hablar de un criterio incontrovertible en este sentido.

Posteriormente se nos habla del accidente en misión, por motivos de desplazamiento laboral de un trabajador a otro lugar de trabajo. Esta construcción jurisprudencial amplía «la presunción de laboralidad a todo el tiempo en que el trabajador desplazado, en consideración a la prestación de sus servicios, aparece sometido a las decisiones del empresario».

Como colofón se hace un exacto examen de la competencia social o civil para conocer de las reclamaciones por daños y perjuicios en un accidente laboral. Concluye el autor, que la Ley 36/2011 Reguladora de la jurisdicción social, se ha decantado por derivar la competencia fundamentalmente y en su mayor parte a la jurisdicción social, expresando la excepciones a ese criterio general.

En otro orden de cosas el libro nos adentra en algunos aspectos laborales de indudable interés de reciente nacimiento. Debido a las nuevas tecnologías el mundo laboral se ha visto revolucionado en muchos ámbitos experimentando cambios drásticos en la productividad y en el modo de integrarse en un entorno laboral.

En este contexto la Profesora de Derecho del trabajo, Aránzazu DE LAS HERAS GARCÍA, trata uno de los temas más novedosos y actuales como es la responsabilidad del empresario por el teletrabajo o el teletrabajo desde el domicilio que, aunque inicialmente fue promovido esencialmente por las dificultades ambientales, climáticas y de transporte, en la actualidad se aplica por otros muchos beneficios adherentes a este modo de trabajar.

Como indica la propia autora este teletrabajo ha reportado beneficios tanto al trabajador como al empresario al facilitar al primero la conciliación de su vida laboral con la personal y al segundo un importante ahorro en infraestructuras y suministros.

En el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (ET) es definido el teletrabajo como «aquel (trabajo) en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa».

La autora desglosa las peculiaridades contractuales del «Teletrabajo» engarzándolo con los contratos en general, pasando por su especial naturaleza tuitiva que comparte con los contratos laborales y que restringe la autonomía de las partes, su reversibilidad, especialidades retributivas así como en la necesidad de detallar y puntualizar muchas materias más que en los contratos laborales al uso en mérito a las especiales condiciones en las que el empleado desempeña sus funciones.

El teletrabajo tiene, en suma, sus particularidades. Por ejemplo, en materia de seguridad y salud, convenios como el de Repsol, establecen que dicho espacio de trabajo será habilitado y establecido por el propio trabajador pero que este tendrá que fijar un día y hora para la inspección por el empleador al objeto de verificar que dicho espacio de trabajo cumple con la normativa en prevención de riesgos laborales.

El siguiente artículo del profesor Eugenio LANZADERA ARENCIBIA se intitula «El derecho a la intimidad del trabajador frente al control y vigilancia empresarial a través de las TICs». La relevancia de este artículo no solo descansa en su actualidad sino, igualmente, en la común problemática acerca de si el trabajador puede hacer uso particular de los medios de la empresa (internet, correo electrónico, chat, etc.) y en qué medida el empresario puede controlar y vigilar el uso de tales instrumentos de trabajo.

Ya que el legislador siempre va a la zaga respecto a la realidad, es necesario que se adapte y regule un entorno que quiere preservarse ajeno a toda regulación. Así, una de las propuestas del autor, es que se apliquen las normas del mundo «*off-line*» al mundo «*on-line*».

El estudio que propone el profesor Eugenio LANZADERA pasa por analizar la incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) en los derechos fundamentales del individuo ya que estas pueden ser el vehículo de nuevas formas de transgresión.

En la esfera empresarial, en donde el empresario normalmente pone a disposición de los trabajadores equipos informáticos, el autor insiste en que el derecho a organizar y vigilar el desempeño del trabajo en la empresa para acomodar la actividad individual de los trabajadores al fin de la explotación debe tener siempre e incondicionalmente como límite la dignidad de la vida humana.

Por ello el control y vigilancia permanente del empresario al trabajador en el uso de sus herramientas informáticas es capaz de generar situaciones de estrés y ansiedad así como vulnerar su derecho a la intimidad.

En el artículo se hace una relación de las conductas de vigilancia aptas para vulnerar este derecho a la intimidad tales como control del correo electrónico, control de posición del trabajador por GPS, otros controles incorporados al ordenador para rastrear su navegación por internet, videovigilancia, etc.

Como bien expresa el autor, el poder de dirección del empresario está incardinado en el derecho fundamental de libertad de empresa (art. 38 CE) ya que, sin ese poder de dirección, sería imposible la realización plena del referido derecho.

El poder de dirección, vigilancia y control se enmarca en este contexto. Sin embargo, el trabajo abarca una parte de la intimidad humana en tanto, a través del trabajo, se relacionan gran parte de las personas (STC 12/2012, de 30 de enero).

A continuación el autor desbroza, haciendo un esclarecedor examen, los principios básicos que han de fundar la actividad de vigilancia del empresario (principio de necesidad, finalidad, transparencia, legitimidad y el consentimiento del trabajador en el control empresarial) así como las cautelas que debe guardar en esa actividad y en especial en el entorno del teletrabajo.

Por su parte, en el siguiente capítulo, el Profesor Juan Manuel HERREROS LÓPEZ, nos habla de «Las tecnologías de la Información y comunicación de la empresa al servicio de la libertad sindical» una aproximación distinta al tema sobre las TICs.

Ha sido la revolución del mundo de las comunicaciones la que ha forzado el tratamiento jurídico de un conjunto de componentes y elementos nuevos que podrían ser empleados por los sindicatos y/o sus afiliados.

Como este autor nos avanza, el derecho de los sindicatos a utilizar el correo electrónico ofrecido por el empresario, ya fue defendido por el Tribunal Constitucional (STC 281/2005, de 15 de noviembre) al considerar que estaba comprendido dentro del derecho de la libertad sindical junto con otros elementos tradicionales que tenían que ser facilitados a los sindicatos tales como tablón de anuncios, un local adecuado, etc.

Este uso, sin embargo, está sujeto a ciertas cautelas como nos informa el autor como la no perturbación del funcionamiento normal de la empresa, tampoco podrá perjudicarse el empleo de este elemento electrónico para fines empresariales y no podrá ocasionar gravámenes adicionales al empresario.

Entrando ya en el importante campo ético, el profesor Richard MABABU MUKIUR, a continuación nos habla de «Las dimensiones psico-sociales de la responsabilidad social corporativa (RSC): Impulsando la RSC desde la gestión de recursos humanos».

La responsabilidad social corporativa, como nos transmite este autor y se ha comprobado en los últimos años, ha pasado de un mero aditamento de las compañías a un aspecto nuclear en las mismas. La larga lista de iniciativas, informes y libros verdes que se han generado en los últimos años es buena prueba de ello.

A través de la responsabilidad social el empresario no solo se centra en satisfacer las lícitas aspiraciones de los socios (*shareholders*), sino de todos los que indirecta o directamente son afectados por la actividad de la sociedad (*stakeholders*) tales como consumidores, trabajadores, proveedores, etc., y en resumen el propio Estado.

El autor, tras una pormenorizada exégesis del concepto de responsabilidad social, pasa a tratar la responsabilidad social en el campo de los recursos humanos, es decir, en una vertiente interna. El trato adecuado con los trabajadores,

eliminando cualquier criterio de discriminación por razón de sexo, cultura, ideología, religión, etc., tal como nos lo plantea el autor y es el fundamento también de una actuación humana de puertas a fuera.

Igualmente el artículo habla de la promoción de los trabajadores y su respeto y la colaboración entre el departamento de recursos humanos y de responsabilidad social. En efecto, considerar a los trabajadores como el activo más importante de una compañía es prioritario para crear verdadero valor y consolidar la empresa en el mercado ya que, como nos dice el autor, se empuja al trabajador a colaborar activamente en el proyecto y a aportar su creatividad al conjunto.

Tanto de cara a los grupos de interés como de cara a los trabajadores, la responsabilidad social es un irrenunciable campo que ha de servir de sustento a la empresa. El trato del departamento de recursos humanos con los trabajadores representa el trato mismo del empresario con los trabajadores.

La política de formación, salud en el trabajo, prevención de riesgos laborales, de conciliación de la vida personal y laboral, etc., son algunos de los elementos que son tratados por el artículo y que ayudan a consolidar una responsabilidad social comprometida con la propia plantilla. Así, como afirma el autor, la reputación empresarial se construye, en gran parte, con una política de compromiso, responsabilidad y aportación a la comunidad en la que la empresa está inserta.

Para cerrar la presente obra el economista Ricardo PLAZA MARTÍNEZ, nos habla sobre la «Responsabilidad social corporativa y altruismo desde una perspectiva microeconómica».

Este aleccionador capítulo de alguna forma refuerza el criterio jurídico de que la sociedad es un contrato lucrativo y que la falta de reparto de dividendos puede perjudicar la cotización y penalizar en el mercado de las acciones en una sociedad.

El artículo propone un sano equilibrio entre la inclinación de la dirección a capitalizar más la empresa, reinvertiendo completamente las ganancias en la explotación, y la lícita aspiración de los accionistas a recibir un retorno de su inversión en forma de dividendos.

Además puede ser que el directivo esté más inclinado a beneficiar su marca personal como gestor eficaz que la de la propia compañía, pudiendo existir un conflicto de intereses entre el interés social y el suyo propio.

Posteriormente el autor explicita la teoría de la complejidad en la toma de decisiones (Williamson y Coase), la teoría de la cooperación (Barnard), la teoría de la racionalidad limitada al tiempo de tomar decisiones directivas (Simon) y el enfoque de la escuela austriaca.

A continuación el artículo entra en la controversia acerca de la Responsabilidad Social de la empresa y la oposición entre el altruismo y el valor compartido. En esencia las teorías asociadas a la responsabilidad social superan la racionalidad basada en el beneficio empresarial neoclásico, integrándola con una concepción más profunda del hombre no solamente guiado por un mero autointerés.

En resumen nos encontramos ante un libro muy completo e interdisciplinar que es interesante tanto para prácticos del derecho como para teóricos al objeto de integrar las diferentes perspectivas y campos de estudio de la responsabilidad del empresario. Los autores han abarcado cada uno de los campos que involucran al empresario y su responsabilidad para dar al lector una visión completa de este capital asunto.

Las uniones de hecho. Federico CANTERO y Antonio LEGERÉN. VVAA, *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV, vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

por

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO

Profesor Titular de Derecho civil

Universidad de Málaga

La obra que recensiono ahora está incardinada en el volumen primero del tomo cuarto de la colección *Instituciones de Derecho Privado*, editada por Thomson Reuters Aranzadi. Aunque en sentido estricto constituye un capítulo más del volumen, por su extensión —328 páginas— y por su contenido, bien pudiera haberse publicado como monografía separada; es más, sería de interés que así se hiciera.

El momento de publicación de este volumen resulta bastante oportuno, por lo menos, en lo relativo a las uniones de hecho. Y es que, como es conocido, en los pasados años se han promulgado dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional con una relevancia muy notable en esta materia. Se trata de la STC 81/2013, de 11 de abril, que declara la inconstitucionalidad de los artículos 4 y 5 de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, sobre uniones de hecho por falta de competencias en materia de Derecho civil y la STC 93/2013, de 23 de abril, que declara la inconstitucionalidad de la mayor parte de la Ley Foral 6/2003, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables por sobreponerse a la voluntad de los convivientes imponiéndoles un estatuto jurídico. Del contenido de las mencionadas sentencias, así como de sus efectos o de los pasos que habrían de darse en el futuro se da buena cuenta en la obra que se reseña.

Además de analizarse de manera pormenorizada las mencionadas resoluciones del Tribunal Constitucional también se examina la evolución legislativa de las uniones de hecho en España. En concreto se alude a un primer periodo donde no existían regulaciones sistemáticas y globales, contándose, todo lo más, con referencias aisladas en diversos códigos y cuerpos legales. Una segunda etapa caracterizada por la regulación en el ámbito autonómico del fenómeno de las uniones de hecho. Una tercera cuyo elemento central lo constituyen las dos leyes relativas al matrimonio aprobadas en el año 2005 que, aunque no regulen directamente las uniones de hecho, tienen evidentes consecuencias para ellas —tanto en su naturaleza como en la eliminación del recurso a la analogía para resolver los eventuales problemas—. Y finalmente, la situación actual marcada por las dos sentencias del Tribunal Constitucional ya señaladas que, a buen seguro, deberían tener «alcance extensivo» y orientar la interpretación y aplicación de las demás leyes autonómicas. Lo que, a su vez, debería dar lugar a una derogación o modificación de las leyes de parejas de las demás Comunidades Autónomas.

La obra a que se alude comienza con un análisis histórico del fenómeno de la unión de hecho: su *status* en el Derecho romano, su evolución durante la Edad Media hasta la situación actual. En este contexto, es preciso destacar el dato —según los autores, novedoso al no haberse encontrado referencia alguna a él, hasta donde ellos conocen, en la amplia bibliografía existente en la materia— de que, tras la promulgación del Código Civil, el primer reconocimiento de las uniones de hecho —a fin de legalizarlas como matrimonio— tuvo lugar

por medio del Decreto de 10 de abril de 1937, firmado por el presidente de la Segunda República —Manuel AZAÑA— y el entonces Ministro de Justicia. A pesar del reconocimiento parcial que en dicha norma se contiene —tanto porque no es una regulación global, como por el ámbito territorial de aplicación limitado a las zonas de control republicano— constituye una normativa que tiene resonancias en la actual legislación de uniones de hecho.

Tras el estudio histórico de las uniones de hecho, se dedica un amplio apartado al examen de la diversa terminología utilizada tanto en el ámbito doctrinal —«unión *more uxorio*», «convivencia de hecho»— como por los distintos instrumentos legales —pareja unida *de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge*» (art. 12 LAU)— calificándose la situación existente como de «reino de taifas». Tal realidad de hecho, así como las exigencias de las diversas legislaciones autonómicas en esta materia, dificultan, como señalan los autores, la labor de elaborar una definición de qué sea la unión de hecho. Con todo, se alude a los diversos rasgos comúnmente configuradores de tales uniones, que se examinan de manera pormenorizada: comportamiento libre, público y notorio, el carácter sexualmente indiferenciado, la exclusividad de la unión de hecho, los requisitos de capacidad y los impedimentos para formar parte de ella, la ausencia de compromiso jurídico, el carácter estable y marital de la convivencia, la dimensión sexual y la posible descendencia, la eventual producción de efectos jurídicos así como su configuración como fenómeno social y no como institución.

El examen de las posibles causas que justifican el surgimiento y evidente crecimiento de este tipo de uniones —ya coyunturales, ya de fondo— se abordan con carácter previo al examen de los preceptos de la Constitución Española en que cabe amparar la unión de hecho. Aun cuando en un momento inicial el principio de igualdad (art. 14 CE) fuese el más invocado, la evolución posterior lleva a concluir que actualmente son los principios de libertad y de libre desarrollo de la personalidad los que sirven de amparo a esta figura (cfr. arts. 1 y 10.1 CE). Siendo ello así, lo que no resulta tan sencillo de determinar —y a su examen se dedican dos amplios y documentados apartados— es si la unión de hecho es «familia» a efectos de la tutela que señala el artículo 39 CE —y si lo es en todo caso, haya o no descendencia—, así como cuáles sean los límites que se derivan de la Constitución para institucionalizar la unión de hecho, ya se deriven del matrimonio, ya de la propia unión. En ambos apartados se aportan las interpretaciones dadas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones con incidencia en la materia, así como las consecuencias que cabe extraer de las diferentes modificaciones legislativas, o, en fin, los distintos argumentos aportados por la doctrina.

El apartado VIII es el de mayor extensión de todo el capítulo y contiene un análisis global de la regulación relativa a la unión de hecho: desde su nacimiento a su extinción, pasando por los efectos personales y patrimoniales que produce durante su vigencia y, en su caso, tras su extinción. En efecto, a modo de ejemplo, se mencionan con detalle los diversos sistemas de constitución de la unión de hecho, ya se utilice el criterio fáctico —por superar un plazo de tiempo (Cataluña, Aragón o Navarra) o por la existencia de descendencia común (Cataluña o Navarra)—, ya un criterio formal (Balears), e igualmente se analizan los diversos registros de parejas existentes —si son de naturaleza administrativa o civil, si la inscripción es constitutiva o declarativa, el valor que poseen para la prueba de la convivencia, o, en fin, los efectos que producen—.

Dentro del amplio espectro de las consecuencias personales que respecto de los propios convivientes se pueden producir constante la unión, se examina la

eventual incidencia en el estado civil, y se concluye que no constituye tal. Asimismo, se abordan los diversos pactos o convenios relativos al ámbito personal que pueden establecer los convivientes a fin de regular «los derechos y deberes derivados de sus relaciones personales» (cfr. art. 7 Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Andalucía, de Parejas de Hecho), en aquellas Comunidades Autónomas que los permiten. El examen de los efectos personales respecto de los propios convivientes se termina con un análisis de diversas normativas que incluyen algunos efectos: como circunstancia atenuante o agravante de la responsabilidad (art. 23 CP), como causa de abstención o recusación de jueces y magistrados (art. 219 LOPJ) entre otros. El apartado relativo al ámbito personal se complementa con el estudio de los efectos que la unión de hecho puede producir respecto de los hijos comunes —adopción o filiación asistida—, en relación a los hijos preexistentes de uno solo de los convivientes —emancipación, patria potestad, guarda de hecho, tutela— y en relación a los terceros. En este ámbito se analiza con detalle la consecuencia de la extinción de la pensión compensatoria en caso de «contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona» (art. 101 del Código Civil).

El apartado relativo a las consecuencias patrimoniales se centra en tres aspectos. En primer lugar, la posibilidad —y conveniencia— de establecer pactos en dicho ámbito ligados a la convivencia; actualmente recogida de manera expresa en textos legales (cfr. art. 8.1 de la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Cantabria, reguladora de las Parejas de Hecho) así como avalada por la jurisprudencia (*vid.*, por todas, la STS de 21 de octubre de 1992 —RJ 1992, 8589—). En segundo lugar, cual puede ser el contenido de dichos pactos. En concreto, se alude a los pactos sobre contribución a las cargas de la convivencia, a las comunidades de bienes o a las diversas figuras societarias que se pueden utilizar para reunir los patrimonios de los convivientes. De todas maneras, de mayor interés es el análisis de si los convivientes pueden pactar la aplicación de uno de los regímenes económicos pensados para el matrimonio. Sobre la base de una jurisprudencia que no resulta en absoluto clara y definitiva, los autores se inclinan por negar tal posibilidad en atención, entre otras razones, a que los regímenes económico-matrimoniales son una institución accesoria del matrimonio —no de la unión de hecho que, según el Tribunal Constitucional, es algo distinto—, su establecimiento —cuando es pactado— ha de efectuarse por medio de capitulaciones matrimoniales —que difícilmente pueden otorgar los convivientes—, o, en fin, que tales regímenes despliegan una eficacia que no deviene única y exclusivamente de la convención sino de la ley —lo que no pueden pretender los convivientes—. Finalmente, se abordan también las consecuencias patrimoniales respecto de terceros, en lo atinente a los contratos para atender las necesidades ordinarias de la familia o en lo relativo a los actos de disposición sobre la vivienda común.

La exposición de los diversos modos de extinguir la convivencia —por mutuo acuerdo, por matrimonio, por decisión unilateral, por cese de la convivencia o por muerte— constituyen el núcleo del apartado siguiente. Junto con tal exposición se mencionan las consecuencias que tal extinción produce respecto de la cancelación de asientos y privación de efectos de la escritura pública, la revocación de poderes, la liquidación o las eventuales reclamaciones. Aspecto este último que es objeto de un análisis separado, ya se fundamenten las pretensiones tras la ruptura de la convivencia en la propia ley —reclamación de alimentos en nombre del hijo (cfr. art. 142 del Código Civil) o basadas en las específicas disposiciones legales de ámbito autonómico, por ejemplo—, en los pactos previos suscritos por los convivientes —por ejemplo, respecto de los alimentos o estableciendo una

indemnización por ruptura— o en obligaciones no convencionales —obligaciones naturales, por ejemplo—. En este ámbito es de destacar el minucioso estudio de los diversos expedientes utilizados por la jurisprudencia para resolver los conflictos planteados con ocasión de pretensiones indemnizatorias tras la ruptura. En concreto, la doctrina del enriquecimiento injusto, la improcedencia de la aplicación analógica de las normas del matrimonio, la indemnización extracontractual *ex* artículo 1902 del Código Civil, el principio de la protección del conviviente perjudicado o la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil.

Los dos siguientes apartados se dedican al estudio de otras consecuencias derivadas de la extinción de la unión de hecho, en este caso por muerte. El primero de ellos analiza la pretensión del conviviente de ser indemnizado por la muerte injusta del otro ocasionada por un tercero —*vgr.* en accidente de tráfico—, de obtener una pensión igual a la que corresponde en caso de viudedad o de la subrogación en los derechos arrendaticios urbanos. El segundo, por su parte, considera las uniones de hecho en relación al Derecho sucesorio, deteniéndose, entre otras materias, en la libertad testamentaria de ambos convivientes, en la incidencia de las legítimas y las reservas en tal libertad de disponer, así como la repercusión que tiene aquella sobre determinados derechos sucesorios previamente adquiridos. Finalmente, este estudio se cierra con una referencia a la designación del conviviente *more uxorio* como beneficiario de un seguro de vida.

De la breve reseña que antecede se deduce que estamos ante un análisis muy completo del fenómeno de las uniones de hecho —desde su regulación específica hasta su entronque constitucional—, que se acompaña de un abundante aparato crítico doctrinal y jurisprudencial. En concreto se pueden encontrar referencias a las publicaciones más recientes, ya en el ámbito doctrinal, ya en sede jurisprudencial. Asimismo, está escrito con un estilo cuidado y, sobre todo, preciso. Por tanto, se esté de acuerdo con sus conclusiones o no, constituye una obra de obligada lectura para todos los prácticos del Derecho que quieran conocer más en detalle cualquier aspecto relativo a las uniones de hecho.

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.lope@corpme.es.



Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444

