

concesional. Ciertamente no se establece en este precepto un cierre registral expreso ante la falta de comunicación del contrato a la Agencia Pública de Puertos de Andalucía. Pero si se tiene en cuenta la posibilidad que tiene esta de denegar la autorización en el plazo de tres meses por las causas expresadas, debe entenderse que la acreditación de dicha comunicación es exigencia previa a la inscripción registral, evitando con ello que el Registro de la Propiedad pueda publicar titularidades no firmes o claudicantes. No cabe olvidar que la finalidad del Registro de dar seguridad jurídica en el tráfico solo se armoniza con la inscripción de titularidades plenamente válidas (cfr. arts. 18 LH y 98 de su Reglamento).

Resolución de 20-6-2014
(BOE 29-7-2014)
Registro de la Propiedad de Narón

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITO.

Es doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones de citadas en los «Vistos») que la claridad con que se expresa el párrafo tercero del art. 202 de la LH no deja duda acerca de la imposibilidad de inscribir el testimonio de un auto de expediente de dominio para la reanudación del tracto interrumpido cuando, como ocurre en este caso, la última inscripción de dominio tiene menos de treinta años y no consta que el titular haya sido notificado tres veces, una de ellas al menos personalmente, sin que sea suficiente para tener por cumplido este requisito la mera mención genérica realizada en el auto a la observancia de lo dispuesto en la reglas 3.a y 5.a del art. 201 de la LH.

Resolución de 23-6-2014
(BOE 29-7-2014)
Registro de la Propiedad de Icod de los Vinos

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: COPIAS ELECTRÓNICAS DE ESCRITURAS PÚBLICAS.

A la luz de la regulación transcrita resulta con claridad que el acuerdo del registrador no puede mantenerse pues siendo indubitado que el documento presentado mediante la plataforma notarial y dirigido mediante la plataforma registral al Registro de la Propiedad ha sido autorizado por notario (vid. arts. 107 y 112 de la Ley 24/2001, de 27-12-2001), no puede discutirse su carácter de documento público (art. 1.216 del CC en relación al art. 109.1.c de la Ley 24/2001 y el art. 17 bis.3 de la Ley del Notariado), y por tanto su idoneidad para ser presentado en el Libro Diario (art. 3 de la LH). La discrepancia de la fecha de emisión entre la diligencia y la derivada de la validación de la firma electrónica no puede tener el alcance que resulta de la nota de defectos pues en ningún caso cabe afirmar que pueda ponerse en cuestión el carácter público del documento presentado a Diario.

Resolución de 23-6-2014

(BOE 29-7-2014)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2

CALIFICACIÓN REGISTRAL: NOTIFICACIÓN POR FAX. PREFERENCIA CREDITICIA DEL ART. 9 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL: NATURALEZA.

Consta en el expediente que la registradora notificó defectos por fax en fecha 11-3-2014, pero del escrito aportado sólo resulta un número de teléfono y no un destinatario. Además y como ha señalado este Centro Directivo muy recientemente (Resoluciones de 8-3-2013 y 2-10-2013), no constando en el presente expediente manifestación alguna realizada por el presentante admitiendo la notificación por fax al tiempo de la presentación del título por el presentante y no acreditándose otra forma de notificación válida antes de transcurrido el plazo legalmente previsto, el recurso no puede considerarse extemporáneo. Como ha señalado la doctrina de esta Dirección General, para que procediera la constancia en el asiento de anotación preventiva del carácter real de la preferencia, tendría que resultar o de una resolución judicial firme en que hubieran sido parte en el proceso como partes todos los interesados, o que de la nueva redacción del art. 9.1.e) de la Ley sobre Propiedad Horizontal en virtud de Ley 8/1999, de 6 de abril, resultara no sólo el carácter preferente del crédito de la comunidad de propietarios por la anualidad en curso (en el momento de la demanda) y por los tres años naturales anteriores, sino además su carácter real y concretamente su efecto de modificación del rango respecto a una hipoteca inscrita con anterioridad, lo que a su vez determinaría la cancelación automática de dicha hipoteca con motivo de la ejecución del crédito de la comunidad de propietarios.

Resolución de 24-6-2014

(BOE 29-7-2014)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 11

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: LÍMITE DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.

Dada la existencia de cargas posteriores como se ha reflejado anteriormente, la cantidad que ha de entregarse al acreedor por cada uno de los conceptos, principal, intereses y costas, no puede exceder del límite de la cobertura hipotecaria. Respecto a la posibilidad de utilizar el exceso la cobertura hipotecaria correspondiente a uno de los conceptos para garantizar la deuda correspondiente a otro concepto, esta Dirección General ha manifestado que el registrador debe comprobar que en ninguno de los conceptos se ha sobrepasado la cantidad asegurada, pues la cantidad sobrante por cada concepto ha de ponerse a disposición de los titulares de asientos posteriores. Así se deduce del art. 692.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes citado, al proscribir expresa y literalmente a que «lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos (principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas) exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria». Así lo reitera, igualmente, el art. 132.3 de la LH, al extender la calificación registral a «que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria».

Resolución de 25-6-2014

(BOE 29-7-2014)

Registro de la Propiedad de Almodóvar del Campo

ACTA NOTARIAL DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Se impone, por tanto, una interpretación restrictiva de las normas relativas a los procedimientos de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que solo cuando efectivamente concurra esta hipótesis y así resulte del auto calificado, puede accederse a la inscripción. De ahí que no se admita la posibilidad de reanudación de tracto sucesivo a través de expediente de dominio ni de acta notarial de notoriedad cuando el promotor sea causahabiente del titular registral ya que en tales casos no hay verdadero tracto interrumpido y lo procedente es aportar el título de adquisición. No existe en sede de acta notarial un precepto similar al que en sede judicial prevé el art. 285 del RH, referido al expediente de dominio para reanudar el tracto, que dispone: «...sin que se pueda exigir al que promueva el expediente que determine ni justifique las transmisiones operadas desde la última inscripción hasta la adquisición de su derecho». Eso sólo es aplicable a los procedimientos judiciales y además están circunscritos a supuestos excepcionales en los que no sea posible —y así se exprese en el mandamiento— identificar la cadena de títulos intermedios. Por otra parte, alega la registradora que no consta que el titular registral o sus causahabientes hayan sido notificados personalmente, como exigen los arts. 204 de la LH y 295 de su Reglamento. Este artículo dispone que las actas de notoriedad tramitadas para fines de reanudación del tracto sucesivo serán inscribibles cuando los asientos contradictorios sean de más de treinta años de antigüedad y el titular de los mismos o sus causahabientes hubieren sido notificados personalmente. Si dichos asientos contradictorios son de menos de treinta años de antigüedad no serán inscribibles las actas, a menos que el titular de aquellas o sus causahabientes lo consientan ante el notario expresa o tácitamente. Finalmente, en cuanto al último defecto, cual es que de la documentación aportada no resulta la proporción en la que adquieren la finca, debe partirse de la doctrina de este Centro Directivo, que reiteradamente ha señalado la necesidad, exigida con carácter general por el art. 54 del RH, de hacer constar la cuota de participación de cada uno de los promotores del expediente (así, referida al expediente de dominio, la Resolución de 3-2-2004). Y lo cierto es que en el acta tramitada no consta dicha proporción.

Resolución de 25-6-2014

(BOE 29-7-2014)

Registro de la Propiedad de Sanlúcar la mayor, número 2

PARCELACIÓN URBANÍSTICA EN ANDALUCÍA: ACTOS REVELADORES DE PARCELACIÓN.

Sin perjuicio de que la autoridad administrativa, utilizando medios más amplios de los que se pueden emplear por el registrador, pueda estimar la existencia de una parcelación ilegal, la venta de participaciones indivisas de una finca no puede traer como consecuencia, por sí sola la afirmación de que exista tal

parcelación ilegal, ya que para ello es necesario, bien que, junto con la venta de participación indivisa se atribuyera el uso exclusivo de un espacio determinado susceptible de constituir finca independiente (cfr. Resolución de 12-2-2001), bien que exista algún otro elemento de juicio que, unido a la venta de la participación, pueda llevar a la conclusión de la existencia de la repetida parcelación. Ahora bien, no habiéndose aportado licencia urbanística, existiendo expediente de infracción urbanística, que consta registralmente mediante la correspondiente anotación preventiva con efectos de prohibición de disponer referida específicamente a esa escritura citada —lo que hace irrelevante el que la escritura sea de fecha anterior a la anotación— la inscripción no es posible. Resultaría absurdo y contrario a la legalidad vigente, que habiéndose iniciado el procedimiento del art. 79 del RD 1.093/1997, por no aportarse licencia urbanística, y habiendo culminado el procedimiento con la anotación con efecto de prohibición de disponer letra A), (concretada en no inscribir una escritura determinada) ahora, se obviara la licencia, se desconociera la anotación, y se admitiera la inscripción de la compraventa calificada.

Resolución de 26-6-2014

(BOE 29-7-2014)

Registro de la Propiedad de Iznalloz

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: PURGA DE ARRENDAMIENTOS INSCRITOS.

Hay que partir de un principio que no exige mayores precisiones y es que los arrendamientos inscritos anteriores a la hipoteca son los únicos que deberían tener preferencia frente al adjudicatario, en caso de ejecución, y estar libres, por tanto, de purga; en el resto de casos (el arrendamiento anterior no inscrito y el posterior, inscrito o no) el adjudicatario de la finca ejecutada tendría derecho a resolver el arrendamiento en aplicación de la norma antes enunciada. Solo, por consiguiente, el arrendatario podría oponer al adquirente su derecho arrendaticio si éste fuera anterior a la hipoteca que se ejecuta y, además, tal arrendamiento estuviera inscrito en el Registro con anterioridad a la inscripción de la hipoteca (cfr. art. 1.549 del CC), dado el mecanismo y operatividad de la prioridad registral. En el presente caso, como ha quedado expuesto, la hipoteca es anterior al arrendamiento inscrito. Respecto de la naturaleza de las normas de ejecución hipotecaria, debe confirmarse el criterio de la registradora al afirmar que se trata de materia regulada por ley y sustraída a la voluntad de los interesados, pues aunque no cabe desconocer el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca y las implicaciones que ello comporta en una ulterior ejecución, ha de tenerse en cuenta que tales normas de orden procesal son de carácter imperativo, dado que el Derecho Procesal es de carácter público y, obvio es decirlo, las normas imperativas son aquellas que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes, conllevando que las partes no pueden dar a esas normas un efecto distinto al establecido en la propia ley. El pacto objeto de debate, concertado en la escritura calificada con intervención del propietario, de la entidad de crédito acreedora hipotecaria y del arrendatario (y en cuya virtud el acreedor hipotecario renuncia expresamente a solicitar, en caso de ejecución de la hipoteca, que se declare por el Tribunal o Juzgado correspondiente —conforme al art. 661.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— o por el notario o autoridad que lleve a cabo la

ejecución, que siempre que el arrendatario se encuentre al día en el pago de sus rentas por arrendamiento, la entidad prestamista no tendrá derecho a resolver el contrato de arrendamiento y la sociedad arrendataria tendrá derecho a permanecer en el inmueble a pesar de la transmisión de las fincas hipotecadas en ejecución de la hipoteca), es un pacto que si se ciñe estrictamente a las partes que lo conciertan sin pretensión de extenderse a terceros —pues respecto de ellos sería «res inter alios acta»—, constituiría un pacto lícito, dado que en principio nada hay que oponer al acuerdo entre el arrendatario y el acreedor hipotecario inmobiliario por el que este —y solo este y sus sucesores— renunciaran a pedir la extinción del derecho arrendaticio sobre la superficie ocupada en caso de ejecutarse la hipoteca y resultar este adjudicatario de la finca; esto es, un acuerdo por el que el derecho en cuestión subsistiera a pesar de la ejecución, pero que solo puede vincular a quienes lo conciertan y a nadie más. Y todo ello porque el problema que realmente existe, y es el que se quiere intentar solventar, arranca del diferente rango registral de los derechos interesados o afectados, pues como se ha puesto de manifiesto anteriormente, el arrendamiento es un derecho que se ha inscrito con posterioridad a la hipoteca y por el juego de la ejecución no estaría a salvo de la purga, por lo que la única vía para dejar incólume el arrendatario en todo caso sería el pacto de posposición o permuta de rango (art. 241 del RH), perfectamente posible en este caso siempre que el acreedor hipotecario lo consienta.

Resolución de 26-6-2014

(BOE 29-7-2014)

Registro de la Propiedad de León, número 2

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: ÁMBITO.

Procede analizar si la vivienda perteneciente a ambos cónyuges pro indiviso según el Registro y no como bien ganancial, puede inscribirse mediante la adjudicación realizada en el convenio regulador o si es necesaria la escritura pública si se entendiera que es una extinción de comunidad ordinaria entre dos copropietarios ajena a una liquidación de la sociedad conyugal. En este punto es particularmente relevante el dato de tratarse de la vivienda familiar, lo que permite considerar la existencia, junto a la causa onerosa que resulta del convenio (mediante la asunción del préstamo hipotecario que pesa sobre la finca y el pago de una cantidad complementaria compensatoria), de una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial objeto del convenio. Desde el punto de vista de la causa de la atribución patrimonial, no cabe duda de que esta existe, pues se produce una contraprestación (cfr. art. 1.274 del CC). Pero, además, dentro de las distintas acepciones del concepto de causa, como ha afirmado este Centro Directivo en sus recientes Resoluciones de 7-7-2012 y 5-9-2012, existe aquí también una causa tipificadora o caracterizadora propia del convenio regulador, determinante del carácter familiar del negocio realizado, con lo que existe título inscribible suficiente por referirse a un negocio que tiene su causa típica en el carácter familiar propio de los convenios de separación, nulidad o divorcio, por referirse a la vivienda familiar y a la adjudicación de la misma, que entra dentro del interés familiar de los cónyuges y de sus hijos. Todo lo cual lleva a estimar el recurso contra la calificación (basada en la premisa de que la liquidación de la sociedad de gananciales solo puede

comprender bienes gananciales), al ser perfectamente posible que se incluya en el convenio regulador la liquidación de la vivienda familiar de la que sean titulares por mitades indivisas y con carácter privativo los excónyuges, según se ha razonado.

Resolución de 27-6-2014

(BOE 29-7-2014)

Registro de la Propiedad de Falset

HERENCIA YACENTE: REQUISITOS DE SU LLAMAMIENTO PROCESAL.

La exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento, y por ende no se haya dirigido contra él la demanda, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico, y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Resolución de 27-6-2014

(BOE 29-7-2014)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: PRÓRROGA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 432.1 RH.

El carácter específico del art. 432.1.d del RH obliga al registrador a suspender la inscripción aunque el título cuya inscripción se pretende esté presentado con anterioridad. Es la finalidad propia de este precepto y de esta medida cautelar en cierta medida excepcional. Es cierto que el título cuya inscripción se suspende judicialmente puede haber sido otorgado en favor de un adquirente de buena fe y que de no haberse presentado la medida cautelar, una vez calificado dicho título conforme a la situación registral existente al tiempo de su presentación en el Registro (cfr. arts. 17, 18 y 24 de la LH) habría sido inscrito, lo que podría convertir a su beneficiario en tercero protegido por el art. 34 de la LH. Pero el registrador, dentro de los márgenes de la calificación registral de documentos judiciales (cfr. arts. 18 de la LH y 100 de su Reglamento), no puede calificar si la propia transmisión presentada constituye un acto delictivo cometido por todos los otorgantes, o si se trata de procedimiento en que se enjuicia la falsedad del documento presentado, como ha quedado expuesto en el fundamento de Derecho segundo, o si por haber sido otorgado con anterioridad es procedente o no el levantamiento de la medida cautelar por tratarse de un tercero de buena fe. Esto lo tiene que decidir el juez que instruye las diligencias previas, en virtud de los recursos procedentes, en el ámbito del mismo procedimiento en el que la medida cautelar ha sido adoptada.

Resolución de 28-6-2014

(BOE 29-7-2014)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

CALIFICACIÓN POR EL REGISTRADOR SUSTITUTO: COMPETENCIA EN CASO DE REVOCACIÓN PARCIAL DE LA CALIFICACIÓN DEL SUSTITUIDO.

La cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar quién es el registrador competente para calificar y redactar el asiento, cuando habiéndose solicitado calificación sustitutoria el registrador sustituto revoca uno de los defectos y mantiene los demás, presentando el interesado, de acuerdo con esta calificación sustitutoria, documentación subsanatoria al registrador sustituido. En los casos de que la calificación del título, revocada por el registrador sustituto, afectara solo a determinadas cláusulas y el registrador sustituido asumiera la inscripción parcial del título, igualmente se procederá de la forma prevista en la regla 3.a del art. 19 bis siempre que conste el consentimiento del presentante o interesado (cfr. arts. 19 bis regla 4.a de la LH y 434 del RH). En estos casos también el registrador sustituto deberá aportar por tanto la minuta del asiento de inscripción del título, cuya inscripción parcial se va a practicar bajo su responsabilidad. Pero en los supuestos de confirmación de la nota de calificación que afecte solo a determinados defectos y no a todos (esto es de calificación sustitutoria que revoque solo en parte los defectos expresados en la nota), pero que se refieran al título en su totalidad, sin posibilidad de inscripción parcial del mismo —como es el caso del presente expediente—, el procedimiento debe seguirse ante el registrador sustituido.

Resolución de 30-6-2014

(BOE 29-7-2014)

Registro de la Propiedad de Manises

HIPOTECA: DOMICILIO A EFECTOS DE EJECUCIÓN.

Se debate en este recurso la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario en lo relativo a la estipulación sobre el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, cuando al determinarse el domicilio para la práctica de notificaciones (art. 682.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), se establece lo siguiente: «2. Señalan como domicilio para la práctica de los requerimientos y notificaciones a que haya lugar, el de la finca hipotecada y descrita bajo el número uno, sobre la que se ejercite el procedimiento». En el presente expediente, si bien es cierto que la cláusula podría haberse redactado con mayor claridad, como reconoce el propio notario autorizante, en su interpretación debe entenderse que el domicilio fijado es el de la vivienda, especialmente si se tiene en cuenta que la otra finca hipotecada es una plaza de garaje, interpretación que es la más favorable no solo para el acreedor, sino especialmente para el deudor. La interpretación más racional y lógica es la de que se quiere recibir las notificaciones en la vivienda y no en la plaza de garaje en caso de ejecución hipotecaria de cualquiera de los dos inmuebles.

Resolución de 30-6-2014

(BOE 29-7-2014)

Registro de la Propiedad de Granada, número 2

AUTOCONTRATACIÓN: DELIMITACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERESES.

La única cuestión objeto de este expediente consiste en determinar si se encuentra en situación de conflicto de intereses un apoderado de una entidad de crédito, en concreto una cooperativa de crédito, que comparece junto con su esposa deudora hipotecaria de la entidad, con quien se encuentra casado en régimen de separación de bienes, al efecto de novar el contrato de préstamo garantizado con hipoteca. Comparece tanto como representante de la entidad como en su propio nombre al efecto de prestar el consentimiento previsto en el art. 1.320 del CC. La prescripción de actuación en situación de conflicto se predica no solo de aquellas situaciones en que el conflicto es directo entre los intereses del principal y de quien los gestiona. Se ha entendido que el deber general de lealtad que incumbe a todo gestor de intereses ajenos impone su abstención en aquellos supuestos en que el conflicto se produce entre los intereses del principal y los intereses de aquellas personas vinculadas al gestor. Este conflicto indirecto pone de relieve hasta qué punto estamos ante una cuestión material: la defensa de la posición jurídica del principal en todos aquellos supuestos en los que la actuación del gestor de sus intereses pueda entrar en conflicto con sus propios intereses o aquellos de las personas con las que se encuentra especialmente vinculado.

Resolución de 1-7-2014

(BOE 1-8-2014)

Registro de la Propiedad de Santoña, número 1

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y 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 sólo de aquellas derivadas de la vida en común. Así resulta indubitadamente de la regulación legal que restringe el contenido necesario del convenio regulador a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y a la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial amén de otras cuestiones como la pensión compensatoria y el sostenimiento a las cargas y alimentos. Este Centro Directivo ha entendido que forma parte de las operaciones de liquidación la atribución de la vivienda familiar incluso en el supuesto de que su titularidad pertenezca por mitades a los cónyuges por adquisición realizada antes del matrimonio, pues en este supuesto su evidente afección a las necesidades del matrimonio justifica sobradamente su inclusión junto a los bienes adquiridos constante el régimen matrimonial (Resoluciones de 11-4-2012 y 7-7-2012). Pero fuera de este supuesto las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (y tales son, en vía de principios, las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización. En definitiva, la diferente causa negocial, ajena a la liquidación

del patrimonio común adquirido en atención al matrimonio, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada (vid. «Vistos»), deben resolverse a favor de la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza.

Resolución de 1-7-2014

(BOE 1-8-2014)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 15

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE DEMANDA.

En el caso concreto de este expediente, como consecuencia de la situación concursal, en materia de competencia judicial procede la aplicación de la regla especial recogida en el art. 8 de la Ley Concursal, que viene a establecer en su apartado cuarto, en materia de medidas cautelares —como es una anotación preventiva de demanda, conforme a lo dispuesto en el art. 727.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, que «la jurisdicción del Juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias... (4º) Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1º». No estando en uno de esos supuestos excepcionales del párrafo 1º es competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso su adopción. En consecuencia, corresponde al Juez del concurso la competencia para ordenar que se practique una anotación preventiva de demanda, anotación que, evidentemente, afecta al patrimonio del titular registral concursado y debe adoptarse por el órgano judicial competente. No puede sostenerse el argumento referido a que deben atenderse las medidas cautelares dictadas por los jueces ordinarios en procesos declarativos seguidos contra sociedades en concurso por el hecho de que la Ley Concursal permita la adopción de medidas cautelares por los árbitros en las actuaciones arbitrales, puesto que este último tipo de medidas cautelares constituyen, precisamente, la excepción y no la regla general contenida en el art. 8.4 de la Ley Concursal, excepción que conforme a lo dispuesto en el art. 4.2 del CC no puede aplicarse a supuestos distintos a los comprendidos expresamente en ellas.

Resolución de 2-7-2014

(BOE 1-8-2014)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 55

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: ORDEN DE INSCRIPCIÓN DE LOS TÍTULOS.

El presente recurso, plantea como única cuestión, la posibilidad de anotar preventivamente un embargo ordenado en un procedimiento judicial monitorio, constando inscrita la finca sobre la que recae a favor de persona distinta del demandado, y habiendo sido el titular registral notificado en dicho procedimiento. En cuanto a la circunstancia de ser el ejecutado causahabiente del titular registral, debe recordarse que lo procedente, como se ha señalado en otras ocasiones (vid. Resolución de 7-10-2004) es tomar anotación preventiva

de suspensión de la anotación de embargo y solicitar que se realice la inscripción omitida (cfr. arts. 65 de la LH, 629 y 664 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 140 del RH) sin que sea posible practicar el asiento solicitado por el recurrente.

Resolución de 3-7-2014

(BOE 1-8-2014)

Registro de la Propiedad de Cerdanyola del Vallés, número 2

RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: DUDAS FUNDADAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. NOTA MARGINAL DE AFECCIÓN FISCAL: NATURALEZA Y EFECTOS.

Efectivamente, en todos los casos para la inscripción del exceso de cabida es condición necesaria que el Registrador no tenga dudas fundadas sobre la identidad de la finca, pero como ya se ha dicho su apreciación ha de ser motivada en función de las circunstancias y condicionantes que concurran en cada supuesto, sin que tal alegación, genéricamente formulada, pueda convertirse en un recurso meramente formal y vacío de contenido, desconectado de un mínimo criterio de valoración para su aplicación al caso concreto objeto de la nota de calificación. Las afecciones fiscales constituyen una garantía real de origen legal, cuya finalidad principal es enervar los efectos del principio de fe pública registral, permitiendo a la Administración Tributaria exigir el importe de los tributos garantizados con la afección sobre el valor de realización del bien. Conforme a la LGT y el Reglamento General de Recaudación las afecciones fiscales constituyen una garantía real de origen legal, cuya finalidad principal es enervar los efectos del principio de fe pública registral, permitiendo a la Administración Tributaria exigir el importe de los tributos garantizados con la afección sobre el valor de realización del bien. A la vista de la normativa expuesta puede afirmarse que las afecciones fiscales constituyen un supuesto de garantía real cuya finalidad esencial es la enervación del principio de fe pública registral, al objeto de poder derivar en su caso la acción de responsabilidad subsidiaria para el cobro de los tributos devengados por la transmisión o adquisición de los mismos a los futuros adquirentes; garantía que se desarrolla a través de dos fases: una primera estática o de latencia, que solo previene mediante la nota marginal de afección de la posibilidad de ejercicio de la acción de derivación de responsabilidad, pero sin que ello suponga reserva de rango alguno, ni su consideración de carga en sentido estricto, lo cual solo se producirá en su caso en la fase dinámica de la garantía mediante la correspondiente anotación preventiva de embargo, que producirá los efectos propios a este tipo de medidas cautelares de aseguramiento. Conforme a los considerandos anteriores y en atención a la fase en la que se encuentran las dos afecciones fiscales que constan por nota al margen de la finca matriz y dado el carácter gratuito y coactivo de la cesión, como actuación asistemática, al venir destinada la superficie segregada a viario conforme a las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana, lo que comporta su naturaleza demanial y afectación al servicio y uso público, no se estima necesario el consentimiento de la Generalitat de Cataluña para inscribir la segregación y cesión obligatoria al Ayuntamiento de una porción de terreno destinada a viario público sin las referidas notas marginales de afección fiscal.

Resolución de 4-7-2014

(BOE 1-8-2014)

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 2

LEGADOS: ENTREGA.

El art. 885 del CC establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. Y, aunque podría pensarse que tal entrega es simplemente de la posesión y nada tiene que ver con la inscripción de la cosa legada en favor del legatario, ya que cuando el legado es de cosa específica propia del testador, aquel adquiere la propiedad desde el fallecimiento de este (cfr. art. 882 del CC), este Centro Directivo ha puesto de relieve (cfr. Resolución de 13-1-2006) que los legados, cualquiera que sea su naturaleza, están subordinados al pago de las deudas y, cuando existen herederos forzosos, al pago de las legítimas y la dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de la masa hereditaria, y, por tanto, a los acreedores. Como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 1-3-2006, la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia, para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1.057.1 del CC), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. Y dicha intervención es necesaria también para la entrega de legados, de suerte que esta no es posible sin que preceda la liquidación y partición de la herencia con expresión de las operaciones particionales de las que resulte cuál es el haber y lote de bienes correspondientes a los herederos forzosos cuyo consentimiento para la entrega de los legados no puede obviarse en este caso, por la sencilla razón de que uno de ellos no ha comparecido, pues solamente de este modo puede saberse si el legado debatido se encuentra dentro de la cuota de que puede disponer el testador y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos.

Resolución de 4-7-2014

(BOE 1-8-2014)

Registro de la Propiedad de Sabadell, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: INTERVENCIÓN DE TITULARES DE DERECHOS QUE VAYAN A SER CANCELADOS COMO CONSECUENCIA DE LA RESOLUCIÓN DEL DERECHO INSCRITO DEL QUE TRAEN CAUSA.

Como ya tiene declarado en reiteradas resoluciones esta Dirección General, y en especial en la de fecha 11-7-2013, relativa al mismo asunto, no puede concluirse que la sentencia declarativa de la resolución de la cesión dictada en pleito entablado solo contra el cesionario, permita la cancelación de los asientos posteriores que traigan causa de este último. Por el contrario, es necesario tener en cuenta: a) que los efectos de la sentencia se concretan a las partes litigantes; b) que la rectificación de los asientos registrales presupone el consentimiento de sus titulares o una sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho; c) que es exigencia constitucional la protección jurisdiccional de los

derechos; d) que no se ha solicitado, ni por tanto, practicado, anotación preventiva de demanda, y e) que los titulares de tales asientos no solo pueden sino que deben ser citados en el procedimiento de resolución para alegar lo que a derecho convenga en cuanto a si se han cumplido todos los presupuestos de la resolución. Todas las anteriores consideraciones llevan al resultado de que para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores —cuando no se haya anotado preventivamente la demanda de resolución— es necesario que estos al menos hayan sido citados en el procedimiento.

Resolución de 5-7-2014

(BOE 1-8-2014)

Registro de la Propiedad de Canjáyar

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

En el presente supuesto, concurren los dos defectos señalados por la registradora en su nota de calificación, pues la certificación catastral incorporada al título inmatriculador, que es la escritura de adjudicación de herencia, y no el acta de notoriedad que la complementa, no solo no es totalmente coincidente con la finca que el recurrente solicita inmatricular a su favor, sino completamente distinta y relativa a otra colindante, como reconoce el propio recurrente. Y la finca respecto de la que el notario declara la notoriedad en el acta complementaria no es la misma contenida en la escritura a la que supuestamente complementa.

Resolución de 7-7-2014

(BOE 1-8-2014)

Registro de la Propiedad de Petra

PROPIEDAD HORIZONTAL: SUPERFICIE DE LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Para inscribir modificaciones de la superficie de alguno de los elementos privativos de una propiedad horizontal se requiere el consentimiento de todos los propietarios del edificio. No es posible hacer constar la referencia catastral de un piso si hay una diferencia superior al diez por ciento entre la superficie registral y catastral. Registralmente no puede admitirse que la superficie de un elemento privativo se exprese mediante el dato de «su superficie con inclusión de elementos comunes», por constituir conceptualmente un consentimiento con el concepto de elemento privativo (arts. 3 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal). Incluso cuando se inscriba la superficie privativa, que es la determinante, debería denegarse cualquier mención registral, aunque fuera accesoria o complementaria, a superficie alguna en elementos comunes que se impute a ese elemento, pues la cuota que un elemento privativo ostenta en los elementos comunes no significa nunca una superficie concreta, sino un módulo ideal determinante de la participación del comunero en los beneficios y cargas de la comunidad.

Resolución de 8-7-2014

(BOE 1-8-2014)

Registro de la Propiedad de Segovia, número 2

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

En el presente caso, tanto del auto judicial como del escrito de recurso y del resto de documentación obrante en el expediente resulta con toda claridad que el promovente del expediente de dominio para reanudar tracto adquirió directamente de la titular registral, por lo que resulta plenamente aplicable la doctrina de este Centro Directivo que se acaba de reseñar, en la que se basa expresamente la nota de calificación negativa. Por tal motivo, en el presente caso, el expediente de dominio, que se tramitó con la doble finalidad de acreditar un exceso de cabida de la finca y de reanudar el tracto a favor de un causahabiente del titular registral, puede y debe operar la inscripción del exceso de cabida, como así ocurrió, y en cambio no puede ni debe operar la reanudación del tracto por no haber efectiva interrupción del mismo.

Resolución de 9-7-2014

(BOE 31-7-2014)

Registro de la Propiedad de Cullera

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: ADQUISICIÓN. REPRESENTACIÓN: JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL.

Hay que recordar la doctrina, en la actualidad plenamente consolidada en materia de contratos de los entes públicos, de los llamados actos separables, inicialmente propugnada en sede doctrinal, acogida posteriormente por la jurisprudencia y consolidada hoy día a nivel normativo (vid. arts. 20 y 21 del RD Legislativo 3/2011, de 14-11-2011, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, o el art. 2.b) de la Ley 29/1998, de 13-7-1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Según esta doctrina en los contratos privados de los entes públicos se han de distinguir dos aspectos: por un lado, el relativo a los efectos y extinción del contrato, que quedan sujetos a las normas de Derecho privado y cuyo conocimiento es competencia de la jurisdicción ordinaria; y por otro, la fase de preparación y adjudicación del contrato, la que hace referencia a la formación de la voluntad contractual del ente público y la atribución de su representación, que se rige por la normativa especial y cuya infracción corresponde revisar a la jurisdicción contencioso-administrativa (vid. Resolución de 27-3-1999). Trasladada esa distinción al ámbito de la función calificadora de los registradores de la Propiedad puede sostenerse que el primero de los aspectos, el netamente contractual, queda sujeto a la regla general sobre calificación del art. 18 de la LH, sin ninguna distinción en cuanto a aquellos en que sean parte tan solo los particulares; en tanto que el segundo, el aspecto netamente administrativo del contrato, debe ser calificado dentro de los límites que impone el art. 99 del RH. Habida cuenta de que el defecto ahora analizado hace referencia a la inadecuación del procedimiento de adjudicación del contrato seguido, o la falta de acreditación de sus presupuestos habilitantes, hemos de convenir que se trata de una materia sujeta al régimen de calificación fijado por el

citado precepto del RH. De acuerdo con esta doctrina, efectivamente 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. Se requiere, pues, que la omisión del procedimiento legalmente establecido o de un trámite esencial (este trámite no ha de ser cualquiera, sino esencial) sea ostensible. A tal fin, la ostensibilidad requiere que la ausencia de procedimiento o trámite sea manifiesta y evidente sin necesidad de una particular interpretación jurídica. Ciertamente las normas que regulan la adquisición de bienes inmuebles por parte de las Corporaciones locales no son las mismas que la relativas a su enajenación, pero sus principios rectores (publicidad y concurrencia) sí son comunes y coincidentes, imponiendo como regla general el concurso y habilitando una serie de excepciones tasadas que, de acuerdo con la jurisprudencia antes reseñada, han de ser objeto de una interpretación estricta, de donde se deriva la exigencia de su cumplida justificación. En consecuencia procede confirmar este extremo de la calificación recurrida, pues estando legalmente limitada la posibilidad de utilización del procedimiento negociado a supuestos estrictamente tasados, la aplicación de la doctrina de este Centro Directivo anteriormente reseñada sobre calificación de los documentos administrativos, y en particular en relación con el procedimiento seguido y sus trámites esenciales, lleva a desestimar el recurso a la vista de que de la documentación presentada para su calificación no resultaba acreditada la concurrencia de ninguno de los supuestos concretos en que, por excepción, nuestro ordenamiento jurídico admite la utilización del procedimiento negociado y sin concurrencia para la adquisición de bienes inmuebles por la Administración Pública, incluyendo los entes locales, ni el cumplimiento de los criterios sobre concurrencia que también en tales casos se imponen, sin perjuicio de sus particularidades, con carácter general. Según reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, Resoluciones de 22-10-2012 y 22-2-2014), para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado art. 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. De acuerdo a la misma doctrina citada, el registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Igualmente el TS (Sala Primera de lo Civil), en sentencia de 23-9-2011, declara que, según resulta del apartado 2 del art. 98 de la Ley 24/2001, la calificación del registrador en esta materia se proyecta sobre «la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de este con el contenido del título presentado», congruencia que exige que del propio juicio

de suficiencia resulte la coherencia entre la conclusión a la que se llega y las premisas de las que se parte (cfr. Resolución de 27-2-2012).

Resolución de 9-7-2014

(BOE 31-7-2014)

Registro de la Propiedad de Bande

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO.

El supuesto de hecho es el siguiente: don M.S.R., de nacionalidad española, y doña A.T.B.S., de nacionalidad portuguesa, contrajeron matrimonio en 1983 en Münster (Alemania). Su matrimonio fue celebrado, según consta en la certificación del mismo, en la forma prevista en la ley alemana y fue inscrito en el Registro Civil del Consulado General de España en Dusseldorf (Alemania). Mediante la escritura ahora calificada, los esposos disuelven la sociedad de gananciales que manifiestan era el régimen legal aplicable a su matrimonio, al considerar que la ley española regía *ab origine* los efectos personales y patrimoniales. Tras liquidar parcialmente la comunidad, pactan que en lo sucesivo se rija su economía matrimonial por el régimen de participación regulado en el CC español. Por tanto, el primer tema a decidir es si habiendo contraído matrimonio los esposos antes de la entrada en vigor de la Ley de 15-10-1990, pero después de la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 —no se prejuzga ahora supuesto distinto— será aplicable la ley anterior a un efecto que se produce en la actualidad, cual es la decisión de los esposos de liquidar su comunidad patrimonial, o si por el contrario, será de aplicación, al carecer de transitorias al respecto, la norma que se encontraba vigente en el momento de celebración del matrimonio (arts. 9.2 y 9.3 en redacción de 1973-1974). El TS en su sentencia de 11-2-2005 rechaza la eficacia actual de una solución discriminatoria. Deduce la sentencia que a los matrimonios contraídos con anterioridad al Título Preliminar del CC, en la redacción dada por la Ley de Bases de 1973, así como los contraídos con anterioridad a la promulgación de la Constitución Española se regirán por la última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional correspondiente al marido al tiempo de su celebración; que a los matrimonios contraídos después del 29-12-1978, fecha de entrada en vigor de la Constitución, hasta la Ley de 15-10-1990, deberá estarse a lo establecido en la STC 39/2002, de 14-2-2002, en cuanto declara inconstitucional el art. 9.2 del CC, según la redacción dada por el Decreto 1.836/1974, de 31-5-1974, en el inciso «por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración»; y a los matrimonios contraídos después de la vigencia de la Ley de 15-10-1990 se les aplicará la normativa contenida en el art. 9.2, si bien debe tenerse en cuenta la modificación operada posteriormente en el art. 107 del CC. Si bien es cierto que en la lógica del sistema se encuentra la congelación inicial de efectos de matrimonio —sin perjuicio de la posibilidad de cambio de su régimen patrimonial— estableciendo su fijación en el momento de celebración del matrimonio, no lo es menos, que en el caso de los matrimonios contraídos bajo el imperio de la Ley de 1974 ha de tenerse presente que la declaración de inconstitucionalidad, como se ha indicado, no ha sido solucionada por el legislador. Por ello aunque la inconstitucionalidad no puede ser objeto de modulación en cuanto efecto automático, nada impide que la laguna legal quede voluntariamente integrada por la decisión de ambos esposos reconociendo, con

carácter retroactivo al inicio de su matrimonio, la aplicación de ley española. Siendo prueba de los hechos inscritos la inscripción —e indicación— en el Registro Civil y existiendo una laguna legal no colmada por el legislador, creada por la indicada declaración de inconstitucionalidad del último inciso de la anterior redacción del art. 9.2 del CC, ha de considerarse suficientemente acreditada la existencia de sociedad de gananciales entre los esposos.

Resolución de 10-7-2014

(BOE 31-7-2014)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 7

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO.

En el presente expediente, dictada sentencia por la que se declara: que el actor es heredero *ab intestato* —junto con sus hermanos— de cierto causante, que unos metros de determinada finca registral pertenecen al caudal relicto de dicho causante, y que es nula la escritura de aportación a la sociedad de gananciales de la finca en cuestión, se presenta mandamiento del secretario judicial ordenando proceder a la cancelación de la inscripción primera de la referida finca, conforme a lo también previsto en la propia sentencia. El registrador suspende la cancelación de la inscripción ordenada porque la finca registral a que refiere la sentencia fue aportada a una junta de compensación originando cinco fincas de reemplazo independientes, sobre las cuales se arrastró anotación de demanda a favor del actor del procedimiento en que recayó la sentencia y, dado que se canceló la hoja registral de la finca aportada y que dicha anotación de demanda se encuentra gravando a las fincas de reemplazo, hace falta indicar si se quiere cancelar sobre dichas fincas de reemplazo, inscribir el derecho de participación que ostenta el actor en el caudal relicto de la finca aportada en las fincas de reemplazo, o si se procede a realizar la correspondiente segregación aportando las oportunas licencias administrativas. Lo procedente es despachar el mandamiento en cuanto a la declaración de nulidad de la escritura de aportación a gananciales, e identificación de los actores como titulares actuales de las fincas de reemplazo, en cuanto herederos abintestato de la aportante anterior titular registral. Es decir, que no cabe duda de que lo que se puede inscribir como consecuencia de la sentencia en la que se anotó la demanda, es la inscripción de la finca de resultado a favor de quienes la sentencia reconoce derecho sobre la finca. Para ello es preciso que se especifique en el mandamiento la identidad y cuota de cada propietario, aclarando la titularidad controvertida de las fincas de resultado. Por todo ello, en tanto el título judicial no determine concretamente las titularidades o porciones de titularidades a las que, como consecuencia del proceso judicial en cuestión, correspondan las fincas de resultado inscritas que fueron adjudicadas en sustitución de la finca de origen objeto del procedimiento —y que tendrán que estar suficientemente identificadas—, no podrá inscribirse definitivamente el derecho de dominio a favor de los verdaderos titulares, pero entretanto —por subrogación real— procederá el reflejo tabular de la sentencia por nueva anotación preventiva o al margen de la inscripción de la titularidad controvertida en las fincas de resultado, como este Centro Directivo ha admitido en ciertos casos para mayor claridad de la titularidad inscrita (cfr. Resolución de 5-5-2006).

Resolución de 10-7-2014

(BOE 31-7-2014)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 19

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: FINCAS INCLUIDAS EN UNIDAD DE EJECUCIÓN.

En cuanto a las fincas que no consten inmatriculadas, tanto el art. 310.5 del texto refundido de la Ley de Suelo vigente cuando se otorgaron las escrituras, como el vigente art. 54.5 del RD Legislativo 2/2008, de 20-6-2008, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, como el art. 8 del RD 1.093/1997, de 4-7-1997, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la LH sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, establecen que la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución será título suficiente para la inmatriculación de fincas que carecieren de inscripción, ello implica la admisión de un procedimiento especial de inmatriculación que se desarrolla en el propio ámbito urbanístico y que cuenta por tanto con las garantías propias del proceso transformador. Bien es cierto que como dice el recurrente, no se excluye expresamente la utilización de otro método legal de inmatriculación y más concretamente del contemplado en el art. 205 de la LH, pero no puede obviarse que permitir el acceso al Registro de fincas no inmatriculadas, una vez conste producida la iniciación de un procedimiento reparcelatorio, sin conocimiento del órgano actuante, puede producir efectos adversos. No obstante, en base a todo lo expuesto sería más correcto calificar el defecto de subsanable, pudiendo procederse a la inscripción si por la Administración actuante, mediante la oportuna certificación, quedara acreditado suficientemente a juicio del registrador que los terrenos están comprendidos en el proyecto correspondiente, haciendo constar también si las fincas se incluyeron en la solicitud de extensión de la nota marginal a que hace referencia el art. 5 del RD 1.093/1997, y que tiene conocimiento de la existencia los títulos de propiedad y de la intención de inmatricular los mismos.

Resolución de 11-7-2014

(BOE 31-7-2014)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 6

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: APLICACIÓN A LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

Las exigencias del principio de tracto sucesivo deben llevar a la denegación de la inscripción solicitada cuando en el procedimiento del que dimana el documento calificado no han intervenido todos los titulares registrales de derechos y cargas de las fincas. El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (cfr. art. 24 de la C.E.) impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido partes en él, ni han intervenido de manera alguna, exigencia ésta que, en el ámbito registral, y dada la salvaguardia judicial de los asientos registrales, determina la imposibilidad de practicar, en virtud de una resolución judicial, asientos que comprometen una titularidad, si no consta que ese titular haya sido parte en el procedimiento del que emana aquella resolu-

ción. En el expediente que provoca la presente, no consta que uno de los titulares registrales sino solo el otro cónyuge titular registral, correctamente identificado por la registradora en su calificación, haya tenido oportunidad de intervenir en el procedimiento judicial. Lo cual, como se ha señalado anteriormente, en el ámbito de disposición de bienes gananciales no es suficiente para la eficacia dispositiva, por lo que no puede ahora pretenderse la inscripción de la escritura calificada. Cuestión distinta sería que se acreditara que el tribunal competente, en trámites de ejecución de la sentencia que se incorpora, o en el incidente previsto en el número 2 del art. 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que quienes hayan sido parte en el proceso o acrediten interés directo y legítimo para pedir al tribunal las actuaciones precisas para la eficacia de la sentencia, aun siendo esta constitutiva, o en cualquier otra forma legalmente procedente, haya declarado, previo cumplimiento de las garantías de la contradicción procesal (vid. arts. 105 y 109 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 522, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y SSTs de 27-1-2007 y 15-11-2012), que la sentencia resulta oponible a tales titulares con las consecuencias registrales de ello derivadas.

Resolución de 11-7-2014

(BOE 31-7-2014)

Registro de la Propiedad de Vic, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: COMPETENCIA.

A la vista de la jurisprudencia invocada, ya de por sí suficientemente contundente en su conclusión, unido al hecho de que no consta en el presente expediente que hubiera motivos subjetivos que se incorporaran al contrato en el momento de su perfección como causa de los mismos para ambas partes, esto es, como determinantes de la declaración de voluntad y el consentimiento de las dos partes contratantes, que es lo que exige el TS para atribuirles relevancia jurídica, y que en todo caso la finalidad de la construcción de las viviendas no se incorporó al contrato como elemento condicionante de la eficacia del negocio jurídico según resulta de su falta de reflejo en el Registro, hemos de concluir en la desestimación de este primer motivo de impugnación de la nota de calificación, pues de lo dicho y argumentado resulta con claridad que el contrato que se pretende resolver unilateralmente en base a la potestad exorbitante que la Administración ostenta para ello en relación a los contratos administrativos, en este caso no se puede ejercitar por tratarse de un contrato de naturaleza privada, sujeta al Derecho privado que no admite dicha facultad de resolución unilateral (vid. art. 1.256 del CC). Respecto a la solicitud de que se practique una anotación preventiva que publique la existencia de un procedimiento contencioso administrativo, no resulta procedente ni aunque la hubiera decretado el propio Tribunal, en tanto como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 27-10-2008, 29-1-2009 y 12-2-2014), a los efectos de atribuir la competencia a la jurisdicción civil o a la jurisdicción contencioso-administrativa, debe seguirse la doctrina del TS en su sentencia de 10-6-1988, y distinguir los llamados «actos de la administración» de los «actos administrativos», pues, sentado que solo estos últimos son susceptibles de la vía administrativa, dicha calificación la merecen solamente aquellos actos que, junto al requisito de ema-

nar de la Administración Pública, la misma los realiza como consecuencia de una actuación con facultad de *imperium* o en ejercicio de una potestad que solo ostentaría como persona jurídica pública, y no como persona jurídica privada. En coherencia con esta doctrina, el art. 21.1 del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo la competencia para resolver las cuestiones litigiosas relativas a «la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos», así como «el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas», en tanto que el mismo artículo en su apartado 2 reserva al orden jurisdiccional civil la competencia «para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados». Y por supuesto, la presentación de un escrito de solicitud formulado por el propio Ayuntamiento ante el Registro no es suficiente, pues, tal como se ha indicado, sería necesario que el juzgado o tribunal competente, ante el que lo solicite el interesado, decreta en su caso, la correspondiente anotación preventiva, lo que no se ha acreditado en el presente caso (*rectius* se ha acreditado su denegación).

Registro Mercantil

por Ana M^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 8-5-2014
(BOE 3-7-2014)
Registro Mercantil de Madrid

ESCISIÓN. BALANCE. FECHA DE EFECTOS CONTABLES.

En los supuestos generales de fusión o escisión, aun cuando se exima de ciertos requisitos formales y hayan sido aprobados en junta universal y por unanimidad o se trate de absorción de sociedad íntegramente participada, es necesario aprobar el balance. Por aplicación del art. 78 bis, no es necesario balance en el caso de escisión total con extinción de la sociedad escindida y creación de varias beneficiarias o escisión parcial con creación de una o varias, habida cuenta de la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias por las deudas de la escindida y la de esta en caso de escisión parcial. En los supuestos de fusión o escisión la fecha de efectos contables será la de celebración de la junta siempre que en el acuerdo sobre el proyecto no se haga un pronunciamiento expreso sobre la asunción de control del negocio por la adquirente en un momento posterior. Igual que en la constitución de la sociedad no cabe fijar una fecha de inicio de operaciones anterior al otorgamiento de la escritura pero sí posterior al mismo y anterior a la inscripción, también se puede fijar en la escisión una fecha de efectos contables coincidente con la del otorgamiento de la escritura.

Resolución de 9-5- 2014

(BOE 3-7-2014)

Registro Mercantil de Palma Mallorca

CALIFICACIÓN. REPRESENTACIÓN. PODER. FUSIÓN. NOTIFICACIÓN A ACREEDORES.

La actuación de las sociedades debe realizarse a través de sus órganos o de apoderados. Cuando sean de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil la reseña de los datos de inscripción dispensa de cualquier otra prueba para acreditar la legalidad de la representación. Si no consta la inscripción deben reseñarse los documentos que acrediten la válida designación del representante o apoderado por haber sido nombrado con los requisitos y formalidades legales y estatutarias por órgano social competente, debidamente convocado y vigente incluyendo en su caso la aceptación del nombramiento y notificación de los titulares anteriores cargos. Tratándose de poderes no inscritos debe reseñarse el título representativo del concedente del poder y acreditar la validez del nombramiento del órgano societario o del apoderado que lo haya otorgado. Debe constar el modo y la fecha en que se haya notificado personalmente a los acreedores de las sociedades afectadas por el procedimiento de fusión.

Resolución de 12-5-2014

(BOE 11-7-2014)

Registro Mercantil de Valencia, número VI.

ESTATUTOS. ADMINISTRADOR. REMUNERACIÓN.

Es admisible la cláusula estatutaria que determina que el cargo de administrador es gratuito sin perjuicio de que los trabajos que realice para la sociedad y que sean distintos del ejercicio del cargo de administrador serán remunerados, en cuyo caso se establecen ciertas limitaciones. Se encuentra en el ámbito de prestación de servicios de los administradores a que se refiere el art. 220 de la LSC y garantiza al titular del contrato de arrendamiento de servicios o de la relación laboral ordinaria que, salvo acuerdo contrario de la junta de socios, su remuneración se adecuará anualmente a la del sector de que forma parte.

Resoluciones de 19 y 20-5-2014

(BOE 22-7-2014)

Registro Mercantil de Girona, número I.

CUENTAS ANUALES. SOLICITUD DE QUE SE DEJE SIN EFECTO EL DEPÓSITO.

Si el recurrente —socio minoritario a cuya instancia se nombró auditor— entiende que el depósito ha sido hecho sin el debido cumplimiento de los requisitos legales, por no haberse emitido informe de gestión, debe impugnarlo ante la jurisdicción ordinaria para que sea en dicha sede donde se aprecie si el depósito merece o no el amparo legal. El recurso ante la Dirección General se limita al supuesto en que el depósito se haya rechazado.

Resolución de 23-5-2014
(BOE 22-7-2014)
Registro Mercantil de Asturias

ESTATUTOS. NATURALEZA. JUNTA. CONVOCATORIA. FORMA.

Los estatutos sociales son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia. Si existe un cambio normativo que afecte en todo o en parte al contenido de los estatutos, la nueva norma impone su contenido por simple fuerza de ley, salvo que la norma estatutaria no sea incompatible con aquella o cuando, siendo dispositiva, el contenido estatutario sea conforme con el ámbito de la disposición. En el caso contemplado, el sistema estatuario de convocatoria coincide con el legalmente previsto para el supuesto de que la sociedad carezca de página web creada, inscrita y publicada: BORME y diario. En caso de convocatoria por medio de comunicación individual y escrita, se hace al domicilio designado al efecto o al que conste en la documentación de la sociedad. Tratándose de herencia yacente le corresponde a los herederos hacer llegar tal circunstancia al órgano de administración y designar la persona a quien corresponda el ejercicio de los derechos de socio.

Resoluciones de 2, 3 y 4-6-2014
(BOE 25-7-2014)
Registros Mercantiles de Las Palmas de Gran Canaria, número I y Palma de Mallorca, número II

OBJETO SOCIAL. CLASIFICACIÓN NACIONAL DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS (CNAE).

La intención del art. 20 de la Ley 14/2013 es sectorizar el conjunto de actividades económicas con fines estadísticos. Cualquier persona natural o jurídica que ejerza una actividad empresarial o profesional está obligada a poner en conocimiento de la Administración con que se relacione el código que mejor describa su actividad. Tratándose de sociedades mercantiles la obligación de manifestar el código correspondiente se refiere a la actividad principal y cuál es esa actividad principal. Nada obsta a que el interesado haga constar los códigos de todas las actividades previstas, pero hay que declarar cuál es la actividad principal. Esta obligación es exigible en inscripción de la constitución y en las de modificación de objeto. El Registrador debe verificar que el código/s reseñado/s se corresponde o no con el contenido del listado vigente. En cuanto al número de dígitos que debe contener el código, son válidos los que consten en la relación vigente, ya se refieran a la lista correspondiente a «división» o a la correspondiente a «grupo».

Resoluciones de 5 y 6-6-2014
(BOE 25-7-2014)
Registro Mercantil de Pontevedra, número I

ADMINISTRADOR. RENUNCIA.

Reitera la abundante doctrina en el sentido de que, cuando como consecuencia de la renuncia la sociedad quede en situación de no poder ser debidamente

administrada y no exista la posibilidad de que otro administrador con cargo vigente lleve a cabo la oportuna convocatoria de junta para la provisión de vacantes, no procede la inscripción sin que se acredite que el renunciante ha llevado a cabo la convocatoria de junta con tal finalidad.

Resolución de 9-6-2014

(BOE 25-7-2014)

Registro Mercantil de Madrid, número XIV

DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO. REACTIVACIÓN. DURACIÓN. PRÓRROGA.

La doctrina de la Dirección General en los casos de disolución de pleno derecho —SA incura en la previsión de la Disposición Transitoria 7.^a del RD Legislativo 1.564/1989, Disposición Transitoria 1.^a de la Ley 2/2007 de Sociedades Profesionales— expresa que la apertura de la fase de liquidación respeta la persistencia de la personalidad jurídica; que dicha liquidación no reviste características distintas de los supuestos de disolución por acuerdo social y no impide la reactivación. En el caso de transcurso del plazo de duración de la sociedad sin haberse inscrito la prórroga, aunque el Registrador haya cancelado los asientos, ocurre lo mismo, aunque para la reactivación no basta un acuerdo social, sino el consentimiento formal de quienes ostenten la condición de socio. Por otra parte, el art. 238 RRM no establece que no pueda inscribirse la prórroga presentada tardíamente, sino que no produce efectos, por lo que la inscripción retrasada no será oponible a los terceros de buena fe.

Resolución de 16-6-2014

(BOE 29-7-2014)

Registro Mercantil de Madrid, número XVIII

JUNTA. CONVOCATORIA. COMPETENCIA.

La ley atribuye la competencia para convocar a los administradores para que la ejerciten de conformidad con la estructura correspondiente a la modalidad del órgano de administración que tenga adoptada la sociedad. En este caso, consejo de administración, corresponde a este adoptar la decisión de convocar, y no solo a uno de ellos pues el cese efectivo de los demás que dimitieron, quedó condicionado a la adopción posterior del acuerdo de cese por la junta. Debe especificarse que la convocatoria se ha notificado a todos los socios.

Resolución de 17-6-2014

(BOE 29-7-2014)

Registro Mercantil de Madrid, número XIX

ADMINISTRADOR. RETRIBUCIÓN.

El régimen legal de retribución de los administradores exige que se prevea en estatutos, de forma expresa, que el administrador es retribuido, para así destruir la presunción de gratuidad, y también la determinación de uno o más sistemas concretos para la misma, de suerte que en ningún caso quede a la voluntad de la

junta general su elección o la opción entre los distintos sistemas retributivos, que pueden ser cumulativos pero no alternativos. Por ello procede confirmar la calificación del Registrador, pues al limitarse los estatutos a establecer que la cuantía concreta de la remuneración será fijada por la junta general cada año, es evidente que deja al arbitrio de la junta el concreto sistema de retribución del órgano de administración, con la falta de seguridad que ello supone tanto para los socios actuales o futuros de la sociedad, como para el mismo administrador cuya retribución dependería de las concretas mayorías que se formen en el seno de la junta general.

Resoluciones de 23, 24, 25, 26-6-2014
(BOE 29-7-2014)
Registro Mercantil de Santiago de Compostela

CUENTAS ANUALES. INFORME AUDITOR.

No puede confundirse lo que es un informe de auditoría con opinión denegada (que merece una valoración individualizada a los efectos de depósito, vid. Resolución de 11-3-2014), con el supuesto de no realización del informe, en este caso por falta de examen de las cuentas anuales. Pretender que el escrito del auditor en el que manifiesta que no ha tenido a su disposición las cuentas anuales y otros documentos esenciales equivale a un informe de auditoría emitido a la luz de dichas cuentas (cualquiera que sea la opinión emitida), es absolutamente inaceptable. Cuando, como en el supuesto que nos ocupa, el auditor afirma que no ha tenido a la vista para su estudio las cuentas anuales está afirmando que no ha emitido informe porque no ha podido disponer del objeto de estudio. Es cierto que la terminología que utiliza la legislación sobre auditoría resulta un tanto imprecisa y no es absolutamente coincidente con la utilizada por las normas mercantiles (confróntese el art. 361 del Reglamento del Registro Mercantil), pero lo cierto es que resulta del todo evidente que una cosa es un informe de auditoría con opinión denegada y otra muy distinta un escrito en el que el auditor afirma que no emite informe en absoluto.

Resolución de 30-6-2014
(BOE 29-7-2014)
Registro Mercantil de Cantabria

ACUERDOS. DECLARACIÓN DE NULIDAD. CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES.

La categoría civil de la nulidad y sus consecuencias jurídicas no son de aplicación directa e inmediata en un ámbito, como el mercantil, en el que se tienen en cuenta otros principios susceptibles de protección que conllevan la imposición de distintas consecuencias jurídicas. En caso de nulidad la posición de los terceros debe ser respetada para no hacer ilusoria la protección que el ordenamiento proclama. En el ámbito mercantil, la nulidad alcanza exclusivamente a los actos posteriores que sean del todo incompatibles. De acuerdo con dicha doctrina la Dirección General ha considerado que para que el Registrador Mercantil pueda llevar a cabo la cancelación de los asientos posteriores que puedan resultar incompatibles con el anulado, es precisa una declaración judicial de cuales hayan

de ser estos asientos o, al menos, un pronunciamiento que permita identificarlos debidamente. No incumbe al Registrador determinar cual es el alcance de los efectos producidos por la sentencia presentada. Pero no debe caerse en un rigor formalista injustificado si no cabe albergar duda sobre el alcance cancelatorio. Las sentencias constitutivas firmes no siempre tienen que ir acompañadas de un mandamiento de ejecución de su contenido. Para que tal cosa sea posible es preciso que la propia sentencia contenga todos los requisitos exigidos por las normas registrales para producir la inscripción y, si no hacen referencia al asiento concreto a cancelar, que del conjunto del documento se infiera indubitadamente cual es el asiento a que se refiere. Si existen asientos posteriores que pueden quedar afectados por la declaración de nulidad y respecto de los que la sentencia nada dice, corresponderá a quienes en ello tienen interés, instar la oportuna acción judicial a fin de que, por medio de la oportuna aclaración, determine la posible eficacia de la sentencia respecto de dichos asientos. Y si, como consecuencia de la inscripción de la sentencia firme de declaración de nulidad de acuerdos, resulta una situación que no responda a las exigencias de coherencia y claridad que la legislación sobre el Registro Mercantil demanda, corresponderá a quienes a ello están obligados instar la adopción de acuerdos necesarios para ejecutar la sentencia de nulidad y regularizar la situación jurídica de la sociedad respecto de los actos y relaciones jurídicas afectados. De este modo los administradores deberán convocar a los socios a una junta que resuelva adoptar las medidas adecuadas para regularizar la situación en que se encuentra la sociedad y al objeto de adecuar su situación a lo previsto en el contenido de la sentencia recaída.

Resolución de 1-7-2014
(BOE 1-8-2014)
Registro Mercantil de Murcia

AGRUPACIÓN DE INTERÉS ECONÓMICO. DISOLUCIÓN.

Las AIE se rigen por su normativa especial y, en lo no dispuesto en ella, por las disposiciones relativas a las sociedades colectivas. En ellas predomina el aspecto negocial frente al estructural y el «intuitu personae» frente a la participación en el capital. Cuando la separación de un socio obedece al incumplimiento de los requisitos para serlo o por otra causa establecida en los estatutos, es preciso el consentimiento de todos los demás socios y que el socio apartado lo consienta y, en su defecto, resolución judicial firme. Cuando la pérdida de la condición de socio obedece a una causa objetiva, legal o estatutariamente establecida, —como lo es el concurso de acreedores— bastará acreditar su existencia para la inscripción.

Resolución de 3-7-2014
(BOE 1-8-2014)
Registro de Bienes Muebles de Toledo

MAQUINARIA. ANOTACIÓN DE EMBARGO.

La maquinaria industrial puede ser objeto de hipoteca de tres formas distintas:

- Como parte de un establecimiento mercantil hipotecado (art. 21 LHM y PSD).
- Como consecuencia de una hipoteca inmobiliaria si existe pacto de extensión (art. 111 LH)
- De modo independiente cuando está debidamente identificada e individualizada (arts. 42, 43 y 44 LHM y PSD). En este último caso, la competencia está determinada por el inmueble en que se encuentre, siendo preciso que en él se ubique un establecimiento mercantil al que esté afecto o se halle instalada. La maquinaria es susceptible de hipoteca en cuanto constituye un elemento de producción. Fuera de ese supuesto la ley solo la contempla como mercadería no susceptible de tratamiento individualizado. En el supuesto contemplado se trata de anotación de embargo sobre maquinaria que no ha accedido antes al RBM y en el mandamiento no consta el lugar en que se encuentra (solo el municipio) y la industria a que está afectada. La ley no exige como en la hipoteca expresión explícita de su lugar de emplazamiento e industria a que se destine. Pero es evidente que sin dicha expresión la anotación no puede practicarse al carecer entonces la maquinaria de los requisitos de individualidad y destino exigidos por el ordenamiento y para poder determinar el registro competente.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *DOGC*

por María TENZA LLORENTE

Resolución de 1.617/2014. 2-7-2014

(*DOGC* 17-7-2014)

Registro de la Propiedad de Torredembarra

RECTIFICACIÓN DE DESCRIPCIÓN DE OBRA INSCRITA EN EL REGISTRO.

En lo que respecta a las cuestiones procedimentales, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña reitera los pronunciamientos de otras Resoluciones anteriores en relación a la misma, dada la competencia en materia urbanística que ostenta la Generalidad de acuerdo con el art. 149 del Estatuto de Autonomía y en materia civil, al basarse la cuestión de fondo planteada en la aplicación del Libro V. En relación a la primera de estas materias, la dicción literal del artículo 1 de la Ley 5/2009, de 28 de abril contrasta con la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional de 16-1-2014 antes citada, que parte de la base de que la competencia de la Dirección General de Derecho lo es por motivo de recursos suscitados en materia foral civil, de modo análogo al artículo 478 de la Ley 1/2000, de 7-1-2000, de Enjuiciamiento Civil. Por su parte, ya que en el primer Fundamento de Derecho de la nota se invoca la necesidad de cumplir con las exigencias de las declaraciones de obra nueva, la Disposición Final 1.^a del TR de la Ley de Suelo aprobado por RD Legislativo 2/2008, de 20-6-2008, y siguiendo los pronunciamientos de la STC 61/1997, de 20-3-1997, así como algunas Resoluciones de la DGRN, recordar que

corresponde al Estado determinar qué actos de carácter urbanístico acceden al Registro (art. 51 del TR 2/2008, de 20-6-2008), en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia o los requisitos para que las declaraciones de obra nueva de edificaciones consolidadas por su antigüedad puedan acceder al Registro de la Propiedad, mientras que la normativa de las Comunidades Autónomas (no exclusivamente Cataluña) determina qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa. En relación a los medios de prueba, la Dirección General de Derecho entendió en la Resolución de 27-4-2007, para un supuesto de hecho en que se ampliaba modificaba la obra para hacer constar una planta más de la existente en la finca, que el dato de que de la certificación municipal se acreditara que el Ayuntamiento conoció en fecha determinada la existencia de la planta que no constaba en el Registro y que no había abierto ningún expediente urbanístico sancionador, no permitía entender, por sí solo, que concurría el requisito previsto en la letra b) del mismo art. 52 del RD 1.093/1997, que exige que para inscribir edificaciones de una cierta antigüedad que conste con claridad la fecha de finalización del edificio. No obstante, dado que en este caso la Dirección General de Derecho no subsume el supuesto de hecho en la declaración de obra nueva, considera que no es necesaria la acreditación documental, como se ha indicado. Parte en este punto del art. 64.2 de la Ley 18/2007, de modo análogo a las diferencias que, en sede de exigibilidad de seguro decenal, efectúa el Centro Directivo. Por otra parte, para la cuestión atinente a la necesidad de obtener la licencia de división horizontal, se parte de que, de conformidad con el art. 53 a) del RD 1.093/1997, de 4-7-1997, y la DGRN, sería necesaria salvo que del Registro resulte el número de unidades susceptibles de aprovechamiento independiente. En Cataluña, la exigencia de licencia es impuesta por el art. 187.2.r) del D. Legislativo 1/2010, de 3-8-2010, por el que se aprueba el TR de la Ley de Urbanismo y los artículos 5.1 letra r) y 30 del D. 64/2014, de 13-5-2014, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística. La línea interpretativa que la Dirección General de Derecho sigue en esta Resolución es la sentada ya en pronunciamientos anteriores, como las citadas en su Fundamento de Derecho Tercero (Fundamentos de Derecho Primero de la Resolución de 10-2-2010 y Segundo de las Resoluciones 27-12-2011 y 24-2-2012, que además inciden en la necesidad del transcurso de los plazos de prescripción de la acción de restablecimiento de legalidad urbanística). Pero además, en el presente caso invoca el principio de legitimación del artículo 38 de la LH para fundamentar la existencia de la obra, postura que contrasta con los pronunciamientos judiciales sobre la no extensión del mismo a los datos de hecho. Por último, entiende cubiertas las exigencias del principio de especialidad impuesto por el art. 9 de la LH y más concretamente por los artículos 8.4 de la LH y 553.9 del Libro V, en lo que atañe a la descripción de elementos privativos (por el concreto supuesto de hecho planteado, donde los linderos por planta eran los mismos que los del edificio) y por enumerar someramente algunos de los elementos comunes en los estatutos. Además, en materia de superficies, la Resolución de 14-1-2013 entendió que la precisa descripción de la finca en el título que pretenda su acceso al Registro de la Propiedad, no puede imponer más precisión en cuanto a la descripción de su superficie, que la que afecta a su individualidad, es decir, la total construida y útil, única que puede ser exigida quedando salvado con ello, en cuanto coincidente con la licencia que ha servido de base a la declaración, todos los requisitos administrativos exigibles por la legislación urbanística aplicable.

Resolución de 1.659/2014. 2-7-2014
(DOGC 18-7-2014)
Registro de la Propiedad de Lleida 1

PROPIEDAD HORIZONTAL Y VINCULACIONES «OB REM».

Por lo que respecta al procedimiento, la Dirección General pone de manifiesto las dilaciones que, debido a la remisión a órgano incompetente, se producen en la resolución del recurso. Incluso, de manera incidental y, en contraste con la postura sostenida en la Resolución de esa misma fecha, afirma que el Registrador cuya nota se recurre debió considerar la competencia de esta y haber remitido el recurso a dicha Dirección General, tal como establece el art. 3.3 de la Ley 5/2009, de 28-4-2009. En cuanto al fondo, el supuesto planteado, como alega la notaria en su recurso, es resuelto en el mismo sentido que la Dirección General de Derecho por algunas opiniones de seminarios registrales si bien en estos se considera necesario acreditar una serie de requisitos sobre los que la presente Resolución no se pronuncia y que, tal como se plantea el recurso, se desconocen cuando menos en parte. Así, siguiendo los pronunciamientos ya contenidos en la resolución de fecha 27-5-1983, dado que se trata de una limitación de dominio y, por tanto, es de interpretación restrictiva, han de concurrir estas circunstancias para su admisibilidad: justificación suficiente, proximidad física de las fincas y que no haya impedimentos en los estatutos de ambas propiedades horizontales para la vinculación. En definitiva, si se parte de la base de que las vinculaciones *ob rem* no alteran en modo alguno las propiedades horizontales en que se integran, sino solo el régimen jurídico de los elementos privativos afectados, se concluye en esta Resolución que no es exigible el consentimiento de las juntas respectivas.

Resolución de 1.694/2014. 7-7-2014
(DOGC 22-7-2014)
Registro de la Propiedad de Mont-roig del Camp

CANCELACIÓN DE HIPOTECA POR PRESCRIPCIÓN.

Esta Resolución continúa la doctrina es concordante con la sentada por la Dirección General de los Registros, y la operatividad del art. 82.5 de la LH y con la propia de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña en cuanto a la aplicación en Cataluña de los artículos 128 de la LH y 1.964 del Código Civil, así como la inoperancia del artículo 121.8 del Libro I. En relación a la primera cuestión, es preciso señalar que, según la doctrina emanada de reiterados pronunciamientos de la DGRN se extrae la conclusión de que la regla especial del párrafo quinto del artículo 82 de la LH, introducida mediante la Disposición Adicional 27.^a de la Ley 24/2001, de 27-12-2001, posibilita la cancelación de la hipoteca mediante solicitud del titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada, lo que constituye un supuesto de caducidad o extinción legal del mencionado derecho real inscrito, pero para que opere esta cancelación, por caducidad o extinción legal del derecho, es necesario que haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dicha garantía, o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su

totalidad según el Registro. A este plazo en el mismo precepto legal se añade el año siguiente, durante el cual no resulte del mismo Registro que las obligaciones garantizadas hayan sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca. En cuanto a la segunda cuestión, la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña de 20-7-2009 que considera también inaplicable el artículo 121.8) afirma que a diferencia de lo que el legislador catalán ha hecho con otras pretensiones, acciones o poderes de configuración jurídica, fijando concretos plazos de prescripción o de caducidad o fijando su imprescriptibilidad, ha optado, de momento, por no introducir un plazo propio de duración de la acción hipotecaria, de manera que se mantiene vigente el plazo de veinte años previsto en el artículo 1964 del Código Civil español y en el art. 128 de la Ley Hipotecaria). En cambio, en lo que atañe a la prescripción de la condición resolutoria, los pronunciamientos se inclinan por la aplicación preferente del plazo propio de la legislación catalana, pues para estos supuestos de prescripción, el acto resolutorio del presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17-12-2002 entendió que el plazo de caducidad para tales condiciones era de 30 años, no de 15 como en Derecho Civil común. Así lo sienta también el Tribunal Superior de Justicia, en casación, pues la Sentencia de fecha 12-9-2011 se hace eco tanto de opiniones doctrinales en este sentido y también de la Sentencia de fecha 26-5-2011. Esta postura reviste especial interés si se pone en relación el cómputo del plazo de prescripción, porque según lo que dispone la Disposición Transitoria, letra c), de la Ley 29/2002, de 30-12-2002, «si el plazo de prescripción establecido por esta Ley es más corto que el que establecía la regulación anterior, se aplica lo que establece esta Ley, el cual empieza a contar desde el 1-1-2004. Sin embargo, si el plazo establecido por la regulación anterior, a pesar de ser más largo, se agota antes que el plazo establecido por esta Ley, la prescripción se consuma cuando ha transcurrido el plazo establecido por la regulación anterior». De ello resultaría que a partir de 1-1-2015, esto es, pasado el término de diez años previsto por el artículo 121.20 de la Ley más el de un año a que alude el artículo 82.5 de la LH, pudieran cancelarse por prescripción ciertas inscripciones de hipoteca para las cuales hubiera transcurrido el plazo, posibilidad que queda vedada por la interpretación suscitada en esta Resolución. Por otra parte, respecto de la inaplicación del artículo 121.8, sobre el que también se pronuncia la Resolución 20-7-2009, el Registrador invoca la STS 10-12-2007 según la cual, siguiendo la sentencia de 4-11-2004 también citada en la nota de defectos, el crédito garantizado con hipoteca no prescribe a los quince años, como los créditos ordinarios, sino a los veinte porque de no ser así, y por el tiempo de la diferencia, habría que admitir la existencia de una hipoteca vacía o independiente, o la llamada deuda inmobiliaria, figuras que en no tienen cabida en el Ordenamiento jurídico vigente. En resumen, de conformidad con esta Resolución, el plazo de prescripción de la acción hipotecaria en Derecho civil catalán es el de veinte años.

ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Examen de la jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia*

Completion of the testamentary service for the inheritance of minors

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular
Derecho Civil. UCM*

RESUMEN: El principio general de derecho del interés del menor se establece como principio general prioritario frente a otros. En este pequeño estudio se aborda el análisis de este principio general en el que se incardinan los derechos fundamentales relativos al menor desde los diferentes órganos judiciales establecidos para la defensa de los derechos e intereses legítimos del menor y la tutela de esos derechos e intereses legítimos en relación con las Leyes internas (nacionales y autonómicas) y con el Derecho comunitario y los demás principios generales con los que podría colisionar.

ABSTRACT: *The general principle of law in the child's interest is established as one of the utmost priority. This brief study deals with the analysis of the general principle in which the fundamental rights of minors are embodied. This is done from the point of view of different courts established to defend the legitimate rights and interest of the child, the protection of those and their compliance within national, regional and community laws and any other general principles they might conflict with.*

* Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la profesora doctora doña Cristina de Amunátegui Rodríguez, y en el marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

PALABRAS CLAVE: Principio General de Derecho. Importancia del interés del menor.

KEY WORDS: *General Principle of Law. Importance in the child's interest.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. MARCO JURÍDICO.—II. EL TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS Y EL INTERÉS DEL MENOR.—III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.—IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.—V. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. MARCO JURÍDICO

El artículo 1.1 CC indica que *las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho*. Como es sabido, tras nuestra inclusión en la UE se incluye dentro del rango jerárquico de las normas el Derecho de la UE. También los Convenios Internacionales, una vez se hayan cumplido las formalidades establecidas en los artículos 93 a 96 CE forman parte de nuestro ordenamiento. Por otro lado, el apartado 4º de dicho artículo 1 CC establece que independientemente del carácter informador que tienen *los principios generales del Derecho* de todo el ordenamiento jurídico, al tratarse de fuentes supletorias de Derecho de segundo grado, serán de aplicación en defecto de ley o costumbre. Así pues los principios generales del Derecho son alegables como norma de aplicación a toda relación jurídica, en defecto de ley o costumbre, constituyendo su infracción motivo suficiente para fundamentar el recurso de casación¹.

Realizamos estas precisiones porque el principio objeto de análisis, como vamos a ir observando en las siguientes páginas se configuró primero en los Tratados Internacionales, aparece posteriormente en la jurisprudencia europea y más tarde, se integra a través de la ley de protección jurídica del menor de 1996, siendo desde ese momento el eje fundamental en la jurisprudencia del TS y a su vez la razón de las decisiones de los Juzgados de Primera Instancia y de las Audiencias. Además hoy toda norma de Derecho de Familia lo menciona expresamente y lo incluye desde su Exposición de Motivos hasta su articulado, como fundamento de la misma, como vamos a probar con los anteproyectos y proyectos que se están fraguando en estos momentos.

Así pues, el beneficio del menor se considera como un principio prioritario a otros intereses, por muy legítimos que sean².

El interés del menor es un principio general de Derecho y a su vez se ha convertido en una regla basada en el reconocimiento de la dignidad del menor como sujeto necesitado de protección en todos los ámbitos, lo que a su vez afecta a sus relaciones con terceros, e indirectamente al sistema económico.

La expresión latina *favor filii, o bonum filii* significa a favor del hijo o del menor y alude a aquel principio informador que vincula tanto a la producción normativa como a las resoluciones de los tribunales en materias donde aparezcan los menores³. La aplicación de dicho principio supone que los intereses

en juego en un procedimiento no pueden ser indiferentes para el legislador, y en su caso el juzgador, sino que entre ellos debe primar el interés preferente del menor.

En nuestro ordenamiento, el principio se recoge en la Ley Orgánica 1/96, de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, en los artículos 90, 91, 92, 94 CC en consonancia con el artículo 39 CE, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, (en el año 1959 de manera unánime por todos los 78 Estados miembros que componían entonces la Organización de Naciones Unidas), la cual tuvo su origen en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, de 1924, y recoge 10 principios⁴. Tras dicha Declaración, se firmó la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990⁵. Sin olvidar su inclusión también en la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967⁶, y el Convenio de La Haya de 1996⁷.

Pensemos, por ejemplo, en la custodia compartida: la misma filosofía se encuentra en el artículo 92 del Código Civil⁸, en el Código Civil catalán⁹ y en las normas autonómicas sobre custodia compartida de Aragón¹⁰, Valencia¹¹ y Navarra¹². Aunque en cada una de estas leyes la aproximación a la custodia compartida es diferente.

En Cataluña no se establece preferencia por la guardia y custodia compartida, sino que se acuerda en el plan de parentalidad si los padres así lo pactan salvo que resulte perjudicial para los hijos, debiendo la autoridad judicial en el resto de las ocasiones determinar la forma de ejercer la guarda, compartida o individual, atendiendo al interés del hijo.

En Aragón y en Valencia se dispone, sin embargo, la preferencia de la guardia y custodia conjunta por los progenitores, salvo que la custodia individual sea más conveniente para el hijo, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que debe presentar cada uno de ellos.

En Navarra la ley tampoco se decanta por la preferencia de la custodia compartida dejando plena libertad al Juez o Tribunal para decidir, en interés de los hijos, si es más conveniente establecer la custodia individual o compartida.

Por otro lado debemos recordar cómo a partir de la STS de 8 de octubre de 2009¹³, se ha venido consolidando la jurisprudencia que defiende una interpretación extensiva de esta excepcionalidad y que fija los presupuestos que deben ser exigidos para la adopción del régimen de custodia compartida, con referencias a algunos ejemplos del Derecho europeo y de las Comunidades de Aragón y Valencia¹⁴.

En última instancia debemos tener presente el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio, del Ministerio de Justicia, de 2013, que en su Exposición de Motivos expresamente señala que «La protección del interés superior del menor tendrá como finalidad asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del niño, así como su desarrollo integral»¹⁵.

En resumen, el interés del menor ha pasado de ser una mera declaración de derechos establecidos en los tratados internacionales, cuyo origen se haya en la Declaración de los Derechos del Niño, a tener posteriormente obligatoriedad propia tras la Convención sobre los derechos del niño, donde realmente se considera a los menores como sujetos de protección, y finalmente a ser un principio básico con efectividad práctica en el Derecho Europeo con su traslado a todos los derechos de los estados miembros, y consecuentemente en nuestro ordenamiento jurídico.

Estas consideraciones han tenido su eco en la jurisprudencia del TEDH, y también ha originado diversas decisiones judiciales del TJUE que ha incidido en nuestra jurisprudencia. Pues al formar parte de nuestro ordenamiento los principios existentes en los tratados internacionales son de efectivo cumplimiento por los órganos judiciales a través de los cuales los menores ven protegidos sus derechos e intereses legítimos.

Sin ánimo de ser exhaustivos, por la limitación del trabajo, consideramos conveniente referirnos a varias sentencias que resuelven diferentes problemas planteados ante los Tribunales donde prima el principio objeto de análisis. Son precisamente los Tribunales quienes invocan este principio, que está plenamente de actualidad precisamente por la evolución legislativa y continua que se está produciendo con carácter progresivo en nuestro ordenamiento jurídico.

II. EL TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS Y EL INTERÉS DEL MENOR

El Tribunal de Derechos Humanos se ha pronunciado en multitud de ocasiones en relación con el principio general del interés superior del menor, en diferentes ámbitos.

Desde 1987¹⁶, momento del que tenemos constancia que comenzó a tomar fuerza dicho principio, la evolución del mismo se ha gestado en diferentes ámbitos como el del *derecho al respeto a la vida familiar* fundamentado en el artículo 8 del Convenio (derecho a adoptar¹⁷, privación de la custodia de la hija sin que constituya una injerencia en su vida familiar¹⁸, excepcionalidad de la ruptura del vínculo familiar y necesaria devolución de la custodia de la menor por parte de los abuelos al padre¹⁹, secuestro internacional de menores por sus propios padres²⁰, exclusión del derecho de visita de sus hijos menores por razón de la enfermedad mental del padre²¹ medida de alejamiento de una hija respecto a su padre, e internamiento en un centro de acogida, por sospechas de existencia de abusos sexuales²²) o conectando el *derecho al respeto a la vida privada y familiar con la prohibición de discriminación* (imposición de restricciones en los derechos de visita a su hijo, para una mujer transexual, protegiendo el interés superior del niño²³, o relacionando el *derecho al respeto a la vida privada y familiar* con el principio de igualdad del artículo 14 combinado con el artículo 8 del Convenio (excesiva edad de la recurrente para la realización de la segunda adopción)²⁴.

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

También en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se superpone el interés del menor al de cualquier otro. Por ejemplo, en cuestiones *matrimoniales y de responsabilidad parental* la STJUE, Sala Tercera, de 1 de julio de 2010²⁵, considera que se produce un traslado ilícito de menores y se ordena su restitución en base al artículo 10 del Reglamento 2201/2003 CE al afirmar que «una medida provisional no constituye una «resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor», a efectos de la disposición, y no puede servir de fundamento para transferir la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado ilícitamente»²⁶. Se declara la improcedencia de la denegación de la ejecución de una resolución certificada, en

el Estado miembro de ejecución, por considerar que, debido a una modificación de las circunstancias acaecidas tras haberse dictado, podría suponer un *grave menoscabo del interés superior del menor*.

En idéntico sentido se pronuncia la Sala Tercera, del TJUE en sentencia de 23 de diciembre de 2009²⁷, también en el supuesto de unas medidas provisionales sobre el *derecho de custodia en caso de traslado ilícito del menor por uno de los progenitores*.

El artículo 20 del Reglamento 2201/2003 CE, no permite que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adopte una medida provisional en materia de *responsabilidad parental que otorgue la custodia de un menor* que se encuentra en el territorio de dicho Estado miembro a uno de los progenitores cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer del fondo de litigio sobre la custodia del menor, ya ha dictado una resolución judicial que concede provisionalmente la custodia de dicho menor al otro progenitor y esta resolución judicial ha sido declarada ejecutiva en el territorio del primer Estado miembro.

La STJUE, Sala Tercera, de 2 de abril de 2009²⁸, toma como requisitos a la hora de determinar la guarda de menores y el acogimiento fuera del domicilio familiar, a fin de determinar la residencia habitual del menor: *La duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado*.

Además «en situaciones de urgencia, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, aun no siendo competentes para conocer del fondo del asunto, pueden adoptar medidas provisionales como la guarda de menores previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado y la obligación de informar al órgano competente respecto a la medida adoptada cuando la *protección del interés superior del menor* lo exija.»

La STJUE, Sala Segunda, de 9 de noviembre de 2010²⁹, aborda la cuestión de la *custodia* de un hijo de una ciudadana alemana y un nacional español bajo el prisma del interés superior del menor³⁰.

También la STJUE, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2010³¹, refuerza la supresión del exequátur en materia de *desplazamiento ilícito de menores* frente a la alegación de vulneración de derechos fundamentales del menor.

El Tribunal ordena la ejecución de la resolución judicial que ordena la restitución del menor, certificada por el órgano jurisdiccional competente del Estado de origen conforme al artículo 42 del Reglamento. No puede oponerse a dicha ejecución el órgano jurisdiccional competente del Estado de ejecución por estimar que el órgano judicial del Estado de origen ha vulnerado dicho artículo 42 *al no haberse dado al menor la posibilidad de audiencia*. Existe competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen para apreciar tal vulneración.

La STJUE, Sala Tercera, de 5 de octubre de 2010³², analiza un litigio entre los padres (no casados) de unos menores que se hallan en Inglaterra actualmente con su madre, en relación con la restitución de los mismos a Irlanda y la interpretación del Reglamento en el sentido de que no se opone a que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro supedita la adquisición del derecho de custodia por el padre de un menor, no casado con la madre de este, a que el padre obtenga una resolución del órgano jurisdiccional nacional competente que le confiera tal derecho que puede hacer *ilícito el traslado del menor* por su madre

o la no restitución de este, de acuerdo con los artículos 7 y 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que proclaman el derecho al respeto de la vida privada y familiar y los derechos del menor.

Aquí la STJUE, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2010³³, resuelve sobre la *residencia habitual de un lactante* a efectos de competencia para decidir sobre su custodia. Entiende por «residencia habitual» del menor el lugar que revela una cierta integración del niño en un entorno social y familiar, y en este caso el lactante se encuentra con su madre tan solo desde algunos días antes en otro Estado miembro distinto del de su residencia habitual al que ha sido trasladado.

IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR

La STC 141/2000, de 29 mayo, califica la normativa referida al interés del menor con características de orden público y como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional».

Principio que ha sido estudiado y tenido en cuenta en alguna de sus decisiones judiciales, generalmente supuestos de declaración de desamparo del menor y posterior adopción.

Así, la STC, Sala Primera, 143/1990 de 26 septiembre de 1990³⁴, estima la queja de amparo y reconoce que para darse una tutela judicial efectiva es especialmente necesaria la comparecencia y la audiencia de los padres biológicos, en un caso de adopción plena, ya que la omisión de la mínima diligencia judicial que la impide les coloca en situación de indefensión.

Por otro lado la STC, Sala Primera, 298/1993 de 18 de octubre de 1993³⁵, niega la existencia de indefensión en un procedimiento para la declaración de desamparo de un menor y asunción de la tutela administrativa. La situación de desamparo del hijo de la demandante, y la tutela ejercida por la Junta de Andalucía es necesaria en base al interés del menor.

La STC, Sala Segunda, 187/1996 de 25 de noviembre de 1996³⁶, declara la vulneración de la tutela judicial efectiva sin indefensión que garantiza el artículo 24.1 CE, en un supuesto donde se analiza si se vulnera el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por el abuelo materno de los dos menores, que se opone a la resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia (DGAJ), que les declaraba en situación de desamparo y asumía su tutela, y, a su vez, iniciaba los trámites de acogimiento familiar preadoptivo de los dos menores con familia ajena, suspendiendo las visitas con su familia biológica³⁷.

La STC, Sala Primera, 114/1997 de 16 de junio de 1997³⁸, analiza un supuesto de amparo de una madre biológica en un procedimiento de adopción por un matrimonio que lo tiene en guarda y, posteriormente, en acogimiento alegando la vulneración de varios de los derechos que reconoce y protege el artículo 24 CE (porque en el procedimiento se le ha impedido ejercer sus derechos a la defensa, a la asistencia letrada, a la prueba y, en general, a un proceso con todas las garantías...) ³⁹.

Incluso el ATC, Sala Primera, 28/2001 de 1 de febrero de 2001⁴⁰, determina que el interés del menor es cuestión de jurisdicción ordinaria y consiguientemente no hay potestad revisora del Tribunal Constitucional⁴¹.

V. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Comenzamos este apartado tan importante mencionando la magnitud del principio del *interés del menor en la fijación de doctrina jurisprudencial* establecida por la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de julio de 2009, en relación con la *declaración de desamparo de menores*⁴².

El Tribunal Supremo establece como doctrina dos cuestiones, primero, que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo, contemple la existencia de un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se declaró con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Y segundo, el modo en que *debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias* que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica.

El *favor filii* en este tema tan importante ha sido tenido en cuenta en sentencias posteriores como en la de la Sala Primera, de lo Civil, de 21 de febrero de 2011⁴³, que estima la oposición a la resolución administrativa que declaraba al menor en situación de desamparo. De manera que se acuerda que sea el padre biológico quien ostente la guarda y custodia de su hijo, en base al valor superior del niño, excluyéndose a la madre por ser inhábil para la educación del menor teniendo en cuenta sus condiciones personales. El padre tiene una vida relativamente adaptada, siendo beneficioso para el menor su reinserción en su propia familia. No obstante se trata de una atribución condicionada, ya que deben ser los Servicios Sociales los que deben llevar a cabo un seguimiento de la evolución del menor.

Definitivo resulta el principio general del interés superior del menor en la *declaración de la privación de la patria potestad* de los padres biológicos sobre su hijo declarado en situación de desamparo y en la actualidad en situación de acogimiento preadoptivo supuesto que fue objeto de análisis por la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 6 de junio de 2014⁴⁴. Los progenitores incumplieron de forma grave y reiterada sus deberes, ya que el niño estaba incurso en una situación de verdadero riesgo, abandono y desprotección (sufría lesiones relevantes y poco frecuentes y un severo retraso del proceso madurativo con estado de privación afectiva) de ahí que la Administración tuviera que intervenir alertada por los servicios médicos. La privación de la patria potestad se declara porque no se han modificado las circunstancias tenidas en cuenta al declararse su desamparo puesto que los padres no están capacitados para atender a su hijo y además el menor está totalmente integrado con sus padres acogedores.

El incremento de la inestabilidad familiar y la posterior ruptura tanto del matrimonio como de las uniones de hecho ha dado lugar a que los temas que más han sido objeto de análisis por el Alto Tribunal sean los referidos a *la guarda y custodia*, y especialmente, el *supuesto de la custodia compartida*, siempre teniendo en cuenta el interés del menor.

Así, la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de julio de 2011⁴⁵, declara la *denegación de la guarda y custodia compartida* por no convenir al interés primordial de los menores. La excepcionalidad de este tipo de guarda y custodia según el artículo 92.8 CC, se refiere a que *puede ser adoptada por el juez a falta de acuerdo entre los cónyuges, no a que existan circunstancias específicas para acordarla*. Las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, sino que solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.

También la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de abril de 2012⁴⁶, deniega la constitución de la guarda y custodia compartida en este caso en base a 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, lo que no ocurre en el caso de autos.

La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de mayo de 2012⁴⁷, casa la sentencia de apelación por considerar precisamente que *en ella no se tuvo en cuenta, más que de forma retórica, el interés del menor, por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida pedida únicamente por el padre*. De manera que procede a su concesión dejando la determinación de su ejercicio para la ejecución de la sentencia, con ajuste a las bases fijadas por el Tribunal Supremo.

La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de julio de 2011⁴⁸, mantiene la continuidad de la guarda y custodia compartida de la menor establecida en instancia por considerar que la medida no tiene carácter *excepcional y restrictiva*, sino que, al contrario, debe considerarse la más normal, teniendo en cuenta siempre el principio del interés de la menor⁴⁹.

Es tanta la importancia y prevalencia de este principio jurídico como ha indicado la Sala Primera del TS en Sentencia de 20 de noviembre de 2013⁵⁰, que ante la inestabilidad emocional de la madre y tras una modificación de medidas se atribuye al esposo tanto la guarda y custodia de la hija adoptada por la pareja como la de la otra niña cuya filiación paterna, tras la impugnación judicial realizada por el esposo, había quedado determinada en favor de un tercero. Así se declaró por el Juzgado de primera instancia, y fue revocado por la sentencia de la AP que asignó a la madre la guarda y custodia de ambas niñas, sin señalar régimen de visitas a favor del esposo respecto de la niña cuya paternidad no le correspondía. Pero el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el esposo confirmando la del Juzgado.

La Sala partiendo de que lo que ha de prevalecer es el interés superior de la menor, señala que la inexactitud en la determinación de la paternidad no impide el derecho a tener contacto entre padre y menor cuando toda la prueba valorada pone en evidencia la existencia de vínculos afectivos que hacen inviable la extinción de la relación familiar existente entre ambos.

Por ello el Alto Tribunal tiene en consideración que la menor ha permanecido con el esposo largo tiempo⁵¹, y, precisamente por el interés público que informa estos procedimientos con relación a los hijos menores de edad, instaura *una medida intermedia y extraordinaria* que, si bien no está contemplada entre las que pueden adoptarse en el artículo 92 CC con carácter definitivo en los procesos matrimoniales, permite atender a la *protección del interés de ambas hermanas*, que han convivido juntas tanto bajo la guarda y custodia del recurrente como de la recurrida, y que vuelven a estar juntas en una situación estable y adaptada a la unidad familiar formada por el recurrente y su nueva esposa, con la que tiene un hijo de corta edad, teniendo como tiene esta capacidad para asumir el cuidado de las menores, sin perjuicio de que la medida pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias permitan otra distinta que conjugue todos los intereses en juego.

La ruptura matrimonial o de las simples uniones de hecho trae consigo también el problema de la *vivienda familiar*, más aun en estos tiempos de crisis económica. La *atribución del uso* de la misma ha sido objeto también de un pormenorizado estudio jurisprudencial.

En 2002, la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de julio⁵² afirmó el derecho de la hija menor de edad nacida de una unión no matrimonial al *uso de la vivienda familiar* mientras conviva con la madre y en tanto carezca de recursos propios e independientes. *La tutela del menor afectado es el bien que se debe garantizar en todo caso mediante la compulsa judicial de la observancia de sus derechos.*

También en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011⁵³, continúa con dicha doctrina y confirma la aplicación analógica, para el supuesto de una unión no matrimonial, del artículo 96 CC, que establece que en defecto de acuerdo de los cónyuges, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Se trata de una regla taxativa, que no permite interpretaciones limitadoras como la realizada por el tribunal de apelación, que impuso un uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar «hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes». El artículo 96.1 CC no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo.

Así pues con esta sentencia el TS formula como doctrina 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 CC.

También la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 13 de julio de 2012⁵⁴, atribuye el uso de la vivienda familiar al hijo sin límite temporal en aplicación de la doctrina jurisprudencial que interpreta el artículo 96 CC en el sentido de la protección del interés del menor.

Un caso muy especial se analiza en el supuesto de la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de octubre de 2011⁵⁵. En ella se atribuye el uso de la vivienda familiar de forma temporal a la menor y a su madre que ejerce la guarda y custodia. En este caso la vivienda pertenece a los padres del esposo pero además los cónyuges disponen de otra vivienda en propiedad que tienen alquilada a un tercero.

Se establece como plazo del uso de la vivienda perteneciente a los abuelos hasta el momento de rescisión del contrato de arrendamiento de la vivienda propiedad de los cónyuges o el momento en el que la desalojen los inquilinos si dicho desalojo se produce con anterioridad a la finalización legal del contrato. A partir de ese momento la esposa habrá de ocupar como vivienda habitual la que es propiedad de ambas partes, debiendo abandonar inmediatamente la vivienda propiedad de los padres del marido.

Además el TS afirma como doctrina jurisprudencial que *el juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos.*

Resulta interesante recordar que debe darse la preeminencia del principio del *bonum filii* en toda filiación, sea matrimonial o extramatrimonial, en un tema tan importante como es el del *derecho de comunicación y visitas*, sin olvidar el *derecho a continuar con las relaciones personales del menor y sus allegados*.

La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009⁵⁶, en relación con el régimen de visitas entiende que no cabe la impugnación de la supresión por el tribunal de apelación de la medida relativa a la pernocta de la hija menor en el domicilio del padre dos días entre semana por suponer una custodia compartida no acordada por los progenitores ni aconsejada por el equipo psicosocial del juzgado.

El Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador la normativa relativa al interés del menor debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales. Lo que significa que debe delimitar la realidad en cada caso concreto y determinar cuál es el interés del menor.

La STS, Sala Primera, de lo Civil de 12 de mayo de 2011⁵⁷, establece un régimen de *relaciones personales entre un menor y la excompañera de su madre biológica*, por aplicación del principio constitucional de protección del menor, puesto que aquella tiene la categoría jurídica de «allegado» a la que alude el artículo 160 CC, lo que le da derecho a relacionarse personalmente con el niño. La extensión del derecho del menor de relacionarse con sus allegados es una cuestión que debe ser decidida por el juez en base a las circunstancias.

La ruptura familiar trae consigo también el problema de los *alimentos y su cuantificación*.

La Sala Primera del Alto Tribunal impone el principio general objeto de nuestra atención para la resolución de cuestiones relativas a *alimentos* (muy conectadas a los desajustes producidos por la crisis económica). La sentencia de 10 febrero de 2014⁵⁸, afirma que en la modificación de medidas relativa a alimentos, debe probarse por el progenitor alimentante que ha tenido lugar una alteración sustancial de circunstancias tenidas en cuenta al cuantificarse la pensión alimenticia en el convenio regulador, homologado judicialmente pues es en ese momento cuando se valoró el interés de los menores y en este momento no se justifica la vulneración de la doctrina sobre el *favor filii*.

Por otro lado, también se acude al criterio del *bonum filii* para reafirmar la *cuantificación de la pensión* que no puede ser objeto de modificación en casación salvo que resulte vulnerado el principio de proporcionalidad, y elevar su importe a abonar por el padre en favor de su hijo en atención a los gastos y necesidades del menor alimentista y a los ingresos del progenitor alimentante (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de marzo de 2014)⁵⁹.

Por último indicar que el alcance del principio llega también a otros temas fuera del alcance de la familia, como ocurre en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de mayo de 2013⁶⁰, donde el Alto Tribunal se decanta por la *prevalencia del interés del menor sobre el derecho a la información*, tras haberse producido la inclusión en el video de una campaña electoral la imagen de un niño grabada previamente por la televisión pública cuando cubrió el acto de inauguración de una escuela a la que acudieron personalidades políticas. Su imagen era irrelevante para la información que se daba y su anonimato debió quedar garantizado. En todo caso, tratándose de menores, la difusión de cualquier imagen de estos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BLAS ORBAN J. M: «La fundamentación del recurso de casación por infracción de las normas del ordenamiento y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», en *Diario La Ley*, 1989, pág. 832, tomo 3, Editorial La Ley. La Ley 16640/2001.

MARTÍNEZ MORA, G: «Favor Filii» en *Enciclopedia Jurídica*. La Ley 2562/2008.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

- STEDH, Sección 2ª, de 10 de julio de 2012, rec. 4320/2011. La Ley 133082/2012. Caso B contra Bélgica.
- STEDH, Sección 3ª, de 30 de noviembre de 2010, rec. 35159/2009. La Ley 231520/2010. Caso P. V. contra España.
- STEDH, Sección 1ª, de 10 junio de 2010, rec. 25762/2007. La Ley 128677/2010. Caso SCHWIZGEBEL contra Suiza.
- STEDH, Sección 3ª, de 26 de mayo de 2009, rec. 4023/2004. La Ley 205746/2009. Caso AMANALACHIOAI contra Rumanía.
- STEDH, Sección 2ª, de 24 de febrero de 2009, rec. 29768/2005. La Ley 34547/2009. Caso ERRICO contra Italia.
- STDHE, Sección 3ª, de 26 de julio de 2007, rec. 35109/2002. La Ley 139567/2007. Caso SCHMIDT contra Francia.
- STDEH, Sección 5ª, Sentencia de 10 de mayo de 2007, rec. 76680/2001. La Ley 52448/2007. Caso SKUGOR contra Alemania.
- STEDH, Sección 2ª, de 22 de junio de 2004, rec. 78028/2001. La Ley 147800/2004. Caso PINI, BERTANI, MANERA y ATRIPALDI contra Rumanía.
- STEDH de 8 de julio de 1987.
- STJUE, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2010, rec. C-491/PPU/2010. Ponente: TIZZANO, A. La Ley 217545/2010.
- STJUE, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2010, rec. C-497/PPU/2010. Ponente: LEVITS, E. La Ley 217546/2010.
- STJUE, Sala Segunda, de 9 de noviembre de 2010, rec. C-296/2010. Ponente: A. ROSAS. La Ley 195035/2010.
- STJUE, Sala Tercera, de 5 de octubre de 2010, C-400/2010. Ponente: KOEN LENAERTS. La Ley 198981/2010.
- STJUE, Sala Segunda, de 15 de julio de 2010, rec. C-256/2009. Ponente: ROSAS, A. La Ley 104007/2010.
- STJUE, Sala Tercera, de 1 de julio de 2010, rec. C-211/201. Ponente: ENDRE JUHÁSZ. La Ley 141427/2010.
- STJUE, Sala Tercera, de 23 de diciembre de 2009, rec. C-403/2009. Ponente: MALENOVSKÝ, J. La Ley 237335/2009.
- STJUE, Sala Tercera, de 2 de abril de 2009, rec. C-523/2007. Ponente: CUNHA RODRIGUES. La Ley 23067/2009.
- STJUE, Sala Tercera, de 11 julio de 2008, rec. C-195/PPU/2008. Ponente: CUNHA RODRIGUES. La Ley 152049/2008.
- STC, Sala Primera, 114/1997 de 16 de junio de 1997, rec. 71/1995. Ponente: Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA. Número de sentencia: 114/1997. La Ley 7686/1997.
- STC, Sala Segunda, 187/1996 de 25 de noviembre de 1996, rec. 1815/1994. Ponente: Fernando GARCÍA-MON y GONZÁLEZ REGUERAL. Número de sentencia: 187/1996. La Ley 507/1997.
- STC, Sala Primera, 298/1993 de 18 de octubre de 1993, rec. 1888/1992. Ponente: Pedro CRUZ VILLALÓN. Número de sentencia: 298/1993. La Ley 2341-TC/1993.
- STC, Sala Primera, 143/1990 de 26 septiembre de 1990, rec. 373/1988. Ponente: Jesús LEGUINA VILLA. Número de sentencia: 143/1990. La Ley 1550-TC/1990.
- ATC, Sala Primera, 28/2001 de 1 de febrero de 2001. Número de sentencia: 28/2001. La Ley 27257/2001.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de junio de 2014, rec. 718/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 315/2014. La Ley 64162/2014.

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de marzo de 2014, rec. 2840/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 165/2014. La Ley 31837/2014.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de febrero de 2014, rec. 2680/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 15/2014. La Ley 17639/2014.
- STS, Sala Primera, de 20 de noviembre de 2013, rec. 83/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. *Diario La Ley*, número 8228, Sección Jurisprudencia, 14 de enero de 2014, Año XXXV, Editorial *La Ley*. La Ley 6803/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 8 de mayo de 2013, rec. 1241/2010. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 311/2013. La Ley 91380/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de julio de 2012, rec. 1148/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 499/2012. La Ley 134899/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 25 de mayo de 2012, rec. 1395/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 323/2012. La Ley 72578/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de abril de 2012, rec. 467/2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 261/2012. La Ley 56727/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de octubre de 2011, rec. 1069/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 695/2011. La Ley 194732/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de julio de 2011, rec. 813/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 579/2011. La Ley 119736/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2011, rec. 1221/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 496/2011. La Ley 111554/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil de 12 de mayo de 2011, rec. 1334/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 320/2011. La Ley 52207/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 1 de abril de 2011, rec. 1456/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 221/2011. La Ley 14453/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de febrero de 2011, rec. 1186/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 84/2011. La Ley 1229/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, rec. 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 623/2009. La Ley 192180/2009.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, rec. 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. La Ley 184085/2009.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de julio de 2009, rec. 247/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 565/2009. La Ley 184099/2009.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de julio de 2002, rec. 4310/1997. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de sentencia: 728/2002. La Ley 130380/2002.

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959.
- Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967.
- Convenio de La Haya de 1996.
- Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

- Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000.
- Constitución Española en el artículo 39 CE.
- Ley Orgánica 1/96, de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, en los artículos 90, 91, 92, 94 CC.
- Código Civil en el artículo 92.
- Código Civil catalán en el artículo 233-11.
- Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.
- Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. (DOCV núm. 6495 de 05 de Abril de 2011 y BOE núm. 98 de 25 de Abril de 2011).
- Ley foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. (Texto publicado en *BON* núm. 60 de 28 de marzo de 2011).
- Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio, del Ministerio de Justicia, de 2013.

NOTAS

¹ BLAS ORBAN J. M.: «La fundamentación del recurso de casación por infracción de las normas del ordenamiento y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», en *Diario La Ley*, 1989, pág. 832, tomo 3, Editorial La Ley. La Ley 16640/2001.

² Estos son los principios relacionados con el interés del menor:

— La separación, divorcio y nulidad no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

— El derecho de los hijos a ser oídos.

— La privación de la patria potestad solo cuando en el proceso se revele causa para ello.

— La posibilidad de los padres de acordar en el convenio regulador o el Juez decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

— La posibilidad de acordar los padres el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos.

— El Juez adoptará la medida de guarda y custodia compartida, previo informe del Ministerio Fiscal (no vinculante), tras oír a los menores que tengan suficiente juicio y valorar las alegaciones y pruebas realizadas.

— La exclusión del ejercicio de la guarda y custodia conjunta por quien incurra en las causas previstas en el apartado 7º.

— La posibilidad de establecer la guarda y custodia compartida excepcionalmente por el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco, fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

— La posibilidad de intervención de especialistas debidamente cualificados para dictaminar sobre la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

³ MARTÍNEZ MORA, G.: «Favor Filii» en *Enciclopedia Jurídica*. La Ley 2562/2008.

⁴ Sus 10 artículos hacen referencia a los siguientes derechos:

1. El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión, idioma, nacionalidad, sexo, opinión política...
2. El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social.
3. El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.

4. El derecho a una alimentación, vivienda y atención médica adecuada.
5. El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.
6. El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.
7. El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.
8. El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia.
9. El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.
10. El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

⁵ Recordemos que tiene como fundamento la especial condición de seres humanos de los menores que, por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de protección especial. Es el primer tratado vinculante a nivel internacional que reúne en un único texto sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

Por ejemplo el artículo 9.1 dice que «Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el *interés superior del niño*. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño...».

9.3. «Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al *interés superior del niño*.»

9.4. «Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el *bienestar del niño*. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.»

⁶ Que establece que «en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación».

⁷ Su objeto es «determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño;...» determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental (que comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño). Artículo 1.

⁸ Artículo 92.

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.
2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.
3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.
5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.
 7. No procederá la guarda conjunta 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 o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.
 8. Excepcionalmente, aún cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Recordemos que el inciso «favorable» contenido en el apartado 8.º del artículo 92, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha sido declarado inconstitucional y nulo por Sentencia TC (Pleno) de 17 de octubre de 2012. La Providencia TC (Pleno) de 30 de noviembre 2010, admite a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad 5755/2010 y 6817-2010, en relación con el artículo 92.8 del Código Civil, en la redacción dada por Ley 15/2005, de 8 de julio, por posible vulneración de los artículos 117, 24.1, 14 y 39 CE («BOE» 13 diciembre). Cuestión de inconstitucionalidad 5755/010 (en relación con el art. 92.8 del Código Civil) Cuestión de inconstitucionalidad 6817/2010 (en relación con el art. 92.8 del Código Civil).
 9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.
- ⁹ Artículo 233-11 CC catalán. Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda.
1. Para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, es preciso tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los siguientes criterios y circunstancias ponderados conjuntamente:
 - 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 procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.
 - c) La actitud de cada uno de los progenitores para 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.
 - g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.
 2. En la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen.
 3. En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios

fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.

¹⁰ Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. En la propia Exposición de Motivos se concreta que «esta Ley tiene por objeto regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, promoviendo el ejercicio de la custodia de forma compartida por ambos, en desarrollo de los principios rectores contenidos en el Estatuto de Autonomía de Aragón de protección de la familia y la infancia y de igualdad entre el hombre y la mujer.»... «La preocupación por la protección del menor y de la familia ha sido una constante en las democracias más desarrolladas. Este principio se reconoce en el artículo 39 de la Constitución Española, y en el Estatuto de Autonomía de Aragón, cuyo artículo 24 impone a los poderes públicos aragoneses adoptar políticas que garanticen la protección de las relaciones familiares y la igualdad entre el hombre y la mujer. Igualmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño.»

¹¹ Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. (DOCV núm. 6495 de 5 de abril de 2011 y BOE núm. 98 de 25 de abril de 2011). En el preámbulo se indica que «La preocupación creciente por asegurar el más correcto y adecuado desarrollo del interés superior de cada menor ante las situaciones de crisis familiar, viene siendo especialmente sentida en nuestra sociedad. Y, de manera particular, existe una demanda creciente para que, en los casos de ruptura o no convivencia entre los progenitores, la convivencia con los hijos e hijas menores haga compatible ese principio fundamental del interés superior de cada menor, con el principio de igualdad entre los progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos, tal y como fue proclamado por la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.»

¹² Ley foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. (Texto publicado en BON núm. 60 de 28 de marzo de 2011). Su preámbulo indica que «En los supuestos de ruptura de la convivencia, la guarda y custodia de los hijos comunes es uno de los asuntos más delicados a resolver. La regulación actual contenida en el Código Civil, aunque contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica en excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres, condicionándose al informe favorable del Ministerio Fiscal.

La presente Ley Foral pretende corregir estos supuestos, en línea con la realidad social actual, apostando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores.»

¹³ La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, (rec. 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 623/2009. La Ley 192180/2009), analiza el supuesto de otorgar la custodia compartida de un menor tras la ruptura de la unión matrimonial de sus padres.

El Tribunal entiende que ha habido una falta de motivación de la sentencia de apelación que denegó la custodia compartida únicamente en base a la falta de conocimiento del domicilio de los padres, lo que no es cierto, y en la no permanencia de los menores en un domicilio estable, cuando es consustancial a la guarda y custodia compartida que los hijos vivan con sus padres en domicilios cambiantes. Exige, además, la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse sentencia de apelación, para que vuelva a dictarse sentencia que argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida.

¹⁴ Dice la STS que «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.»

¹⁵ En la Exposición de Motivos se indica que «La presente reforma pretende asumir plenamente los presupuestos antes mencionados, sin perjuicio de las especialidades de las Comunidades Autónomas en las que exista un Derecho Civil Foral propio y, para garantizarlos adecuadamente, se considera necesario concienciar a los progenitores sobre la necesidad de presentar y la importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, en relación con los hijos. Ese plan debe incorporarse al proceso judicial (arts. 770 y 777 LEC), y será un instrumento para concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que se detallarán los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, así como en el orden económico. Sin imponer una modalidad concreta de organización, con ello se alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso (arts. 90 y 91 CC), a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos.»

¹⁶ STEDH de 8 de julio de 1987. La Ley 3663/1987. La cuestión a zanjar en tal procedimiento consiste en la restitución de los derechos paternos relativos a la custodia y al control del menor. Considera el Tribunal que la determinación del derecho paterno se cuestiona igualmente cuando, durante la vigencia de la orden o resolución, un padre aduce que la continuación o renovación de las visitas repercute en el interés del menor.

¹⁷ STEDH, Sección 2ª, de 22 de junio de 2004, rec. 78028/2001. La Ley 147800/2004. Caso PINI, BERTANI, MANERA y ATRIPALDI contra Rumanía. Se analiza el derecho a adoptar. Se produce un rechazo de las menores a partir para Italia para reunirse con sus padres adoptivos. Las autoridades no están obligadas a asegurar la salida de las menores hacia Italia contra su voluntad e ignorando los procedimientos judiciales pendientes, dirigidos a poner en cuestión la legalidad y el fundamento de las decisiones iniciales de adopción en base a la prevalencia del interés de las menores.

¹⁸ STDHE, Sección 3ª, de 26 de julio de 2007, rec. 35109/2002. La Ley 139567/2007. Caso SCHMIDT contra Francia. Se estudia si se debe declararse la privación de la custodia de la hija sin que constituya una injerencia en su vida familiar. Justificación de la adopción de medidas de protección de la menor en base a su interés superior ante la existencia de circunstancias familiares que pudieran comprometer gravemente el equilibrio psicológico y el desarrollo de la niña ya que se ha producido una falta de cuidados y de educación de la niña, siendo sometida incluso a malos tratos y la existencia, además, de una enfermedad mental por el padre. Se resuelve declarando la inexistencia de vulneración del artículo 8 del Convenio y la prevalencia del interés de la menor sobre el de los padres a la reunificación familiar.

¹⁹ STEDH, Sección 3ª, de 26 de mayo de 2009, rec. 4023/2004. La ley 205746/2009. Caso AMANLACHIOAI contra Rumanía. Tras haberse producido el no reintegro de una hija con el padre titular de la custodia por parte de los abuelos maternos, tras un período temporal por vacaciones en que la menor se había trasladado con ellos se alega la pasividad de las autoridades que consolida una situación ilícita. Se alega el incumplimiento por las autoridades del principio del interés del menor que requiere que solo circunstancias muy excepcionales puedan llevar a una ruptura de una parte del vínculo familiar y que deban adoptarse por su parte todas las medidas necesarias para mantener las relaciones personales y, en su caso, reconstituir el vínculo familiar. Las autoridades penales han dictado su decisión definitiva dos años y medio después de la denuncia del recurrente contra los abuelos, que se negaron a ejecutar tanto la decisión cautelar como la decisión judicial definitiva. Se declara que hay un perjuicio para el padre que se ha visto imposibilitado para ejercer sus derechos parentales, para participar en la educación y desarrollo de su hija y para tener contacto con ella. Vulneración del artículo 8 del Convenio.

²⁰ STEDH, Sección 2ª, de 10 de julio de 2012, rec. 4320/2011. La Ley 133082/2012. Caso B. contra Bélgica. Ante un supuesto de secuestro internacional de menores por su propia madre y la existencia de una orden de regreso a EEUU, decretada por la jurisdicción belga, de una menor cuya patria potestad y custodia les fue atribuida de forma compartida a ambos progenitores, y que fue trasladada a Bélgica por la madre sin permiso del padre ni del juez. El regreso forzoso no puede considerarse necesario en una sociedad democrática y habría violación del artículo 8 del Convenio si la decisión que ordena el regreso fuera ejecutada. El interés del menor exigía no separarle de su madre por el hecho de que esta era la única persona de referencia en el plano afectivo y tal separación podía tener consecuencias nefastas sobre el desarrollo psicológico de la niña. Decisión del tribunal en contra del dictámen del MF que, sospechando un riesgo de situación intolerable, había recomendado proceder a investigaciones suplementarias pronunciándose en contra del regreso inmediato.

²¹ STDEH, Sección 5ª, Sentencia de 10 de mayo de 2007, rec. 76680/2001. La ley 52448/2007. Caso SKUGOR contra Alemania. Exclusión del derecho de visita de sus hijos menores por razón de la enfermedad mental del padre. La injerencia de las autoridades internas en la vida familiar del recurrente está prevista legalmente y resulta necesaria en una sociedad democrática. Prevalencia del interés superior de los menores. Consta acreditado el trauma de los hijos por el comportamiento del padre cuando se encontraba bajos los efectos de su enfermedad psíquica. Rechazo del recurrente de someterse a control médico de su padecimiento y falta de presentación de alegaciones escritas en defensa de sus intereses en las distintas audiencias públicas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima la no vulneración del artículo 8 del Convenio de Derechos Humanos por exclusión temporal del derecho de visitas del padre respecto de sus hijos.

²² STEDH, Sección 2ª, de 24 de febrero de 2009, rec. 29768/2005. LA LEY 34547/2009. Caso ERRICO contra Italia. Medida de alejamiento de una hija respecto a su padre, e internamiento en un centro de acogida, por sospechas de existencia de abusos sexuales. Justificación, en interés de la menor, del carácter urgente y no contradictorio de la medida, que legitimaba la suspensión del derecho a la patria potestad y el derecho de visita del recurrente así como la injerencia en el derecho del interesado al respeto de su vida familiar. Retraso injustificado en la conclusión de la investigación sobre los supuestos abusos que impide el restablecimiento de la vida familiar. Dilación de quince meses en resolver el sobreseimiento y archivo de la causa solicitado por la Fiscalía que han impedido restaurar la vida familiar del recurrente con su hija, en interés de ambos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara vulnerado el derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizado en el artículo 8 del Convenio.

²³ STEDH, Sección 3ª, de 30 de noviembre de 2010, rec. 35159/2009. La Ley 231520/2010. Caso P. V. contra España. Discriminación por razón de sexo. Transexualidad. Modificación del régimen de visitas al hijo de la recurrente por su condición de transexual. Justificación por la protección de los intereses del hijo menor ante la inestabilidad psicológica del progenitor. El Tribunal estima que para las jurisdicciones españolas la transexualidad de la demandante no era el motivo determinante de la restricción del régimen de visitas inicial y lo que han tenido en cuenta es la situación de inestabilidad emocional, primando el interés superior del menor, por lo que constata la inexistencia de una violación del artículo 8 combinado con el artículo 14 del Convenio.

²⁴ STEDH, Sección 1ª, de 10 junio de 2010, rec. 25762/2007. La Ley 128677/2010. Caso SCHWIZGEBEL contra Suiza. Discriminación por razón de edad. Prohibición de una segunda adopción en atención a la excesiva edad de la solicitante. Inexistencia de diferencia de trato operada por el Estado en situaciones análogas o comparables. Existencia de un fundamento objetivo y razonable para rechazar la autorización. La diferencia de edad entre la recurrente, de 49 años, y el niño a adoptar, se situaría entre 46 y 48 años, lo que se considera excesivo, y en ningún caso compatible con el interés del menor. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara la inexistencia de vulneración del artículo 14 que garantiza la prohibición de discriminación, combinado con el artículo 8 que establece el derecho al respeto a la vida privada y familiar, a pesar de la prohibición de las autoridades a una segunda adopción de la recurrente motivada en su excesiva edad.

²⁵ STJUE, Sala Tercera, de 1 de julio de 2010, rec. C-211/ 201. Ponente: ENDRE JUHÁSZ. La Ley 141427/2010. Litigio entre los padres de una menor en relación con la restitución a Italia de la niña, que se halla en Austria con su madre, y con el derecho de custodia.

²⁶ «Una resolución dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución que atribuye un derecho de custodia provisional y se considera ejecutiva conforme al Derecho de dicho Estado no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada dictada anteriormente por el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen y que ordena la restitución del menor.»

²⁷ STJUE, Sala Tercera, de 23 de diciembre de 2009, rec. C-403/2009. Ponente: J. MALE-NOVSKÝ. La Ley 237335/2009.

²⁸ STJUE, Sala Tercera, de 2 de abril de 2009, rec. C-523/2007. Ponente: CUNHA RODRIGUES. La ley 23067/2009.

²⁹ STJUE, Sala Segunda, de 9 de noviembre de 2010, rec. C-296/2010. Ponente: A. ROSAS. La Ley 195035/2010.

³⁰ El Tribunal de Justicia resuelve la cuestión prejudicial planteada sobre la interpretación del Reglamento 2201/2003 CE del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. El hecho de que se incoe ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro un procedimiento de medidas provisionales o de que se adopte una resolución en el marco del mismo y que no se desprenda de la demanda, o de la resolución, que dicho órgano es competente en el sentido del Reglamento, no excluye necesariamente que exista, según lo permita el Derecho nacional de ese Estado, una demanda sobre el fondo vinculada a la demanda de medidas provisionales y que contenga datos que demuestren que el órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado el asunto es competente. Continuación del examen de la demanda por el segundo juez cuando, a pesar de los esfuerzos realizados para recabar información de la parte que alega la litispendencia, del primer órgano jurisdiccional y de la autoridad central, y tras esperar respuesta durante un plazo razonable, no dispone de ningún dato que permita determinar el objeto y la causa de la demanda interpuesta ante ese otro órgano jurisdiccional y que demuestre la competencia del mismo, y cuando el interés del menor exija la adopción de una resolución judicial que pueda ser reconocida en otros Estados miembros distintos del Estado miembro del segundo órgano jurisdiccional.

³¹ STJUE, Sala Primera, de 22 Dic. 2010, rec. C-491/PPU/2010. Ponente: TIZZANO, A. La Ley 217545/2010. No devolución por la madre que actualmente vive en Alemania con la hija al padre custodio que vive en España tras pasar con aquella unas vacaciones.

³² STJUE, Sala Tercera, de 5 de octubre de 2010, C-400/2010. Ponente: KOEN LENAERTS. La Ley 198981/2010.

³³ STJUE, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2010, rec. C-497/PPU/2010. Ponente: LEVITS, E. La Ley 217546/2010. El Tribunal de Justicia resuelve la cuestión prejudicial planteada sobre la interpretación del Reglamento 2201/2003 CE del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que se presentó en el marco del litigio suscitado entre los padres de una menor sobre el derecho de custodia sobre la misma.

³⁴ STC, Sala Primera, 143/1990 de 26 septiembre de 1990, rec. 373/1988. Ponente: Jesús LEGUINA VILLA. Número de sentencia: 143/1990. La Ley 1550-TC/1990.

³⁵ STC, Sala Primera, 298/1993 de 18 de octubre de 1993, rec. 1888/1992. Ponente: Pedro CRUZ VILLALÓN. Número de sentencia: 298/1993. La Ley 2341-TC/1993.

³⁶ STC, Sala Segunda, 187/1996 de 25 de noviembre de 1996, rec. 1815/1994. Ponente: Fernando GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ REGUERAL. Número de sentencia: 187/1996. La Ley 507/1997.

³⁷ Es precisamente el abuelo quien en su escrito recuerda la especial protección que debe otorgarse en la litis al interés superior de los menores.

³⁸ STC, Sala Primera, 114/1997 de 16 de junio de 1997, rec. 71/1995. Ponente: Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA. Número de sentencia: 114/1997. La Ley 7686/1997.

³⁹ No resulta ocioso recordar que los riesgos de que la actuación de los poderes públicos, en situaciones percibidas como de desamparo de menores, pueda producir la indefensión de alguna de las personas concernidas, son riesgos previstos por el legislador. En la Ley del Menor, aprobada por LO 1/1996 de 15 Enero, se han reforzado algunas de las garantías

que protegen a los afectados por las resoluciones públicas en esta materia. Dadas las consecuencias decisivas que acarrea la declaración de que un menor se encuentra desamparado, es especialmente significativo que ahora la entidad pública está legalmente obligada no solamente a notificar la resolución correspondiente a los padres del menor, en un plazo de 48 horas; también debe informarles «de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada» (art. 172.1.1 CC).

⁴⁰ ATC, Sala Primera, 28/2001 de 1 de febrero de 2001. Número de sentencia: 28/2001. La Ley 27257/2001.

⁴¹ Ahora bien, la determinación de cual sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a esta jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no a este Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés, y si no se ha incurrido en la lesión de algún derecho fundamenta en los términos indicados.

⁴² STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de julio de 2009, Ponente: Juan Antonio XIOL RIOS. rec. 247/2007. Número de sentencia: 565/2009. La Ley 184099/2009.

⁴³ STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de febrero de 2011, rec. 1186/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 84/2011. La Ley 1229/2011.

⁴⁴ STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de junio de 2014, rec. 718/2012. Ponente: José Antonio SELIAS QUINTANA. Número de sentencia: 315/2014. La Ley 64162/2014.

⁴⁵ STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de julio de 2011, rec. 813/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 579/2011. La Ley 119736/2011.

⁴⁶ STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de abril de 2012, rec. 467/2011. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 261/2012. La Ley 56727/2012.

⁴⁷ STS, Sala Primera de lo Civil, de 25 de mayo de 2012, rec. 1395/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 323/2012. La Ley 72578/2012.

⁴⁸ STS, Sala Primera de lo Civil, de 7 Jul. 2011, rec. 1221/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 496/2011. La Ley 111554/2011.

⁴⁹ El Fundamento 4º expone con claridad cuáles son los criterios interpretativos para continuar con la guarda y custodia compartida: «Esta motivación no es suficiente para justificar la negativa a la revocación de la guarda y custodia compartida acordada en la sentencia de primera instancia y ello por las siguientes razones: a) porque no se expresa de forma clara cuales son las circunstancias que llevan a revocar la adopción de esta medida para los dos hijos pequeños de la pareja. Solo se refiere a las relativas a su edad, que, por otra parte, ha impedido el examen de los niños; b) porque el domicilio de los progenitores es conocido y, además, está próximo; c) porque la propia sentencia reconoce que la guarda y custodia compartida proporciona «un alto nivel de satisfacción de la menor cuando está con cada uno de sus progenitores, sintiéndose feliz en cada uno de los contextos familiares» y aunque no constan pruebas directas en relación a los otros hermanos, dado que los informes se efectuaron sin haber examinado a dichos menores, no es comprensible que la guarda y custodia compartida fuera conveniente únicamente para uno de los hijos y no para los demás. De aquí que el argumento acerca de la conveniencia de no separar a los hermanos resulta absolutamente reversible, ya que parte de una base inexistente, la de la diferente conveniencia de la medida para cada uno de los niños, que no se conoce al no haberse efectuado un examen de los mismos en el momento de dictarse la segunda sentencia.»

⁵⁰ STS, Sala 1º, de 20 de noviembre de 2013, rec. 83/2012. Ponente: José Antonio SELIAS QUINTANA. *Diario La Ley*, núm. 8228, Sección Jurisprudencia, 14 de enero de 2014, Año XXXV, Editorial *La Ley*. La Ley 6803/2013.

⁵¹ Especialmente debido a la resolución dictada en el proceso penal seguido contra la madre, en la que se acordó asignar provisionalmente la guarda y custodia de las menores al esposo, con la medida cautelar de prohibir a la madre aproximarse o comunicarse con sus dos hijas, guarda y custodia que también se atribuyó al esposo en el auto de medidas provisionales. E igualmente tiene en cuenta tanto los impedimentos e incumplimientos llevados a cabo por la madre, como el hecho de que esta no se encuentra psicológicamente en condiciones de asumir estos menesteres ni de cumplir el régimen de visitas que se fije a

favor del esposo, dada su inestabilidad emocional, priorizando sus propios intereses sobre el de sus hijas.

⁵² STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de julio de 2002, rec. 4310/1997. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de sentencia: 728/2002. La Ley 130380/2002.

⁵³ STS, Sala Primera de lo Civil, de 1 de abril de 2011, rec. 1456/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 221/2011. La Ley 14453/2011.

⁵⁴ STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de julio de 2012, rec. 1148/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 499/2012. La Ley 134899/2012.

⁵⁵ STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de octubre de 2011, rec. 1069/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 695/2011. La Ley 194732/2011.

⁵⁶ STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, rec. 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. La Ley 184085/2009.

⁵⁷ STS, Sala Primera de lo Civil de 12 de mayo de 2011, rec. 1334/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 320/2011. La Ley 52207/2011.

⁵⁸ STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 Febrero de 2014, rec. 2680/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 15/2014. La Ley 17639/2014.

⁵⁹ STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de marzo de 2014, rec. 2840/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 165/2014. La Ley 31837/2014.

⁶⁰ STS, Sala Primera de lo Civil, de 8 de mayo de 2013, rec. 1241/2010. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 311/2013. La Ley 91380/2013.

1.2. Familia

La extinción de la pensión compensatoria

Requirements for the attribution of the use of the familiar housing

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM.

RESUMEN: La pensión compensatoria se configura como un mecanismo básicamente reequilibrador del empeoramiento que, la separación o divorcio, producen en un cónyuge respecto del otro en comparación con la que tenían ambos en el matrimonio. No es un mecanismo igualatorio de economías dispares ni persigue perpetuar el nivel de vida existente en el matrimonio. Ahora bien, su adopción como media no implica que se mantenga inalterable, pues, es posible que con el paso del tiempo tengan lugar hechos que puedan modificar su cuantía o ser causa de su extinción. De esto último nos vamos a ocupar en el presente estudio.

ABSTRACT: *The compensatory pension forms as a mechanism basically reequilibrator of the worsening that, the separation or divorce, they produce in a spouse respect of other one in comparison with that they had both in the marriage. It neither is a mechanism of equality of unlike economies nor chases to perpetuate the existing standard of living in the marriage. Now then, his adoption like average does not imply that it is kept inalterable, so, it is possible that with the passage of time facts take place that could modify his quantity or be a reason of his extinction. Of the above mentioned we go away to occupying in the present study.*

PALABRAS CLAVES: Pensión compensatoria, extinción, nuevo matrimonio, convivencia marital, transmisión *mortis causa*.

KEY WORDS: *Compensatory pensions, extinction, new marriage, conviviality marital, transmissions mortis causes.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO Y NATURALEZA.—III. CRITERIOS PARA SU CONCESIÓN O RECONOCIMIENTO.—IV. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA. 1. Cese de la causa que la motivó. 2. MATRIMONIO DEL CÓNYUGE ACREEDOR. 3. LA CONVIVENCIA MARITAL DEL ACREEDOR CON OTRA PERSONA. 4. TRANSMISIÓN PASIVA *MORTIS CAUSA* DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA ANTE EL FALLECIMIENTO DEL DEUDOR. 5. OTRAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

La prestación económica entre cónyuges, denominada comúnmente pensión compensatoria se regula en nuestro Código Civil, dentro del Capítulo IX, del Título IV del Libro I bajo la rúbrica «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio» en los artículos 97, 99, 100 y 101. Efectivamente, se trata de una medida complementaria de naturaleza patrimonial a otras como la prestación de alimentos a los hijos, la atribución del uso de la vivienda, la guarda y custodia que se puede establecer en convenio regulador o en sentencia. La primera vez que se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico es con la redacción dada al artículo 97 por la Ley 30/1981, de 7 de julio. Si bien, será con la nueva Ley 15/2005, de 8 de julio la que expresamente incorpore el término compensación para definir la pensión o prestación a la que va referida, y, asimismo, con esta reforma se introduce una importante modificación en su regulación (alcance, modalidad, y naturaleza), con respecto al esquema trazado anteriormente por el legislador estatal con la citada Ley 30/1981. Así, alejándose de lo que sería una pensión alimenticia y, a la vez desvinculándose de toda idea de culpa del obligado al pago, se sustituye el derecho a la pensión por el «derecho a una compensación», se acentúa la incidencia de los acuerdos de los esposos, recalándose así el carácter dispositivo de la compensación; se reconocen las pensiones temporales de manera expresa y la compensación mediante prestación única o a tanto alzado. La aceptación de la posible temporalidad de la pensión responde a una línea jurisprudencial insistente en las Audiencia Provinciales, y asumida también a partir de la década de los 90 —unas veces, en circunstancias excepcionales y, otras con mayor flexibilidad, por el Tribunal Supremo, en sus sentencias de la Sala 1ª, de 10 de febrero de 1995¹; y, de 28 de abril de 2005².

La nueva configuración de la «pensión compensatoria» descansa en el cambio producido en la propia estructura familiar y social, en la que se facilita la disolución del vínculo conyugal [divorcio *express* —en un plazo de tres meses (art. 81 del Código Civil)—], el papel de los cónyuges se concibe en términos de igualdad y, se mejora la posición económica de la mujer con su inserción de la mujer en el mundo laboral. De ahí que, su fundamento se sustente sobre la base de un desequilibrio económico que, en relación con la posición del otro, pueda producir a un cónyuge la separación o el divorcio, implicando a su vez un empeoramiento en la situación anterior al matrimonio, y, no un mecanismo igualatorio de las economías conyugales, porque su presupuesto esencial es la desigualdad que, resulta de la confrontación entre las condiciones económicas, que un cónyuge gozaba durante el matrimonio, y las que tiene después de la ruptura. En todo lo demás, su regulación no ha variado con respecto a la que se estableció con la Ley 30/1981, pues, se enuncian los criterios o módulos que, se han de tener en cuenta por el Juez, de forma casuística, para la determinación de la compensación debida en la crisis matrimonial sometida a su control, si los cónyuges no han llegado a un acuerdo sobre el particular en el correspondiente convenio regulador. Igualmente, se fijarán en la correspondiente resolución judicial las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

En todo caso, la pensión compensatoria puede consistir en una pensión temporal, por tiempo indefinido o en una prestación de pago único, siendo la más común la prestación mensual pagadera dentro de los cinco primeros días de cada mes y actualizable anualmente en proporción a la variación porcentual del índice de precios al consumo. Asimismo, una vez que se ha fijado la pensión compensatoria podrá convenirse su sustitución por una renta vitalicia, el usu-

fructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (artículo 99 del Código Civil). De todas formas, esta prestación está excluida en la nulidad matrimonial, en cuyo caso procede una indemnización (artículo 98 del Código Civil)³.

Ahora bien, el hecho de que los cónyuges fijen una pensión compensatoria en convenio regulador o en sentencia matrimonial, no implica que la misma se mantenga inalterable, ya que como sucede con el resto de las medidas o efectos de la separación y el divorcio, con el paso del tiempo es posible que se produzcan hechos que, pueden llevar a modificar su cuantía o a su extinción.

Precisamente, una modificación de la cuantía de la pensión compensatoria que opera de forma automática, tiene lugar cuando anualmente se aplican los índices de actualización previstos en la sentencia matrimonial. En el último inciso del artículo 97 del Código Civil el legislador establece con carácter imperativo que, la propia resolución judicial que fije el importe de la pensión compensatoria deberá establecer igualmente las bases de su actualización. Asimismo, se indica en el artículo 100 que establecida la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, solo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge, que pueden conllevar el aumento o disminución de su cuantía. Por otra parte, otra de las probables variaciones de la pensión reside en su aspecto temporal, de forma que, es posible que si inicialmente se estableció sin limitación de tiempo, pueda ser factible limitarla en el tiempo. Del mismo modo, cuando en la sentencia se estableció una pensión temporal, también es posible solicitar su prórroga.

Finalmente, puede optarse por su extinción al operar las causas contenidas en el artículo 101 del Código Civil, y otras fuera del citado precepto que, impliquen, asimismo, tal efecto. Si bien, se excluye como supuesto extintivo la muerte del deudor de la pensión, dejando a salvo la facultad de los herederos de pedir la reducción o supresión de la pensión «si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima». El presente estudio se va a centrar precisamente en el análisis de las causas de extinción de la pensión, y sus implicaciones sucesorias derivada de una eventual transmisión *mortis causa* de la deuda. No obstante, nos parece oportuno concretar con carácter previo la naturaleza y los criterios para la concesión de la pensión, pues, la desaparición de la base compensatoria sobre la que se sustenta y por ende, los criterios que lo determinan, propician su extinción.

De todas formas, pocas instituciones del Derecho de familia han tenido un examen judicial tan riguroso, que lleva a que sea más conocida la *praxis* judicial que, la propia regulación legal. Efectivamente, esta abundante jurisprudencia ha ido, partiendo del caso concreto, modulando en unos supuestos la institución y en otros ha servido para anticiparse a las reformas legislativas con el objeto de acomodar la institución a la cambiante realidad social.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA

No existe definición legal de esta institución, sino que hay que acudir al ámbito doctrinal. Así SÁNCHEZ ALONSO la define como «el derecho del cónyuge, al que la separación o el divorcio produzca el desequilibrio económico en relación con la posición del otro y con la mantenida durante el matrimonio, a percibir una prestación que restaure, o cuando menos reduzca, el menoscabo económico que la crisis matrimonial pueda causar» (SÁNCHEZ ALONSO, 2012, 219)⁴. Por su

parte, ZARRALUQUI la conceptúa como «la cantidad periódica que un cónyuge debe satisfacer a otro tras la separación o el divorcio, para compensar el desequilibrio padecido por un cónyuge (el acreedor), en relación con el otro cónyuge (el deudor), como consecuencia directa de dicha separación o divorcio, que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio» (ZARRALUQUI 2003, 114)⁵. Para CAMPUZANO TOMÉ es «aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la Ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre —debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial— en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal» (CAMPUZANO TOMÉ, 1994, 25-26)⁶.

En tales definiciones se entremezclan los conceptos de «desequilibrio económico», la causa del mismo —la separación y el divorcio— y la doble exigencia necesaria para constatar y medir la situación de desequilibrio: la personal —entre los cónyuges—; y la temporal —relativa a la situación anterior al matrimonio—. A tal situación de desequilibrio económico se refiere también el artículo 97 del Código Civil, identificándolo con un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio⁷.

En este contexto, son diversas las teorías que se han sustanciado en torno a su naturaleza: alimenticia (APARICIO AUÑON, 1999, 46)⁸ —destinada a satisfacer situaciones de necesidad del cónyuge que se encuentra en una precaria situación económica tras la ruptura conyugal; de ahí, la necesidad de mantener los deberes de socorro y ayuda mutua entre los cónyuges existentes tras el matrimonio—, asistencial, reparadora⁹, indemnizatoria (MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 1997, 90)¹⁰ —ante el daño que produce la separación o el divorcio a uno de los cónyuges, consistente en un desequilibrio económico con empeoramiento de su anterior situación en el matrimonio—, compensatoria (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS 2006, 125)¹¹ —del desequilibrio ocasionado por la separación o el divorcio en uno de los cónyuges respecto a la situación mantenida durante el matrimonio que tiende a evitar que la ruptura conyugal suponga para uno de los cónyuges un descenso del nivel de vida respecto al gozado durante dicha unión—, o la combinación de algunas, así alimenticia e indemnizatoria, indemnizatoria y asistencial y compensatoria e indemnizatoria. Lo cierto es que tras la reforma del artículo 97 del Código Civil por Ley 15/2005, de 8 de julio, se la califica de derecho a una compensación, y consolidándose, por tanto, su naturaleza esencialmente compensatoria-indemnizatoria del perjuicio que, un cónyuge sufre consecuencia de la ruptura matrimonial. Señala, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de julio de 2009 en su *Fundamento de Derecho* 2º que: «El artículo 97 del Código Civil concibe legalmente este derecho como reequilibrador para aquel cónyuge a quien la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio en relación a las circunstancias económicas de que gozaba constante matrimonio y solo se acreditará cuando se pruebe la existencia de dicho desequilibrio patrimonial. No supone un mecanismo igualatorio de las economías conyugales, porque su presupuesto esencial es la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que un cónyuge gozaba durante el matrimonio y las de después de la ruptura»¹².

El que se opte por una naturaleza híbrida —compensatoria/indemnizatoria— no significa que sean caracteres excluyentes sino complementarios, habida cuenta

que, para la operatividad de la pensión compensatoria es precisa la existencia de desigualdad entre los cónyuges a causa de la separación o el divorcio que, va a resultar determinada por la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno —no hay que probar la existencia de necesidad—, y, en consecuencia que, el cónyuge más desfavorecido pueda ser considerado acreedor de una pensión, aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo porque ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación con la que tenía durante el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge, pero no se trata de equiparar económicamente los patrimonios, pues, la pensión compensatoria no significa paridad o igualdad absoluta entre los mismos, habida cuenta de que sus desigualdades patrimoniales pueden tener su origen en causas muy diversas e independientes de la vida matrimonial. Por lo que el carácter indemnizatorio opera como un resarcimiento para cubrir el desequilibrio generado por la ruptura matrimonial, y, a su vez un carácter compensatorio porque trata de evitar que el cónyuge más desfavorecido económicamente en la ruptura, se vea perjudicado por la misma.

En este contexto, la pensión compensatoria se aleja de la pensión de alimentos o pensión alimenticia, que, descansa en situaciones de necesidad. No obstante, ambas pensiones pueden resultar compatibles¹³. En todo caso, la pensión compensatoria no se configura como un mecanismo compensatorio puro de la desigualdad producida por la ruptura matrimonial, sino que tiene por objeto resarcir el desequilibrio económico producido a uno de los cónyuges tras la separación o divorcio. Por tanto, la finalidad de la pensión compensatoria es poner al cónyuge perjudicado en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de la que había tenido de no mediar el vínculo matrimonial (SÁNCHEZ ALONSO 2012, 220)¹⁴. Una función reequilibradora como la única posible para compensar el efectivo desequilibrio económico que produce la separación o el divorcio (no la nulidad matrimonial)¹⁵. No tiene finalidad puramente indemnizatoria y de carácter estrictamente alimenticio, ni es un instrumento o mecanismo de previsión anticipada de necesidades futuras¹⁶.

III. CRITERIOS PARA SU CONCESIÓN O RECONOCIMIENTO

Para la concesión de la pensión compensatoria se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos (GARCÍA VARELA, 2000, 125-126)¹⁷: 1) Desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro. De conformidad con el artículo 97 del Código Civil, el primer presupuesto para la existencia del derecho a pensión es el desequilibrio económico que sufre uno de los cónyuges como consecuencia de la separación o el divorcio, que implica un empeoramiento en su situación económica en relación con la que tenía constante matrimonio¹⁸. Este empeoramiento solo puede afectar a uno de los cónyuges, puesto que, si se produce idéntico perjuicio en los dos, no hay desequilibrio, y, por tanto, no habrá pensión. Tampoco habrá derecho a la pensión cuando ambos dispongan de bienes propios o ingresos suficientes para continuar con un nivel de vida similar al que venía disfrutando en el matrimonio, aunque exista una notable diferencia entre patrimonios o ingresos¹⁹; o cuando tienen una capacidad económica equivalente; o, en fin, si el solicitante de la pensión ha alcanzado un nivel de vida superior al que tuvo durante el matrimonio.

En todo caso, existen dos criterios en torno a la conformación del concepto de desequilibrio: en primer lugar, uno *objetivista*, que defiende la oportunidad de

la mera comparación de patrimonios, y la concesión de la pensión cuando uno es inferior a otro, ya que las circunstancias relacionadas en el artículo 97 del Código Civil son simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada²⁰. En consecuencia, para la concesión de la pensión compensatoria solo será preciso que exista un desequilibrio entre los patrimonios de los cónyuges por el cese de la convivencia, cuando uno viene a ser inferior al otro; y otro *subjetivista*, que resulta ser el mayoritario, en el que para la determinación de la existencia de desequilibrio, hay que valorar todas las circunstancias del artículo 97 del Código Civil, que no solo son relevantes para la cuantificación de la pensión y su duración, sino también para determinar si procede o no la concesión de dicha prestación²¹. Estas circunstancias han de considerarse globalmente para determinar si existe o no el desequilibrio económico compensable por medio de la pensión, y, en este orden, hay resoluciones que ponderan y toman en consideración, lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la edad, la duración del matrimonio, dedicación al hogar y a los hijos, cuántos de éstos precisan de atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del preceptor; facilidad para acceder a un trabajo remunerado —perspectivas reales y efectivas de la incorporación al mercado laboral—; el que el/la reclamante perciba ingresos derivados de su trabajo por cuenta propia o ajena; posibilidades de reciclaje o de volver —reinserción— al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad; y otras semejantes para el reconocimiento del derecho²². En consecuencia, las circunstancias contenidas en el artículo 97 del Código Civil tienen una doble función, así como: elementos integrantes del desequilibrio económico, y asimismo, como fijadores de la cuantía de la pensión²³.

La existencia de un desequilibrio económico, —se opte por uno u otro sistema a la hora de su ponderación—, ha de referirse al momento de producirse la ruptura de la convivencia²⁴ y ha de tener su origen o causa precisamente en la separación o en el divorcio, sin que las circunstancias sobrevinidas o las alteraciones posteriores den derecho a pensión, si no la hubo en aquel momento, o determinen un aumento o disminución de la misma, ya que el artículo 100 del Código Civil utiliza criterios objetivos y no se basa en las necesidades personales de los interesados (LACRUZ BERDEJO, 2008, 409)²⁵. De ahí que, la comparación de la actual posición de desequilibrio del sujeto perjudicado ha de efectuarse respecto de un momento concreto: la posición económica que, tenía en su situación anterior en el matrimonio²⁶. No hay que probar, en consecuencia, la existencia de necesidad, pero sí que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que tenía en el matrimonio y respecto a la posición que, disfrutaba el otro cónyuge²⁷.

En general, el análisis del desequilibrio obliga a ponderar los siguientes parámetros: «1. La situación del matrimonio durante la convivencia; 2. La situación alimentaria y social del solicitante de pensión tras la separación o el divorcio. 3. El estatus económico y social de ambos. 4. Los niveles de vida, económicos y adquisitivos. 5. La pérdida real del bienestar que se disfrutaba antes de la ruptura» (ZARRALUQUI, 2003, 181-182)²⁸.

Ahora bien, el reequilibrio que se pretende con la pensión compensatoria no ha de suponer una igualdad entre patrimonios, sino hallarse cada uno de ellos, de forma autónoma, en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes o capacidades para generar recursos económicos²⁹. Efec-

tivamente, el desequilibrio económico no supone la pérdida de una igualdad entre los patrimonios de los cónyuges, pues, de ser así, ello supondría convertir la prestación compensatoria en un instrumento de igualación aritmética³⁰. En definitiva, lo que se busca con la prestación compensatoria es que, cada parte pueda hallarse tras la ruptura matrimonial, de forma autónoma en la posición económica que le corresponde, según sus propias actitudes o capacidades para generar recursos económicos³¹.

De todas formas, el desequilibrio se ha de valorar en el momento del cese o ruptura de la convivencia, y no después, lo que determina que, si no se solicita en ese momento y se deja transcurrir el tiempo, no solo se dificulta cualquier comparación, sino que, además se puede crear la inexistencia de desequilibrio³². De ahí, la necesidad de que el cónyuge acreedor solicite la pensión compensatoria en el mismo momento de la ruptura y no con posterioridad, y por otro que, las alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge tras la ruptura, no resulten relevantes para considerar la existencia del desequilibrio. Al respecto, el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala Primera, de 18 de marzo de 2014 fija como doctrina jurisprudencial que «el desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurrió la crisis matrimonial»³³.

En esta línea, asimismo, precisa acertadamente MARÍN GARCÍA DE LEONARDO el momento de referencia del desequilibrio habrá que, coordinarlo con el momento de efectividad del derecho de pensión, pues, puede suceder que trascurra un período de tiempo en el que no se solicite la pensión. En estos casos, en los que efectivamente ha transcurrido un período de tiempo amplio, porque, por ejemplo, ha habido una separación de hecho anterior, los Tribunales no suelen conceder la pensión compensatoria solicitada (MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 1997, 61-62)³⁴. Asimismo, hay que destacar la necesaria coordinación entre el momento en que comienza el desequilibrio, que viene a ser el de la ruptura conyugal y el momento de efectividad del derecho de pensión, en los supuestos en que el que presumiblemente resulta ser deudor de la misma, sufre un considerable empeoramiento en su situación económica. De ahí que, en el caso de que exista un divorcio posterior a una separación en la que no se hubiera pactado pensión, existiendo un desequilibrio económico cuando aquel se solicite, debe tomarse en consideración tal desequilibrio.

2. El empeoramiento en la situación anterior al matrimonio. Debe tomarse como referencia no la posición del otro cónyuge, sino la situación anterior en el matrimonio, en una suerte de confrontación entre las condiciones económicas de cada cónyuge antes y después de la ruptura. De forma que, habrá de tenerse en cuenta el nivel de vida del matrimonio para determinar si por separación o divorcio alguno de los cónyuges va a experimentar un descenso en sus condiciones normales de vida; un descenso o deterioro en el nivel de vida, que ha de tener cierta relevancia o entidad, a la par que puede implicar una pérdida de derechos o legítimas expectativas del cónyuge más desfavorecido por ella³⁵. Por ello, cuando los cónyuges con bienes propios o ingresos suficientes para continuar manteniendo un nivel de vida igual o similar al que venían disfrutando constante matrimonio, no procede tal derecho a una pensión, aunque existan notables diferencias entre el patrimonio de los cónyuges separados o divorciados³⁶.

3. La existencia de una resolución firme de separación y divorcio. Para la fijación de la pensión compensatoria constituye otro presupuesto básico, el que se haya producido la separación o el divorcio, y se haya establecido la misma

en la correspondiente sentencia de separación o de divorcio, así como las bases de actualización y las garantías, sin que sea posible una pensión compensatoria en medidas provisionales. Si bien, la separación y el divorcio como procesos independientes, determinan que sea posible que, en este último, se fije *ex novo* la pensión compensatoria³⁷. En todo caso, la pensión puede existir tras la separación, o el divorcio, pero en ningún caso tras la nulidad del matrimonio.

4. Relación de causalidad entre el desequilibrio económico y la separación o el divorcio. La separación y el divorcio debe ser causa directa del desequilibrio, esto es, debe existir una relación de causa a efecto entre tales situaciones de crisis matrimonial y el desequilibrio. Este ha de ser una consecuencia o derivarse de la separación o el divorcio³⁸. En consecuencia, no existe relación de causalidad, y, por tanto, no ha lugar a prestación compensatoria, cuando no ha existido vida en común, cuando ha habido una separación de hecho prolongada sin ayudas económicas del otro progenitor, o cuando la convivencia matrimonial ha sido tan breve que, ha impedido la constitución de un estatus de vida.

IV. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Las modificaciones en la situación económica y personal de los cónyuges tras la sentencia de separación o divorcio en ocasiones son de tal entidad que constituye presupuesto de su supresión y no solo de su modificación o eventual suspensión temporal de la percepción de la pensión. Así, el derecho a la prestación compensatoria se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio, o por vivir maritalmente con otra persona. Junto a estas tres causas que enumera de forma expresa el artículo 101 —pues no contiene una enumeración taxativa—, están las que con carácter general establece en sede de obligaciones el artículo 1156 del Código Civil en la medida que sean compatibles con la naturaleza de la pensión por desequilibrio económico, y además cabe señalar, entre otras: la muerte o declaración de fallecimiento del acreedor de la pensión; la expiración del plazo de duración de la pensión cuando la misma es temporal o el cumplimiento de la obligación impuesta; la reconciliación en caso de separación, siempre que quede acreditada; la declaración de nulidad matrimonial posterior a su reconocimiento; la renuncia y la prescripción de la acción. En todo caso, no debe olvidarse que dado el funcionamiento del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito de la compensación por desequilibrio que puede operar tanto en su nacimiento como en su extinción, determina que las partes pueden pactar nuevas causas, además de las que prevé el citado artículo 101, o excluir alguna de las que se contienen en este precepto. De todas formas, para que proceda la extinción de la pensión, el deudor ha de probar la concurrencia de tales causas³⁹.

Por otra parte, teniendo presente que con la reforma de 2005, se puede fijar un límite temporal a la pensión compensatoria, como asimismo, el pago mediante una prestación única mediante la transmisión de bienes o el pago de un capital. Nada impide que las causas de extinción operen en la pensión temporal⁴⁰, no así en el segundo supuesto señalado, pues, ya se ha abonado la pensión, sin que el deudor deba ya nada al respecto en tal concepto. Ahora bien, la sentencia que acuerde la extinción de la pensión compensatoria es constitutiva, con efectos *ex nunc*, sin retroacción, por tanto, al momento en que se produjo la causa que motiva la extinción, sino desde la fecha de tal resolución (NAVARRO MIRANDA, 2011, 548)⁴¹.

1. Cese de la causa que la motivó. Al ser el desequilibrio económico producido por la ruptura de la convivencia conyugal el hecho determinante del reconocimiento de la prestación compensatoria como hemos analizado en líneas precedentes, la desaparición o superación de tal desequilibrio es causa de extinción de la pensión. La superación del desequilibrio no equivale a una igualdad objetiva de patrimonios, se da cuando el acreedor se ha colocado en condiciones de desenvolverse de forma autónoma, desarrollando un trabajo acorde con sus aptitudes, o en una posición económica que le posibilita una vida independiente (DE LA HAZA, 1989, 119)⁴². Lógicamente no se trata de realizar una simple operación aritmética de comparación de ingresos actuales del cónyuge beneficiario con los que en aquel momento percibía el cónyuge deudor, sino de probar que el cónyuge beneficiario de la pensión está en condiciones de atender a sus necesidades básicas con los ingresos que percibe en la actualidad⁴³. Esto es, como precisa PÉREZ MARTÍN que «el reequilibrio que lleva a la extinción de la pensión compensatoria no tiene porqué suponer igualdad entre los patrimonios de ambos cónyuges, sino en hallarse cada uno de ellos de forma autónoma, en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes y capacidades para generar recursos económicos (PÉREZ MARTÍN, 2012, 931)⁴⁴. Por lo que, la situación que habrá de tenerse en cuenta para comprobar si ha desaparecido tal desequilibrio, es precisamente cuando se fijó la pensión compensatoria, no cuando se pide la extinción de la misma, pues, lo que hay que determinar es si han desaparecido aquellas desventajas económicas que justificaron la concesión de la pensión, pues, de admitirse que la situación de referencia es la actual, podría darse el caso que el cónyuge deudor hubiese aumentado considerablemente su caudal o medios de fortuna y aunque el otro cónyuge viniese a mejor fortuna, seguiría existiendo el desequilibrio. Por ello al igual que, el aumento de fortuna del cónyuge deudor de la pensión no da derecho a incrementar la cuantía de la misma, ese aumento de su patrimonio no podrá ser tomado como referencia para concluir si el desequilibrio económico que, se constata en la separación o divorcio, ha desaparecido (PÉREZ MARTÍN, 2012, 930)⁴⁵.

En este contexto, el cese del desequilibrio tiene generalmente su origen en:

a) Una mejora en la situación económica del acreedor de la prestación que, pasa de obtener ingresos de forma regular, provenientes de su incorporación al mercado laboral con cierta estabilidad, aunque la mejora puede obedecer a otras causas como la percepción de alguna indemnización, pensión, herencia, donación, el haber obtenido una cualificación profesional de la que carecía en el momento de la ruptura, el cambio de la custodia de los hijos que, conlleva la no dedicación futura a la familia, o puede deberse a una reducción de gastos.

Ahora bien, como sostiene mayoritariamente la jurisprudencia el mero hecho que el preceptor de la pensión desempeñe un trabajo, no conlleva automáticamente la extinción del derecho a la pensión. Habrá que, atender tanto a la cuantía de esta, como a lo que percibe por ese trabajo. En el supuesto de pensiones exiguas o cuando la fuente de ingresos (laboral o de otra índole) sean de mínima cuantía, no permite extinguir la pensión, si se trata de un complemento necesario e indispensable para que el beneficiario de la pensión pueda atender sus necesidades más vitales y perentorias⁴⁶. Se entiende que, los ingresos obtenidos en una actividad laboral remunerada no han de ser esporádicos u ocasionales, sino estables y regulares⁴⁷; lo que no tiene que asociarse necesariamente a trabajo fijo, siendo compatible con las situaciones de altas y bajas laborales. Lo relevante es que los ingresos sean suficientes para considerar que el preceptor de la pensión ha alcanzado independencia económica, y, por tanto, ha superado el desequilibrio

de partida y la dependencia del cónyuge deudor de la pensión⁴⁸. En todo caso, se ha reconocido el derecho a mantener la pensión compensatoria pese a que el preceptor de la pensión se ha incorporado al mundo laboral, encontrando un trabajo adecuado a su formación académica, al considerar que dicha pensión había sido pactada por los cónyuges, sin tener en cuenta el desequilibrio económico y las circunstancias posteriores en el ámbito económico de los cónyuges, ni la actividad laboral de la acreedora de la pensión⁴⁹. En otras ocasiones, pese a no probarse la existencia de una actividad laboral remunerada, se ha decretado la extinción cuando, del comportamiento externo del acreedor, se constata la existencia de una situación económica manifiestamente mejor que aquella que, permitió el nacimiento del derecho⁵⁰.

En cuanto al percibo de bienes o derechos susceptibles de generar rentas, en ocasiones, un premio de lotería, o una herencia han sido en ocasiones suficientes para extinguir una pensión, si bien no en todos los casos. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala de lo Civil, sección 1ª, de 3 de octubre de 2011⁵¹ sobre la posible incidencia de la herencia recibida por el cónyuge preceptor de la pensión, en orden a apreciar la concurrencia de la alteración sustancial a que se refiere el artículo 100 del Código Civil, o la desaparición del desequilibrio determinante del reconocimiento del derecho a pensión, a que se refiere como causa de extinción de la misma el artículo 101 del citado cuerpo legal. Se dijo que *«en teoría, es razonable valorar el hecho de recibir una herencia como una circunstancia no previsible, y por ende, que no procedía tomar en cuenta cuando se fijó la pensión compensatoria. Entendida pues como una circunstancia sobrevenida, de imposible o difícil valoración a priori, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, la percepción de la herencia tendría cabida en el concepto de alteración sustancial de aquellas iniciales circunstancias, que es el presupuesto contemplado en el artículo 100 del Código Civil para que pueda estimarse la pretensión de modificar la cuantía de la pensión reconocida. Sin embargo, que en la práctica tal alteración tenga efectivamente lugar con ese carácter sustancial o esencial a consecuencia de la herencia aceptada es algo que no puede afirmarse sino tras examinar las circunstancias del caso concreto y, en particular, después de valorar su entidad en el plano económico, la disponibilidad que al acreedor corresponde sobre los bienes que la integran y, en suma, la posibilidad efectiva de rentabilizarlos económicamente (pues, sin esta rentabilización, la mera aceptación de la herencia no se va a traducir en una mejora de la situación económica)»*.

Pues bien, frente a la negativa a dar lugar a la extinción de la pensión al no existir la posibilidad de rentabilizar los bienes de la herencia económicamente, se pronuncia este mismo Tribunal en sentido contrario admitiendo la extinción de la pensión como consecuencia de la herencia recibida. Así, la sentencia de la Sala 1ª, de 17 de marzo de 2014⁵² señala que: *«Teniendo en cuenta los hechos que si han quedado acreditados sobre lo que se conoce de la herencia y el carácter no previsible de esta como presupuesto determinante de la pensión, puesto que no era posible conocer cuando podía suceder ni pudo tenerse en cuenta como determinante del cálculo de la pensión, la sentencia recurrida no solo puede ser revisable en casación, sino que es útil al objeto de sentar jurisprudencia con base al interés casacional que fundamenta el recurso. La herencia si puede tenerse en cuenta en este caso a la hora de juzgar sobre la existencia o inexistencia de desequilibrio producido en uno de los cónyuges por la separación o el divorcio, pero ello no implica que sea un medio para lograr la igualdad entre cónyuges. Este desequilibrio ha desaparecido a tenor de los datos de prueba, y, por tanto, desaparece también la razón de*

ser de la pensión». De forma que, se sienta como doctrina jurisprudencial en la interpretación de los artículos 100 y 101 del Código Civil que *«el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, y como tal determinante de su modificación o extinción»*.

En otro orden de cosas, el cambio de circunstancias puede, asimismo, derivar del incremento del patrimonio del beneficiario, por percibir una pensión o alguna indemnización⁵³.

Por otra parte, se considera que la pasividad, el interés insuficiente en orden a la obtención de un empleo que permita alcanzar una situación de independencia económica, resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o estar en disponibilidad de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el pagador de la pensión las consecuencias negativas en su búsqueda y obtención⁵⁴. Asimismo, el incumplimiento por parte del acreedor de algunos pactos contenidos en convenio regulador, como la obligación de la esposa de mantenerse inscrita como demandante de empleo, determinan la extinción de la pensión⁵⁵.

b) Un empeoramiento de la situación económica del deudor, de importancia suficiente para entender superado el desequilibrio económico inicial. Puede estar causado por la pérdida del empleo⁵⁶, por la quiebra de la actividad empresarial que desempeñaba, el descenso drástico de los ingresos o de los beneficios no meramente coyuntural⁵⁷, por jubilación⁵⁸, por enfermedad⁵⁹ o por un aumento de las cargas familiares a consecuencia del nacimiento de nuevos hijos —que en algunos casos puede justificar una reducción de la cuantía de la pensión, pero difícilmente su supresión—⁶⁰. En todo caso, ha de acreditarse que la disminución de ingresos del obligado al pago sea sustancial y permanente, que haya tenido lugar en una fecha posterior a la resolución, que se pretende modificar, y, en fin, que se trate de circunstancias imprevisibles y no dependientes de la voluntad del deudor⁶¹. No puede, pues, admitirse variaciones que sean fruto de una coyuntura pasajera o cuando la modificación de las circunstancias ha sido provocada voluntariamente o a propósito por el deudor. Ni tratarse de un hecho previsible o conocido por el deudor en el momento de fijarse la pensión compensatoria⁶².

c) Empobrecimiento del deudor y simultáneo enriquecimiento del acreedor. El restablecimiento del equilibrio entre ambos excónyuges podía tener lugar por la concurrencia de ambas circunstancias, produciéndose una aproximación entre los medios de subsistencia de los dos sujetos. En tales supuestos, la posible modificación de la fortuna de uno u otro excónyuge —aisladamente consideradas— podría no tener la suficiente entidad como para producir el efecto extintivo, pero concurriendo ambas circunstancias, si que pudieran conllevar una igualación patrimonial que, diera lugar a la extinción de la pensión compensatoria⁶³.

Ahora bien, la causa de extinción que nos ocupa, puede prestarse —en ausencia de garantía adecuadas— a la realización de determinadas actividades fraudulentas. Así, el deudor ante la exigencia de un empeoramiento en su situación económica para extinguir su obligación, puede simular una disminución patrimonial que aparentemente haga desaparecer el desequilibrio hasta el punto de igualarse económicamente con el acreedor. Y este también con el fin de seguir percibiendo la pensión, puede abstenerse de trabajar o, cuando menos, adoptar una actitud pasiva que, puede contribuir a mantener deliberadamente la situación de desequilibrio. CAMPUZANO TOMÉ propone como mecanismo legal ante una hipotética disminución del patrimonio del deudor, las medidas especiales previstas como garantía del cumplimiento de las obligaciones, destacando las medidas

conservativas del patrimonio del deudor; singularmente la acción revocatoria o paulina, ya que con la misma se pueden revocar los actos que el deudor de la referida pensión haya realizado en fraude de su derecho (CAMPUZANO TOMÉ, 1994, 199-200)⁶⁴.

Por otra parte, como señala acertadamente DÍAZ MARTÍNEZ, la alteración relevante de las circunstancias previstas en el párrafo 2 del artículo 97 del Código Civil que fueron claves para entender la existencia del desequilibrio, pueden, asimismo, ser determinantes para considerarlo superado, y, en consecuencia, extinguir la pensión. Ello puede decirse de la dedicación de los hijos, si son independientes, la falta de cualificación profesional del acreedor, si ya la hubiera alcanzado, la enfermedad en su día apreciada, si estuviera totalmente superada y otras (DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, 1064)⁶⁵.

Ahora bien, además de la circunstancia que una separación de hecho prolongada de los cónyuges sin reclamación alguna determina la no posible exigencia posterior de la pensión⁶⁶; asimismo, se ha considerado como prueba de que se ha producido un cambio relevante en sus circunstancias económicas, habiendo alcanzado plena independencia, y, por tanto, su extinción por haber cesado la causa que la motivó, el hecho que, el cónyuge beneficiario de la misma no ha reclamado durante bastante tiempo el pago de la pensión concedida.

En todo caso, la desaparición del desequilibrio no funciona automáticamente con efecto extintivo de la pensión, pues, la complejidad en la ponderación de los distintos elementos tomados en cuenta en su determinación exige para su supresión la declaración judicial, de modo que, solo a partir de la sentencia firme que declara la extinción, se puede considerar producida esta. De ahí que, se considere abusiva la pretensión de ejecución de la pensión compensatoria fijada en sentencia de separación o divorcio, si ya se ha producido su extinción (ZARRALUQUI, 2003, 384-385)⁶⁷. Una vez acordada la supresión de la pensión compensatoria por esta causa, no puede volver a restablecerse, aunque las situaciones económicas de los cónyuges vuelvan a alterarse de forma sustancial. El nuevo desequilibrio como dispone CAMPUZANO TOMÉ «no estaría provocado ni por la anterior situación matrimonial ni por la separación o divorcio, sino que, por el contrario, traería causa de circunstancias posteriores y ajenas, que en modo alguno pueden hacer renacer el derecho a la pensión» (CAMPUZANO TOMÉ, 1994, 201)⁶⁸.

2. Matrimonio del cónyuge acreedor. La segunda causa de extinción de la pensión compensatoria que regula el artículo 101 del Código Civil se produce por el hecho de que el cónyuge beneficiario de la pensión compensatoria, contraiga matrimonio con una tercera persona⁶⁹. Lógicamente esta causa solo puede prosperar cuando el cónyuge esté divorciado. Al no haberse precisado por el legislador a qué clase de matrimonio se refiere, hay que entender que queda incluido tanto el matrimonio religioso como el civil, el celebrado en nuestro país, como en el realizado en el extranjero, y a tal efecto será intrascendente que el matrimonio haya obtenido o no efectos civiles. Aunque la extinción se produce *ipso facto* y su prueba es sencilla, y, en consecuencia, no habría necesidad de plantear ningún procedimiento judicial; sin embargo, es precisa en algunos casos tal declaración judicial —ante la ocultación, maliciosa o no del matrimonio, cuando la pensión periódica se ha conmutado por usufructo, rentas o cualquier otra forma que implique la posesión por el acreedor de bienes del deudor—, que corrobore que el efecto sobre la pensión compensatoria se ha producido. Al ser causa automática, los efectos se producen desde la misma fecha en que se contrae matrimonio con independencia de la fecha en que se inscribe en el Registro Civil⁷⁰. Es indiferente que en el nuevo matrimonio se haya estipulado como régimen matrimonial el de

separación de bienes, ya que el artículo 101 no exige que el nuevo matrimonio esté unido a una determinada comunidad patrimonial.

Ahora bien, para que se extinga la pensión compensatoria por esta causa, el matrimonio contraído por el cónyuge beneficiario debe ser válido y eficaz, pues, en caso contrario no produciría el efecto extintivo⁷¹. Si existe controversia judicial sobre su existencia, el deudor de la pensión extinguida, deberá probar el hecho del matrimonio y su eficacia civil en España. En todo caso, si el cónyuge deudor continúa pagando la pensión tras el matrimonio, por no haber tenido conocimiento del mismo, podrá reclamar al acreedor la restitución de las cantidades indebidamente percibidas.

Por otra parte, aunque solo es una controversia doctrinal, se plantea si puede seguir vivo el derecho a la pensión compensatoria del cónyuge, si este a pesar de haber contraído matrimonio, sigue en una posición de desequilibrio con el anterior cónyuge. La solución a esta cuestión la ofrece CAMPUZANO TOMÉ, en el sentido que la pensión se extingue por el solo hecho de que haya contraído matrimonio, con independencia que quede o no eliminado el desequilibrio económico, y lo fundamenta en el hecho de haber sido formulada esta causa de extinción separadamente de la relativa al «cese de la causa que lo motivó», o lo que es igual, al cese del desequilibrio económico. Si la desaparición de la pensión cuando el acreedor contrae un nuevo matrimonio se hiciera depender del cese del desequilibrio económico, no sería necesaria su formulación como causa independiente (CAMPUZANO TOMÉ, 1994, 202)⁷².

Aunque el matrimonio del deudor no incide en la subsistencia de la pensión compensatoria, lo cierto es que un eventual divorcio de esta nueva relación, puede determinar la concurrencia de dos pensiones compensatorias, y, en consecuencia, una modificación de la cuantía de la pensión otorgada al primer excónyuge, si no fuera posible al deudor atender a ambas obligaciones.

3. La convivencia marital del acreedor con otra persona. La convivencia marital es una realidad social que, para que produzca la extinción de la prestación compensatoria es preciso acreditar. Hay que probar la concurrencia en ella de los requisitos propios de la convivencia *more uxorio*, esto es que, la unión entre el acreedor y un tercero tengan carácter permanente, habitual, estable en el tiempo, quedando fuera de su ámbito las relaciones esporádicas u ocasionales⁷³, y comporten exclusividad mientras duren. Ha de tratarse de una situación de vida análoga al matrimonio, y puede ser de carácter homosexual o heterosexual. La extinción no opera automáticamente, sino que tiene que ser alegada y probada. En concreto, habrá que probar el hecho mismo de la convivencia marital (normalmente mediante presunciones, pues, la prueba directa resulta muy difícil) y el momento en el que esta se inició. Es intrascendente que a la fecha de interposición de la demanda la convivencia con el tercero haya concluido. En todo caso, la justificación de la causa de extinción no puede encontrarse en modo alguno en argumentos morales sino en la razonabilidad de dejar sin efecto una medida económica como esta, cuando el beneficiario ha rehecho su vida de modo estable y, probablemente en el deseo del legislador de prevenir fraudes consistentes en no contraer el acreedor de la pensión nuevo matrimonio, si la convivencia en pareja no tuviera el mismo efecto extintivo⁷⁴. Por lo que, tal convivencia *more uxorio* no puede quedar integrada por aquellas relaciones de íntima amistad, aun con contactos cotidianos y prolongados en el tiempo, en cuanto se haga compatible con una clara independencia de las dos personas ni por la simple relación afectiva, descartándose, en todo caso, las relaciones circunstanciales o episódicas. No se extingue la pensión por el solo hecho del embarazo de la beneficiaria. Ello no

implica que exista convivencia marital, ya que la concepción puede ser consecuencia tanto de una convivencia prolongada como de una relación esporádica y aislada, o incluso fruto de una inseminación artificial.

En este contexto, por una parte se ha venido manteniendo en los tribunales una interpretación rigorista y restrictiva haciendo coincidir la convivencia marital con la convivencia matrimonial, convirtiendo la expresión «vivencia» en «convivencia» y supeditando la apreciación a una cohabitación de carácter permanente y estable que en la práctica genere una situación similar a la matrimonial, con la comunicación personal y patrimonial que la misma conlleva. Asimismo, se ha considerado que la convivencia en el mismo domicilio se ha venido señalando como un dato esencial para apreciar la relación similar al matrimonio⁷⁵. Por otra parte, frente a tal rigorismo un amplio sector jurisprudencial, teniendo en cuenta la finalidad de la norma y la realidad social del momento en que se aplica, así como la existencia de distintos tipos y modelos de convivencia, entienden por «convivencia marital» aquella en que se dé una relación sentimental de pareja con cierta estabilidad sin necesidad de convivir de forma permanente y menos en la misma vivienda. Lo que debe tomarse en consideración para conceptuar una convivencia como «marital» no es el mero hecho de vivir siempre juntos en el mismo domicilio, sino la existencia de una relación afectiva y sentimental entre ambos expresiva de la voluntad de ser o de constituir una pareja estable, lo cual acontece en todos aquellos supuestos de parejas en que habitando cada uno de sus miembros en domicilios distintos o que comparten vivienda solo durante determinados periodos de tiempo, gocen de los elementos de sentimientos y exclusividad, afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad⁷⁶.

En línea con esta última corriente jurisprudencial, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 9 de febrero de 2012⁷⁷, al abordar la cuestión referida al significado de la expresión «vida marital», en la que después de poner de manifiesto la existencia de ambas posturas, afirma que *«para dar sentido a la regla del artículo 101.1 del Código Civil, deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. De acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente solo como causa de extinción de la que se denomina “prestación compensatoria”, en su artículo 233-19.1 b), tal como lo había recogido el artículo 86.1 c) CF. Utilizando el segundo canon interpretativo, es decir, el relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión “vida marital con otra persona” puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, more uxorio, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina “vida marital” son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado*

treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio». De acuerdo con lo anterior, entiende la Sala que «la convivencia de D^a Florinda con una tercera persona durante un año y medio, que la propia implicada reconoció haberse producido y que la sentencia recurrida tiene por cierta, tuvo el carácter de “vida marital” a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 101 del Código Civil, fundamentalmente por las siguientes razones: 1. La valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida admite que se produjo una relación sentimental de año y medio de duración, que no se había ocultado, siendo conocida por amigos y familiares, siendo pública en actos sociales; 2. Aunque al parecer no se produjo una convivencia continuada bajo el mismo techo, se habían producido continuas permanencias y/o visitas de uno en el domicilio del otro, encuentros de manera pública en compañía del Sr. Victorio en su vehículo y en diversos establecimientos hosteleros de la ciudad y sus alrededores; 3. Estas relaciones tuvieron las características de permanencia: duraron un año y medio; fueron exclusivas mientras duraron y dieron a entender en el entorno social de los convivientes que se trataba de relaciones sentimentales con una cierta estabilidad, tal como se deduce de los hechos probados y asumidos en la sentencia recurrida; 4. Los hechos probados permiten aplicar la anterior interpretación de lo que debe entenderse por “vida marital” en el artículo 101 CC; y 5. La extinción de la pensión por la causa del artículo 101.1 CC no puede considerarse una sanción, sino simplemente el cese de la obligación de mantener una prestación a cargo de una persona que no debe olvidarse, ya que no tiene ningún deber de socorro para con su excónyuge, y que mantiene la obligación de la pensión únicamente si el divorcio ha producido un desequilibrio»⁷⁸.

No obstante, resulta necesario acreditar por el deudor la existencia de tal convivencia marital para que prospere como tal causa extintiva de la pensión⁷⁹; y, asimismo, su carácter dispositivo posibilita su exclusión como causa de extinción vía convenio regulador⁸⁰.

4. Transmisión pasiva *mortis causa* de la pensión compensatoria ante el fallecimiento del deudor. La regla general del artículo 101.2 es que la pensión no se extingue por la muerte del cónyuge deudor, a diferencia de lo que sucede con la prestación de alimentos (artículo 150). Por lo que la deuda se transmite a los herederos, quienes deben seguir pagándola en los términos convenidos. No obstante, estos podrán solicitar judicialmente, si concurren ciertas circunstancias relativas a la propia herencia, la reducción de la cuantía o su supresión en los términos indicados en el citado precepto. Se discute sobre la naturaleza de la obligación de pago de la pensión compensatoria por los herederos. Para algunos autores, tras destacar lo confuso de la regulación de la materia y el escaso acierto del legislador español, consideran que, tras la muerte del deudor, se convierte la pensión en deuda del causante, pero dándole el tratamiento de carga testamentaria o especie de legado legal (DE LA HAZA, 1988, 1965)⁸¹. Mientras que otros optan por calificar al cónyuge beneficiario de la pensión como «acreedor *sui generis*», ligando la transmisión de la deuda a los herederos a la naturaleza resarcitoria o indemnizatoria de la pensión compensatoria (MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 1993, 630)⁸²; o simplemente, que estamos ante una deuda del causante que no se extingue con su muerte, ya que no se está ante una obligación personalísima (ROCA TRÍAS, 1984, 646)⁸³. De todas formas, aunque, de tratarse de verdadera deuda del causante, carecería de sentido la exigencia de respeto a la intangibilidad de las legítimas, no cabe duda que no nos hallamos ante una obligación *mortis causa* (carga) que surge como consecuencia de la apertura de la sucesión, sino ante una deuda ya existente que, se mantiene tras la muerte del deudor y con la posibilidad

de su supresión o reducción. En todo caso, el cónyuge acreedor de la pensión se transforma en acreedor de la herencia (MARÍN LÓPEZ, 2009, 228)⁸⁴. Se aplica a las pensiones fijadas con límite temporal, si el fallecimiento del deudor tuviera lugar antes de la llegada del término establecido, transmitiéndose la obligación con idéntico límite temporal. No así a la compensación por desequilibrio fijada en forma de prestación única y si antes del cumplimiento de la obligación de dar, falleciera el deudor, esta se transmite a sus herederos según las reglas generales aplicables a cualquier otra deuda del causante, sin que quepa aplicar la reducción o extinción de la pensión por las causas previstas en el artículo 101.2. Obligados al pago de la pensión son los herederos del causante; pero también el propio causante puede imponer el pago íntegro a uno de los herederos y no a otros, o incluso a un legatario, en cuyo caso aparecerá como carga del legado (ROCA TRÍAS, 1984, 647)⁸⁵. Si se trata de herederos —supuesto normal— aunque hayan aceptado la herencia pura o simplemente pueden utilizar la posibilidad de reducción o supresión de la pensión que les posibilita el mencionado artículo 101.2, porque el texto de este precepto parece limitar la cuantía de la deuda de pensión una vez fallecido el deudor (causante) a las posibilidades del caudal relicto⁸⁶. Ahora bien, es posible que los coherederos utilicen las posibilidades de sustitución de la pensión, previstas en el artículo 99 del Código Civil, y, en consecuencia, lleguen a acuerdos los coherederos y el acreedor de la pensión para la adjudicación de bienes en la partición a un solo heredero con asunción de deuda o para pago de deuda (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 1995, 45)⁸⁷. Como hemos señalado, el propio artículo 101.2 posibilita a los herederos solicitar la reducción o supresión de la pensión, cuando concurran alguna de las dos circunstancias que, se contienen en el mismo. En primer lugar, la insuficiencia de bienes del caudal hereditario para pagar la pensión. Con ello se evita que los herederos respondan de la deuda con su propio patrimonio (TORRES LANA, 1994, 1213)⁸⁸. En todo caso, resulta imprescindible una valoración global de la deuda compensatoria, a fin de poder determinar la suficiencia de la herencia en orden a su pago. Y, en segundo lugar, cuando se perjudica la legítima de los herederos, protegiendo la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima (artículos 813 y 815). En consecuencia, se privilegia los intereses de los herederos del deudor de la pensión a los acreedores de la misma. De todas formas, sea como fuere, la reducción o supresión de la pensión no es automática, sino que deberá decretarla el juez, previa solicitud de los herederos. La demanda se sustanciará por el procedimiento establecido en el artículo 770 LEC. Ahora bien, desde el mismo momento en que se acepta la herencia, se forma inventario y se cuantifica la pensión, los herederos además de hacer uso de la facultad que contiene el último inciso del artículo 101, podrán también en cualquier momento instar las causas por las que se modifica y extingue la pensión contenidas en los artículos 100 y 101.1, por lo que si se dieran cualquiera de ellas, se puede modificar o extinguir la pensión, y los herederos no estarán obligados al pago de la misma, o lo estarán en menor proporción. Igualmente, podrán invocarse aquellas causas de extinción que no menciona el citado artículo 101.1 y que son operativas, salvo las que presuponen supervivencia de ambos cónyuges. Aunque, podría alegarse la alteración sustancial en la fortuna del acreedor; no resulta tan claro que se pueda argumentar un empeoramiento en la fortuna de los herederos, pues se liga el pago de la pensión a la cuantía del caudal hereditario, a salvo las legítimas. Finalmente, no parece que, el causante deudor pueda ordenar en su testamento un legado a favor de su excónyuge que sustituya la pensión compensatoria, de suerte que, se configure como un legado

hecho a un acreedor que se impute en pago de su crédito (artículo 873 del Código Civil) (DE LA HAZA, 1988, 1962-1963)⁸⁹.

5. Otras causas de extinción de la pensión compensatoria. Además de tres causas previstas en el artículo 101, la pensión se puede extinguir por el fallecimiento del acreedor, a diferencia de la del deudor, a causa de su naturaleza personalísima; asimismo, dado el principio de libre disponibilidad que rige la materia, las partes pueden haber sometido la pensión en convenio regulador a término final o condición resolutoria, de modo que llegado aquél o cumplida esta se extingue el derecho del acreedor⁹⁰; o pactar una cláusula de suspensión del pago de la pensión, si se cumple determinada condición, con reanudación del mismo, si las circunstancias cambian; o puede, simplemente el beneficiario renunciar a la pensión en los términos del artículo 6.2 del Código Civil⁹¹. En todo caso, partiendo de la posibilidad de temporalizar la pensión —siempre que no sea contrario a la función reequilibradora—⁹², y las dificultades sobre su posible prórroga; de lo que no cabe duda es que, el transcurso del tiempo fijado determina automáticamente la extinción de la pensión. Ahora bien, el mero transcurso del tiempo desde que se fijó —a veces de muchos años, y máxime cuando se pacta como vitalicia— no implica necesariamente la extinción de aquella, ni presupone la desaparición de la situación de desequilibrio⁹³. No obstante, si se aprecia la concurrencia de otras causas como la pasividad del acreedor en acceder a un empleo, o las condiciones de edad, cualificación profesional o de salud son idóneas, puede determinar su supresión, o en su caso temporalización⁹⁴. Desde otra perspectiva, si bien, también relacionado con el paso del tiempo, la prescripción puede operar con efectos extintivos sobre el pago de la pensión en el ámbito precisamente que le es propio, así a tal fin resulta aplicable el artículo 1966.3 —respecto a la exigencia de pensiones ya devengadas (cinco años)—, y el artículo 1964 completado con el artículo 1971 en relación con el propio derecho a la pensión⁹⁵. Por otra parte, la liquidación previa de bienes gananciales no hace desaparecer el desequilibrio y, por tanto, servir como causa de extinción o reducción de la pensión, pues, cuando se fijó esta ya se encontraban los bienes en el patrimonio de ambos cónyuges⁹⁶. Igualmente, tampoco la liquidación que tiene lugar con posterioridad, sobre la base que estamos ante una simple división por mitad de un patrimonio común que pasa al patrimonio individual de cada uno, sin que reciban más bienes de los que ya tuvieran antes⁹⁷. Aunque en alguna ocasión se ha considerado que la adjudicación de bienes gananciales de importante cuantía, sí que supone una alteración sustancial de su fortuna y, en consecuencia, se procede a una limitación temporal de la pensión o a la reducción de su cuantía⁹⁸. De todas formas, en ocasiones, el derecho a la percepción de la pensión se limita precisamente a la liquidación del régimen de gananciales (fijación temporal). Finalmente, respecto de aquellas causas que inciden directamente en la institución matrimonial y sus vicisitudes, ha de destacarse el efecto extintivo de la pensión que tiene la reconciliación de los cónyuges separados sobre la base del artículo 84 del Código Civil; y, en un segundo término, la declaración de nulidad del matrimonio *ex* artículo 98 del citado cuerpo legal, pues, según señala la doctrina mayoritaria, no deja sin efecto los pactos existentes o las medidas establecidas en una resolución judicial de forma automática, siendo necesario que, se den algunos de los supuestos contemplados en el artículo 100 y 101, para que esto ocurra. Lo anterior se deduce de la aplicación del artículo 79 al disponer que, la declaración de nulidad del matrimonio no invalida los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente de buena fe; y, asimismo, del hecho que, no puede estimarse la nulidad como un cambio sustancial de las

circunstancias para dejar sin efecto lo acordado en sentencia firme de separación o divorcio (BELÍO PASCUAL, 2013, 269-270)⁹⁹.

V. BIBLIOGRAFIA.

- BELÍO PASCUAL A. C. (2013). *La pensión compensatoria*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CAMPUZANO TOMÉ H. (1994). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, 3ª ed., Barcelona: Bosch.
- DE LA HAZA P. (1988). «La transmisión *mortis causa* de la pensión de separación y divorcio», *Actualidad Civil*, núm. 2, págs. 1949-1966.
- DÍAZ MARTÍNEZ A. (2013). «Comentario al artículo 101 del Código Civil», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (director), *Comentarios al Código Civil*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch, (págs. 1061-1078).
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO T. (1997). *La temporalidad de la pensión compensatoria*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ MARTÍN A. J. (2012). «Modificación y extinción de la pensión compensatoria». *Tratado de Derecho de Familia*, 3ª ed., Valladolid: Lex Nova Thomson Reuters (págs. 879-973).
- ROCA TRIÁS E. (1984) «Comentario al artículo 101 del Código Civil», *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid: Tecnos (págs. 638-649).
- SÁNCHEZ GÓNZÁLEZ M.ª P. (2005). *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Granada: Comares.
- TORRES LANA J. Á. (1994). «Comentario al artículo 101 del Código Civil», en J.L. LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y Divorcio*. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil, 2ª ed., Madrid: Civitas (págs. 1197-1216).

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS, Sala 1ª, 14 octubre 2008.
- STS, Sala 1ª, 19 enero 2010.
- STS, Sala 1ª, 10 enero 2011.
- STS, Sala 1ª, 17 marzo 2011.
- STS, Sala 1ª, 27 junio 2011.
- STS, Sala 1ª, 3 octubre 2011.
- STS, Sala 1ª, 23 enero 2012.
- STS, Sala 1ª, 28 marzo 2012.
- STS, Sala 1ª, 20 junio 2013.
- STS, Sala 1ª, 20 febrero 2014.
- STS, Sala 1ª, 21 febrero 2014.
- STS, Sala 1ª, 17 marzo 2014.
- STS, Sala 1ª, 18 marzo 2014.
- STS, Sala 1ª, 26 marzo 2014.
- SAP, Madrid, secc. 2ª, 15 septiembre 2000.
- SAP Zaragoza, secc. 2ª, 9 noviembre 2010.
- SAP, Sevilla, secc. 2ª, 29 noviembre 2013.

NOTAS

¹ RJ 2005/1133.

² RJ 2005/4209.

³ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de octubre de 2008 (La Ley 148008/2008); de 28 de abril de 2010 (La Ley 49079/2010); de 29 de septiembre de 2010 (La Ley 161979/2010); de 14 de febrero de 2011 (La Ley 2161/2011); y, de 23 de octubre de 2012 (La Ley 154918/2012), optan por la temporalidad. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2011 (RJ 2011/2772), para fijar su carácter temporal o vitalicio, depende de si con ello se resiente o no la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo esta una condición que obliga a tener en cuenta las específicas circunstancias del caso y particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 del Código Civil que, permiten valorar la idoneidad de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en tiempo concreto. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de julio de 2011 (RJ 2011/7377). Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de junio de 2011 (La Ley 111555/2011); de 5 de septiembre de 2011 (La Ley 189049/2011); de 10 de enero de 2012 (La Ley 7716/2012), que, precisa que, la temporalidad de la pensión se contempla, tanto por el legislador como por la doctrina que se cita para justificar interés casacional como una opción y no como una obligación; y, de 24 de octubre de 2013 (RJ 2013/7014), que, asimismo, señala que «es cierto que esta transformación de la pensión vitalicia en temporal puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico y, alcanzarse por tanto la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia o ponderación, con criterios de certidumbre, pues, a ella se refiere reiterada jurisprudencia de esta Sala».

⁴ SÁNCHEZ ALONSO, M. (2012) «La pensión compensatoria», *Crisis matrimoniales*, Memento Experto, Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, pág. 219.

⁵ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNAARRIAGA, L. (2003). *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, 2ª edición, Valladolid: Lex Nova, pág. 114.

⁶ CAMPUZANO TOME, H. (1994). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, 3ª edición, Barcelona: Bosch, págs. 25-26.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de marzo de 2009 (La Ley 8747/2009), en su *Fundamento de Derecho Segundo* conceptúa la pensión compensatoria como «una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges, o excónyuges, —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio». Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de junio de 2013 (La Ley 65209/2013), conceptúa la pensión compensatoria como «la pensión económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o excónyuges —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio».

APARICIO AUÑÓN, E. (1999). «La pensión compensatoria», *Revista de Derecho de Familia*, número 5, octubre, págs. 41-42 «es una obligación impuesta directamente por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa producida de forma fortuita, entre personas unidas por vínculos consorciales contraídos en forma voluntaria o incidentalmente».

⁷ Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 10 de febrero de 2005 (La Ley 855/2005); de 28 de abril de 2005 (La Ley 11968/2005); y, de 9 de octubre de 2008 (La Ley 148008/2008), señalan que, la pensión compensatoria responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o divorcio de uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio.

⁸ APARCICIO AUÑÓN, E., «La pensión compensatoria», *op. cit.*, pág. 46, basa la afirmación en dos tipos de argumentos: 1. En el antecedente histórico de la pensión compensatoria, que es la pensión alimenticia entre divorciados que arbitró la ley de divorcio republicana, y, 2. En nuestras reservas sobre la idea de que con el divorcio desaparezcan todas las obligaciones asistenciales que la ley impone al marido y a la mujer». En contra, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. «La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio», *op. cit.*, pág. 117.

Igualmente, LACRUZ BERDEJO J. L., *et al.* (2008). *Elementos de Derecho Civil, T. IV Familia*, 3ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, pág. 105, quien señala que la prestación impuesta en el artículo 97 no es ni indemnizatoria por la ruptura, ni alimentaria. No supone indemnización del culpable al inocente por la ruptura del consorcio, pues el legislador no toma en cuenta en ningún caso quien dio motivo para la separación y prescinde aquí de la referencia potencial de la culpabilidad. Tampoco se trata de alimentos en caso de necesidad: el esposo demandante de la pensión solo tiene que demostrar el desequilibrio económico que le es desfavorable, determinándose entonces la pensión en su favor, mientras el desequilibrio dure.

⁹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 7ª, de 16 de diciembre de 2004 (*JUR* 2008/158525).

¹⁰ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1997). *La temporalidad de la pensión compensatoria*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 90 manifiesta que «lo que hará la pensión, en su caso, es tratar de resarcir el perjuicio causado, idea que no es asimilable a igualar los patrimonios. Con ello lo que se pone de relieve más claramente es la faceta indemnizatoria de la pensión por desequilibrio»; ROCA TRÍAS, E. (1991). «Comentario al artículo 97 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil*, en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, LUIS DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ, y Pablo SALVADOR CODERCH (directores), T. I, Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, pág. 403, si bien, matiza que no se trata de una indemnización en el sentido estricto del término, puesto que el daño objetivo consiste en la pérdida de las expectativas de todo tipo que derivan del matrimonio. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 3ª, de 11 de octubre de 1999 (*AC* 1999/2129); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 6ª, de 15 de septiembre de 2000 (*JUR* 2001/75659); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4ª, de 5 de abril de 2001 (*JUR* 2001/167023) habla de un supuesto de resarcimiento del daño objetivo por las expectativas de todo tipo que se derivan del matrimonio; de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 1ª, de 21 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/208250); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2ª, de 7 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/9807).

¹¹ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 10ª edición, Madrid: Tecnos, pág. 125; GARCÍA CANTERO, G. (1982). «Comentario a los artículos 97 a 101 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. II, Madrid: Edersa, pág. 436. Igualmente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2008). «Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio», *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 2ª ed., Madrid: Colex, págs. 187-188, después de negar que la compensación tenga carácter alimentario, pues, no procede de una eventual subsistencia de la obligación de alimentos tras el divorcio, ni tampoco se identifica con la obligación de alimentos subsistente entre los cónyuges separados; ni tampoco es una indemnización basada en la eventual culpabilidad de uno de los cónyuges en relación con la separación o el divorcio, no se concede al cónyuge inocente a costa del culpable, entre otras razones por la irrelevancia de los criterios culpabilísticos en nuestro sistema de separación y divorcio, se inclina por su naturaleza compensatoria ligada al dato puramente objetivo de la existencia de un desequilibrio económico determinante del empeoramiento de la situación de uno de los cónyuges; y, SOSPEDRA NAVAS Fco., J. (2006) «Los

procesos matrimoniales y de menores», en VVAA *Los procesos de familia*, director Francisco José SOSPEDRA NAVAS, 1ª edición, Madrid: Thomson-Cívitas, pág. 101.

Asimismo, señala VEGA SALA, F., «La reforma de la separación y el divorcio», *Revista Jurídica de Cataluña*, número 1, 2006, pág. 58 que con la reforma operada por Ley 15/2005, la pensión compensatoria ha recuperado la forma originaria del Código Civil francés, donde no era una pensión, sino una prestación compensatoria. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de octubre de 2008 (La Ley 8747/2009), donde se aprecia que su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge preceptor.

¹² La Ley 125216/2009. En este sentido, asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1133); de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/1637) señala que «su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil) no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación; y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge preceptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria»; y, de 22 de junio de 2011 (La Ley 159722/2011); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 10 de junio de 2009 (JUR 2009/408694).

¹³ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2010 (RJ 2010/417).

¹⁴ SÁNCHEZ ALONSO, M. «La pensión compensatoria», *op. cit.*, pág. 220.

¹⁵ Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de febrero de 2005 (La Ley 855/2005); de 28 de abril de 2005 (La Ley 11968/2005); de 9 de octubre de 2008 (La Ley 148008/2008); de 5 de noviembre de 2008 (La Ley 169518/2008); de 21 de noviembre de 2008 (La Ley 176076/2008); de 10 de marzo de 2009 (La Ley 8747/2009); de 17 de julio de 2009 (La Ley 125216/2009); de 14 de febrero de 2011 (La Ley 2161/2011); y de 23 de enero de 2012 (La Ley 2373/2012), precisa en su *Fundamento de Derecho Cuarto* que: «(...) su finalidad no es perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial». *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 8 de febrero de 2012 (La Ley 54195/2012).

¹⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 10 de enero de 2011 (RJ 2012/3643).

¹⁷ En esto coincide la doctrina, *vid.*, GARCÍA VARELA, R. (2000). «Comentario al artículo 97 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil*, en Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (COORD.), T. II, Barcelona: Bosch, págs. 125-126; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio, *op. cit.*, págs. 167-188; ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 403. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 22 de junio de 2011 (RJ 211/5666); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, 23 febrero 2001 (JUR 2001/138441); y, de la Audiencia Provincial de Almería, sección 3ª, de 25 de mayo de 2002 (JUR 2002/175057).

¹⁸ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6060); de 10 de enero de 2011 (RJ 2012/3643) (*Fundamento de Derecho Tercero*); de 22 de junio de 2011 (La Ley 159722/2011); de 19 de octubre de 2011 (La Ley 205980/2011); y, 4 de diciembre 2012 (RJ 2013/194); y, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 27 de octubre de 1998 (AC 1998/8955); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 12 de noviembre de 1998 (AC 1998/8712); de la Audiencia Provincial de Zamora, sección única, de 3 y 13 de diciembre de 1999 (AC 1999/8231; y, AC 1999/8234); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2ª, de 28 de

febrero de 2001 (*JUR* 2001/142689); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 5ª, de 28 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/226502), que en la determinación del desequilibrio impone la regla de la proporcionalidad que fija el artículo 97.8 del Código Civil; de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2ª, de 20 de septiembre de 2001 (*JUR* 2002/132872); de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 1ª, de 30 de octubre de 2001 (*AC* 2001/12340); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 2 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/28383); de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección única, de 25 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/94246); de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1ª, de 18 de junio de 2003 (*JUR* 2003/240882); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4ª, de 10 de julio de 2003 (*JUR* 2003/234802); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6ª, de 26 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/106079), un desequilibrio económico que se ha producido a la esposa, teniendo en cuanto que ya no podía seguir trabajando en el negocio del esposo y que los trabajos del campo suelen ser temporales; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 29 de abril de 2004 (*JUR* 2004/172389); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 4ª, de 19 de julio de 2004 (*JUR* 2004/256367); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 27 de abril de 2005 (*JUR* 2005/126706), ante la eventualidad del trabajo desempeñado por la esposa; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 22 de junio de 2005 (*AC* 2005/1450); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 4 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/272099); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 18 de julio de 2007 (*JUR* 2007/326541); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª, de 24 de julio de 2007 (*JUR* 2008/16506); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 7 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/42660); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2ª, de 22 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/119118), que habla de la concurrencia de un doble desequilibrio económico y patrimonial.

¹⁹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 19 de febrero de 2014 (*RJ* 2014/1131); y, de 20 de febrero de 2014 (*RJ* 2014/1385), aunque los ingresos del marido representan el doble de los que obtiene su mujer, ello no comporta automáticamente una absoluta disparidad desequilibrante; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2ª, de 19 de febrero de 1998 (*AC* 1998/3550); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 11 de diciembre de 1998 (*La Ley* 1999/4698); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, 27 abril de 1999 (*JUR* 1999/144146); de la Audiencia Provincial de Zamora, sección única, de 7 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/113468); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 8 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/150615); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3ª, de 30 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002/286409); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, sección 5ª, de 22 de enero de 2007 (*JUR* 2007/143002).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 8 de febrero de 2001 (*AC* 2001/339) desestima, igualmente, la pensión por desequilibrio, pues, la posición económica de la esposa solicitante no trae causa de la ruptura matrimonial, sino de sus propias circunstancias personales. La sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2ª, de 13 de junio de 2005 (*JUR* 2005/225140), asimismo, considera que existe una falta de acreditación de la situación de desequilibrio, pues, ha transcurrido casi ocho años desde el cese de la convivencia matrimonial. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 21 de junio de 2005 (*JUR* 2005/221377) considera, igualmente, que no hay desequilibrio, pues, la esposa tiene suficiente capacidad económica para afrontar de modo autónomo sus necesidades pecuniarias.

²⁰ La sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2ª, de 23 de septiembre de 1998 (*AC* 1998/1738).

²¹ Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, (Pleno) de 19 de enero de 2010 (*RJ* 2010/417), y, de 4 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010/8023); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 16 de mayo de 1997.

²² Aceptando un criterio subjetivista, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2005 (*RJ* 2005/1133) (*Fundamento de Derecho* 2º); de 19 de enero de 2010 (*RJ* 2010/417); de 10 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013/204); de 17 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013/377); de 20 de noviembre 2013 (*RJ* 2013/7823); y, 20 febrero 2014 (*RJ* 2014/1385).

²³ Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, del Pleno, de 19 de enero de 2010 (*La Ley* 1539/2010) (*Fundamento de Derecho* 6º); de 4 de noviembre de 2010

(La Ley 231765/2010); de 14 de abril de 2011 (La Ley 227647/2011); de 16 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012/10435); de 17 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013/377); de 17 de mayo de 2013 (La Ley 45900/2013); de 21 de junio de 2013 (*RJ* 2013/4379); de 16 de julio de 2013 (*RJ* 201374639); y, de 21 de febrero de 2014 (*RJ* 2014/1140).

²⁴ Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 9 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/58931); y, de 3 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012/1244); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1ª, de 13 de febrero de 1999 (*AC* 1999/4235); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, de 24 de mayo de 1999 (*AC* 1999/6707); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 14 de abril de 2000 (*AC* 2001/2048); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 16 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/156313); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 24 de enero de 2002 (*JUR* 2002/111313); de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2ª, de 4 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/124303); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 16 de abril de 2002 (*JUR* 2002/221365); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 30 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/233863); y, de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1ª, 31 octubre 2012 (*JUR* 2012/396956).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 2ª, de 12 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/65249) precisa que hay inexistencia de la situación de desequilibrio entre la situación económica durante y después del matrimonio, solicitándose la pensión transcurridos cuatro años desde la separación. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 5 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/150236), para apreciar la situación de desequilibrio económico en un cónyuge respecto al otro ha de hacerse únicamente al momento de la ruptura o cese de la convivencia y no en un momento posterior: no es un derecho del cónyuge a acceder a participar en futuras ganancias del cónyuge deudor. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 15 de junio de 2006 (*JUR* 2006/270461), se señala que, la valoración del desequilibrio en el momento de la ruptura comparándolo con el inmediatamente anterior de normalidad matrimonial.

²⁵ LACRUZ BERDEJO J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil, T. IV Familia», *op. cit.*, pág. 105; ROCA TRIAS, E. «Comentario al artículo 97 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 409.

²⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 23 de enero de 2002 (*JUR* 2002/111199).

²⁷ Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/7123); y, de 9 de octubre de 2008 (La Ley 148008/2008). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 25 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/105399), señala que estamos ante «un desequilibrio económico entre cónyuges en relación con la posición de otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, que se determina sobre el doble elemento comparativo, por un lado, de carácter temporal (empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio), y por otro, de índole subjetiva (estatus económico inferior al del cónyuge contra el que se dirige la pretensión, exigiéndose así la combinación de ambas condiciones comparativas para que pueda surgir en el ámbito legal y consiguiente reconocimiento judicial. una vez constatado dicho desequilibrio, la concurrencia de uno o más de las circunstancias enumeradas en dichos preceptos (artículo 97.1 del Código Civil; y, 84 del CF catalán) será determinada para la cuantificación de la pensión». En el mismo sentido, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, de 4 de mayo de 2004 (*JUR* 2004/290431). Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 19 de febrero de 2014 (*RJ* 2014/1131) señala la ausencia de desequilibrio por el ejercicio profesional de ambos cónyuges.

²⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. «La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio», *op. cit.*, págs. 181-182. Por su parte, señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 20 de febrero de 2014 (*RJ* 2014/1385) que, «no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente, ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultantes tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial».

²⁹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de junio de 2011 (*RJ* 2011/5666); de 3 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012/1244); y de 25 de noviembre de 2011 (La Ley 228955/2011); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 26 de marzo de 2009 (La Ley 46210/2009).

³⁰ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 30 de septiembre de 2009 (La Ley 259088/2009).

³¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de mayo de 2013 (*RJ* 2013/3703) (*Fundamento de Derecho Primero*).

³² *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de junio de 2013 (La Ley 65209/2013).

³³ La Ley 35883/2014.

³⁴ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. «La temporalidad de la pensión compensatoria», *op. cit.*, págs. 61-62.

³⁵ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/7123), señala en su *Fundamento de Derecho 3º*: «Que presupuesto básico para la concesión o reconocimiento de la pensión es la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges provocando la ruptura conyugal que determine, para el acreedor de la pensión, un empeoramiento con relación a la situación de la que disfrutaba en el matrimonio, (y no una situación de necesidad, por lo que compatible su percepción incluso en el caso de contar con medios económicos para subsistir), siendo necesariamente al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía, como además, sobre su duración indefinida o su fijación con carácter temporal». Asimismo, la sentencia de este Alto Tribunal, de 23 de enero de 2012 (*RJ* 2012/1900); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, 16 octubre 2012 (*JUR* 2012/369929).

³⁶ La Audiencia Provincial de Cáceres de 21 de noviembre de 1988 señala que: «... es requisito necesario para que surja el derecho de pensión que el desequilibrio económico produzca un empeoramiento en la situación anterior; debiendo por tanto tenerse en cuenta el nivel de vida del matrimonio para determinar si por la separación o el divorcio alguno de los cónyuges va a experimentar un descenso en su forma de vida, pues, solo en el caso de que se produzca tal desequilibrio, que ha de tener cierta relevancia, procede la pensión (...) así como es también de apreciar una adecuada relación de causa a efecto entre el desequilibrio producido y la separación...». *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5ª, de 22 de abril de 1998 (*AC* 1998/4380); de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4ª, de 7 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/134839); de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 23 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/138441); y, de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1ª, de 31 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/155071). La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª, de 26 de mayo de 2005 (*RJ* 2005/10277), estima la ausencia de empeoramiento en el nivel de vida de la esposa tras la ruptura matrimonial, continuando con el ejercicio de su actividad laboral y con una asistenta para las labores del hogar.

³⁷ La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 14 de junio de 1996 (*AC Aud.*, número 23, de 1-15 de diciembre de 1996, pág. 2603).

³⁸ Las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3ª, de 29 de marzo de 2000 (*JUR* 2001/90851), que fija como presupuestos, además de la existencia de un claro desequilibrio patrimonial entre los esposos; que, tal desequilibrio sea consecuencia directa y esté vinculado causalmente con la separación o divorcio y no con otras circunstancias ajenas a la crisis matrimonial; y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 3ª, de 4 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/224140).

³⁹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, 7 de octubre 1997 (*AC* 1997/2019).

⁴⁰ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/7123); de 10 de enero de 2011 (*RJ* 2012/3643); de 27 de junio de 2011 (*RJ* 2011/4890); y, de 23 de octubre 2012 (*RJ* 2012/10114).

⁴¹ NAVARRO MIRANDA, J. R. (2011). «Comentario al artículo 101 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, Pedro DE PABLO CONTRERAS y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (coord.), vol. I, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, pág. 548.

⁴² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 19 enero y 25 de noviembre de 2011 (*RJ* 2010/417) y (*RJ* 2012/575); y, de 20 de junio de 2013 (*RJ* 2013/4377).

Por su parte, DE LA HAZA DÍAZ, P. (1989). *La pensión de separación y divorcio*, Madrid: La Ley, pág. 119 señala que: «el equilibrio que se pretende como finalidad de la pensión en el momento en que esta se establece tiene que es distinto del exigido como causa de extinción de la relación; en el primer caso, el módulo comparativo del equilibrio es lógico que sea la situación económica del excónyuge y el gozado inmediatamente por ambos en el matrimonio, puesto que la pensión nace cuando se formaliza la ruptura de la relación conyugal; por el contrario, el artículo 101.1 del Código Civil alude a un momento posterior, en el que ya cada uno de los esposos ha vivido un periodo de tiempo más o menos largo con independencia del otro, y sin participar en su economía (...). El equilibrio que provoca la pérdida del derecho a percibir la pensión no tiene por qué hacer referencia a la situación del deudor de tal pensión ni a la situación matrimonial anterior, solo puede tomar de referencia al propio acreedor; en el sentido de que ha llegado, no ya a cubrir sus propias necesidades, sino a gozar de la posición económica que le corresponde como individuo de acuerdo con sus aptitudes para conseguir bienes o recursos materiales».

⁴³ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 20 de abril de 2002 (*JUR* 2001/264690).

⁴⁴ PÉREZ MARTÍN, A. (2012). «Modificación y extinción de la pensión compensatoria», *Tratado de Derecho de Familia*, T. IV, 3ª ed., Valladolid: Lex Nova-Thomson Reuters, pág. 931.

⁴⁵ PÉREZ MARTÍN, A., «Modificación y extinción de la pensión compensatoria», *op. cit.*, pág. 930

⁴⁶ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, 22 de septiembre de 2004 (*JUR* 2004/308809), no puede sustentarse la extinción de la pensión compensatoria en el hecho que la beneficiaria haya estado incorporada en un programa de ayuda social durante cinco meses, al ser beneficiaria de una renta básica; de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1ª, 13 de enero de 2009 (*JUR* 2009/193497), el hecho de que la esposa trabajase de manera eventual y estuviera preparando oposiciones no era suficiente para entender desaparecido el desequilibrio que motivó el establecimiento de la pensión; de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, 24 de abril de 2009 (*JUR* 2009/378786), que aunque la esposa realizaba algunos trabajos esporádicos, no podía subsistir con los 200 euros acordados, por lo que persistía el desequilibrio; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 17 de junio de 2009 (*JUR* 2009/310044) que entendió que no procedía la extinción de la pensión porque la actividad laboral de la actora proporcionada por una amiga en un centro geriátrico no era continuada; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 6 de octubre de 2010 (*JUR* 2010/384653), que tampoco extinguió la pensión de la esposa de sesenta y tres años, sino que la redujo a 600 euros por entender que obtenía ingresos eventuales como modista; de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, de 30 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/40213), que ni los supuestos trabajos de limpieza son estables ni las condiciones hasta ahora concurrentes en la demanda le han permitido realizar otro trabajo con mayor rendimiento que lo que ingresa por concepto de pensión compensatoria, por lo que no procede su extinción; de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 10 de febrero de 2011 (*JUR* 2011/343048), donde difícilmente se puede admitir la pretensión de extinción de la pensión compensatoria en base al hecho de que la esposa trabaje en la actualidad, pues, parece lógico pensar que al momento de la firma del convenio regulador, en donde se cuantifica la pensión en 300 euros mensuales, el que la esposa accediera al mercado laboral, era indispensable para su propia subsistencia; de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 2ª, 13 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/380298), lo acreditado es que la exesposa es demandante de empleo y solo percibe por trabajos de empleada de hogar por horas una cantidad absolutamente insuficiente para entender que han cambiado las circunstancias que dieron lugar a la determinación de la pensión compensatoria; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, 14 de abril de 2011 (*JUR* 2011/249706), declaró no haber lugar a la extinción de la pensión debido a lo reducido de su importe.

⁴⁷ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 12 de mayo de 2009 (*JUR* 2009/339453).

⁴⁸ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 20 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013/380); y, de 26 de marzo de 2014 (*RJ* 2014/1935), esta última señala que «las alteraciones sustanciales que dan lugar a la extinción de la pensión compensatoria debe reunir el carácter de estables por lo que cabe descartar las fugaces o efímeras. Por tanto, no pueden tenerse en cuenta una modificación o alteración transitoria, siendo necesario que reúna las condiciones de estabilidad o permanencia. En conclusión ni procede la extinción de la pensión compensatoria, pues, el régimen laboral de la Sra. Carmela, constituía una situación transitoria habida cuenta de su próxima jubilación, que realmente se produjo»; la sentencia del TSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª, 29 junio 2011 (*RJ* 2011/6276); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2ª, 2 de julio 1999 (*AC* 1999/2046), percepción de ingresos por la beneficiaria; de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 7ª, 20 mayo 2002 (*JUR* 2002/250700), incorporación de la esposa al mercado de trabajo; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6ª, de 24 de enero de 2005 (*JUR* 2005/92593) se ha incorporado a la vida laboral con un salario superior al de sus esposo; de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, de 1 de abril de 2005 (*JUR* 2005/124542), en la que entiende que ha lugar a la supresión de la pensión compensatoria dada la paridad de los ingresos que perciben ambos litigantes, lo que supone un cambio sustancial en la situación económica del obligado a su pago; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, 19 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/234916), se han modificado sustancialmente las circunstancias al haber accedido la esposa a un empleo que le reporta ingresos para atender con dignidad su propio sustento, con que sea obstáculo para ello que su contrato sea a tiempo parcial, por lo que procede la extinción de la pensión compensatoria acordada en un procedimiento de separación de mutuo acuerdo y mantenida en ulterior pleito de divorcio; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, 4 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/157676), esposa que cuando se separó tenía 36 años, estando trabajando desde hace 14 años; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 23 de junio de 2010 (*JUR* 2010/265957), se acuerda la extinción de la pensión compensatoria ya que aunque la actividad laboral de su exesposa venía propiciada por sucesivos contratos temporales, y que se vienen prolongando durante varios años hasta el punto de que cabe considerarlo estabilizado; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2ª, de 9 de noviembre 2010 (*JUR* 2011/22013), no procede la supresión ante la desventajosa situación económica en que se queda la esposa tras la ruptura conyugal; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 25 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/257753), se ha acreditado que la exesposa alquila cuatro habitaciones de su domicilio, suministrando desayuno y cena, además de la limpieza de la ropa, percibiendo 600 euros por cada una de ellas. Este hecho se considera causa para extinguir la pensión compensatoria; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 5 de octubre de 2011 (*JUR* 2012/3350), donde se confirma la supresión del derecho a percibir la prestación compensatoria, cuando se advierte, en el informe de vida laboral, que la acreedora de la pensión viene alternando situaciones de alta con períodos de desempleo en los que percibe la correspondiente prestación; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 24 de febrero de 2012 (*JUR* 2012/88213), en la que se extingue el derecho a la pensión compensatoria debido a los ingresos regulares y en cuantía suficiente percibidos por la esposa tras el divorcio, los cuales no existían en el momento de la separación; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, 29 de febrero de 2012 (*JUR* 2012/150360) entendió que la situación laboral de la esposa había mejorado sustancialmente desde que se dictó la sentencia de separación; y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2ª, de 13 de abril de 2012 (*JUR* 2012/154543) que, asimismo, suprimió el derecho a la pensión compensatoria debido al cobro de una pensión no contributiva por parte de la esposa.

⁴⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de abril de 2012 (*RJ* 2012/5911).

⁵⁰ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, 11 de febrero de 1999 (*AC* 1999/3857), en la percepción de una pensión de orfandad por la acreedora de la pensión compensatoria, determinó la extinción de esta; y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 2 de julio de 1999 (*AC* 1999/2046), en la que, si bien, no se constata una actividad remunerada de la esposa, sí se demostró la existencia de ingresos periódicos en una entidad bancaria que arrojaba un importante saldo, además de participaciones en un fondo de inversión.

⁵¹ *RJ* 2011/6697. En el mismo sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3ª, de 31 de octubre de 2003 (*JUR* 2004/76074), que el hecho de que la esposa ha heredado un poco más de 18.030 euros no es causa suficiente para suspender o disminuir la pensión compensatoria; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 5 de abril de 2005 (*JUR* 2005/106795), no ha lugar a extinguir la pensión compensatoria, habida cuenta que tal derecho se reconoció después de muchos años de matrimonio que se contrajo en 1959, siendo preciso tener en consideración la edad de la exesposa —66 años—, no siendo obstáculo para ello que haya heredado, junto con su hermano un inmueble que, además fue vendido en el año 2003, repartiéndose el precio entre ambos; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 12 de diciembre de 2011 (*JUR* 2011/21886), que declaró en relación con la herencia recibida que: «la demandada Doña Josefa ha heredado de su padre, pero no consta que ello haya tenido una incidencia significativa en su disponibilidad económica, debiendo señalarse que a su madre le correspondió el usufructo vitalicio y que son cinco hijos y herederos».

⁵² La Ley 21266/2014. En este sentido, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, sección 1ª, de 1 de junio de 2010 (*JUR* 2010/250991); y, de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2ª, de 28 de febrero de 2012 (*JUR* 2012/113631).

⁵³ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5ª, de 22 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/135648), que procede extinguir la pensión compensatoria pactada hace 20 años en el convenio de separación, pues, el desequilibrio es ya inexistente al percibir la esposa una pensión no contributiva y el marido se ha jubilado, reduciéndose sustancialmente sus ingresos. Además, los hijos ya no son ninguna carga por haberse independizado y la esposa conserva la vivienda que fue familiar, siendo significativo que a los ocho años de pactar inicialmente esa pensión, los cónyuges la redujeran de común acuerdo; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, de 2 de diciembre de 2010 (*JUR* 2011/54528), al pasar al percibir la exesposa una pensión de jubilación, bastante superior a la que percibía anteriormente, mientras que el exesposo percibe por jubilación una pensión mensual de 672,16 euros, teniendo que pagarse una vivienda en alquiler.

⁵⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/7123); de 15 de junio de 2011 (*RJ* 2011/4634); de 27 de junio de 2011 (*RJ* 2011/4890); y de 23 de enero de 2012 (*RJ* 2012/1900); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 15 de junio de 2011.

⁵⁵ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 18 de enero de 2011 (*JUR* 2011/119128). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 9 de febrero de 2011 (*JUR* 2011/161215), no procede extinguir la pensión compensatoria, pues, aun cuando es cierto que en la actualidad el esposo se encuentra en situación de desempleo, también lo es que se encontraba en esta situación, cuando se dictó la sentencia de divorcio; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 17 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/341102), no extingue la pensión compensatoria dado que el exesposo permanece de alta como autónomo en la empresa en que es administrador.

⁵⁶ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ávila, de 12 de diciembre de 1998 (*AC* 1998/7152), situación de desempleo del esposo obligado a percibir un subsidio, y reconocimiento a favor de la esposa de una pensión por invalidez absoluta que no disfrutaba cuando se acordó la separación; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 18 de octubre de 2010 (*JUR* 2010/412061).

⁵⁷ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 23 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/83205); y de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1ª, de 27 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/155239).

⁵⁸ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1ª, de 4 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/123197); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 26 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/232973); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 9 de noviembre de 2011 (*JUR* 2011/415760). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 19 de julio de 2005 (*JUR* 2005/198957), a pesar que el esposo obtiene menos ingresos tras haberse jubilado, procede mantener en el divorcio la misma compensación fijada para la esposa en la separación, pues, es de escasa cuantía (90 euros).

⁵⁹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6ª, de 15 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/120631), en la que procede la extinción de la pensión compensatoria ante el agravamiento de la enfermedad del esposo que le obliga a necesitar ayuda de una tercera persona.

⁶⁰ Normalmente, la jurisprudencia se muestra reacia a decretar la extinción de la pensión compensatoria, argumentando que las nuevas cargas familiares se contraen de forma voluntaria y con pleno conocimiento de la existencia de anteriores obligaciones (sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, de 22 de abril de 1998 (*AC* 1998/4380); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6ª, 3 de abril 2001 (*JUR* 2001/233599); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1ª, 29 septiembre 2002 (*JUR* 2002/282671); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 10 de octubre de 2002). No obstante, en caso de insuficiencia real del patrimonio del deudor para atender a las nuevas obligaciones familiares, se puede llegar a decretar la extinción de la pensión compensatoria, al otorgar preferencia a los alimentos de los hijos (sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, 11 de enero de 2000 (*AC* 2000/3022); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, de 24 de abril de 2002; y de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3ª, de 20 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004/50615).

⁶¹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 14 de noviembre de 2003, desestimó la solicitud de extinción de la pensión compensatoria debido a la indemnización percibida como consecuencia del despido y la posible incorporación del actor al mercado de trabajo; de la misma de la Audiencia Provincial, sección 22ª, de 14 de febrero de 2012 (*JUR* 2012/107052), desestimó la petición del esposo, al no quedar descartada la posibilidad de que volviera a trabajar; de nuevo de la misma Audiencia Provincial, sección 22ª, 2 de marzo de 2012 (*JUR* 2012/117616), no procede la solicitud del deudor de extinción de la pensión, por entender que la situación económica de la empresa «refleja una situación meramente coyuntural».

⁶² *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1ª, de 24 de junio de 2009 (*JUR* 2009/308882) que no procedió a extinguir el derecho a la pensión compensatoria debido a que el deudor conocía la actividad laboral de su esposa existente con anterioridad a la suscripción del convenio regulador de separación; y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2ª, de 20 de enero de 2010 (*JUR* 2010/91334), que, asimismo, no extinguió la pensión compensatoria por entender que el trabajo de la esposa era una circunstancia que pudo preverse en el momento de suscribir el convenio regulador.

⁶³ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3ª, 8 de julio de 2011 (*JUR* 2011/309447).

⁶⁴ CAMPUZANO TOMÉ, H. (1994). «La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento», *op. cit.*, págs. 199-200.

⁶⁵ DIAZ MARTÍNEZ, A. (2013). «Comentario al artículo 101 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil, T. I*, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (director), Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 1064.

⁶⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 3 de junio de 2013 (*RJ* 2013/4366).

⁶⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2003). *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, *op. cit.*, págs. 384-385.

⁶⁸ CAMPUZANO TOMÉ, H. «La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento», *op. cit.*, pág. 201.

⁶⁹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2ª, 11 de julio 2005 (*JUR* 2005/194601); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, 26 junio 2013 (*JUR* 2013/330650).

⁷⁰ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 15 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000/303180).

⁷¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 26 de mayo de 2010 (*JUR* 2010/371442).

⁷² CAMPUZANO TOMÉ, H. «La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento», *op. cit.*, pág. 202.

⁷³ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, 7 de febrero de 1992 (AC 1992/260); y de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 12 de junio de 2002 (JUR 2002/251375).

⁷⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, A. «Comentario al artículo 101 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1065.

⁷⁵ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, de 23 septiembre de 1992 (AC 1992/1236); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, 26 mayo 2010 (JUR 2010/313705); y, de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 20 de enero de 2012 (JUR 2012/73793).

⁷⁶ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, 3 mayo 2007 (AC 2007/746); de la Audiencia Provincial A Coruña, sección 4ª, 2 diciembre 2008 (JUR 2009/161392); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6ª, 15 octubre 2012 (JUR 2012/370378); de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2ª, 12 abril 2013 (JUR 2013/176803); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2ª, 29 noviembre 2013 (JUR 2014/76706).

⁷⁷ RJ 2012/2040.

⁷⁸ En sentido similar, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 28 de marzo de 2012 (RJ 2012/5591); y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª, de 21 de febrero de 2013 (RJ 2013/5755) con voto particular.

⁷⁹ Así la presunción de la plena comunidad de intereses y afectos (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, 10 septiembre 1998 (AC 1998/1812); como prueba el informe de detectives con la limitación de no vulnerar el derecho a la intimidad (sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª, 28 febrero 2014 (JUR 2014/90997)); y, el embarazo de la mujer no es por sí solo suficiente para acreditar tal convivencia marital (sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, 11 septiembre 2007 (JUR 2008/51283)).

⁸⁰ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2ª, 7 marzo 2001 (AC 2001/479).

⁸¹ DE LA HAZA, P. (1988) «La transmisión mortis causa de la pensión de separación y de divorcio», *Actualidad Civil*, núm. 2, pág. 1965.

⁸² MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1993). «Transmisión mortis causa del pago de la pensión por separación y divorcio», *Revista General de Derecho*, octubre-noviembre, pág. 9630.

⁸³ ROCA TRIAS, E. (1984). «Comentario al artículo 101 del Código Civil», *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid: Tecnos, pág. 646; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P. (2005). *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Granada: Comares, pág. 119.

⁸⁴ MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009). «Comentarios al artículo 101 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, pág. 228.

⁸⁵ ROCA TRIAS, E. «Comentario al artículo 101 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 647.

⁸⁶ En este sentido, ROCA TRIAS, E. «Comentario al artículo 101 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 647. No obstante, para DÍAZ MARTÍNEZ, A. «Comentario al artículo 101 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1075 «la responsabilidad del heredero aceptante de forma pura y simple sigue, en principio, las reglas generales, sin perjuicio de que, si el activo líquido hereditario es insuficiente, puede solicitar y obtener del juez la reducción o extinción de la pensión que grava su propio patrimonio personal».

⁸⁷ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1995). «El derecho a la pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del Código Civil a la muerte del cónyuge deudor», *Revista General de Derecho*, enero-febrero, pág. 45 estima como fórmula más aconsejable la primera

⁸⁸ TORRES LANA, J. Á. (1994). «Comentario al artículo 101 del Código Civil», *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, en José Luis LACRUZ BERDEJO (coord.), 2ª ed., Madrid: Civitas, pág. 1213, señala que, para apreciar la insuficiencia del caudal relicto, el juez deberá resolver, apreciando las circunstancias concretas de cada caso y atribuyendo especial importancia a la equidad. Y, asimismo, cree que «la reducción o supresión de la pensión no han de condicionarse a la completa desaparición del caudal relicto o de sus rendimiento, sino que debe mantenerse una equitativa proporcionalidad; de otra forma, por mor de los legítimos intereses del pensionista, transformándole contra la voluntad del causante en un simple nudo propietario».

⁸⁹ DE LA HAZA, P. «La transmisión *mortis causa* de la pensión de separación y de divorcio», *op. cit.*, págs. 1962-1963.

⁹⁰ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 1ª, 21 enero 2000 (*JUR* 2000/219001).

⁹¹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1ª, 25 febrero 2000 (AC 2000/797); y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1ª, 20 de abril de 2000 (AC 2000/3421).

⁹² *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 23 de octubre 2012 (*RJ* 2012/10114).

⁹³ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 27 de junio de 2011 (*RJ* 2011/4890); de 27 de octubre de 2011 (*RJ* 2012/1131); y, de 10 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013/202). En contra, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2ª, 2 marzo 2001 (AC 2001/419); y, de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1ª, 13 diciembre 2010 (*JUR* 2011/46824).

⁹⁴ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 24 de noviembre 2011 (*RJ* 2012/573); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, 13 octubre 2010 (*JUR* 2011/43248), procede la supresión teniendo en cuenta los 14 años que lleva abonando el esposo la pensión, unido a la edad que tenía la esposa al separarse que, le permitió rehacer su vida en todos los aspectos, incluido el económico.

⁹⁵ *Vid.*, la sentencia de TSJ Cataluña, Sala Social, de 28 mayo 2013 (La Ley 111591/2013) —con voto particular—, señala que, aunque no se produjo ninguna reclamación judicial (ni penal ni civil) para exigir el pago de la pensión compensatoria, ello no puede interpretarse como una renuncia o condonación, sino que puede responder a las más variadas circunstancias; añade, además, la Sala que el plazo para reclamar las cantidades no abonadas es de 5 años, por lo que en ningún caso puede interpretarse como renuncia, cuando aún no se ha cumplido el plazo de prescripción. Considera, por tanto, el Tribunal que el criterio de INSS denegando en estos casos el acceso a la pensión de viudedad, supone añadir exigencias adicionales a las ya contempladas por la LGSS (artículo 174.2), situando en una posición de especial desprotección al cónyuge que no percibe puntualmente la pensión por causas ajenas a su voluntad.

⁹⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 26 de marzo de 2014 (La Ley 43401/2014); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, 15 octubre 2010 (*JUR* 2011/17648).

⁹⁷ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 3 de octubre 2008 (*RJ* 2008/7123).

⁹⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 24 de noviembre de 2011 (*RJ* 2011/573).

⁹⁹ *Vid.*, BELÍO PASCUAL A. C. (2013). *La pensión compensatoria*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 269-270; DÍAZ MARTÍNEZ, A. «Comentario al artículo 101 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1070. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/7123).

La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales

The likening of adult children with mental disabilities to minor ones in potestate for the purpose of maintenance in matrimonial proceedings

Por

INMACULADA VIVAS TESÓN
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN: La situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.

ABSTRACT: *The situation of an adult child's disability does not bring about by itself a termination of or change to the maintenance that the parents must provide him/her in matrimonial proceedings and such maintenance must be the equivalent to that which is given to minor children as long as the child resides at the family home and lacks resources.*

PALABRAS CLAVE: Hijo mayor de edad. Discapacidad. Extinción de la pensión alimenticia. Procesos matrimoniales.

KEY WORDS: *Adult child. Disability. Termination of maintenance. Matrimonial proceedings*

SUMARIO: I. MINORÍA DE EDAD Y DISCAPACIDAD PSÍQUICA: UN DESIGUAL E INJUSTIFICADO TRATAMIENTO JURÍDICO.—II. LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DE DIVORCIO. EL DEBER DE ALIMENTOS DE UN HIJO CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN ONU: 1. LA PRETENSIÓN EXTINTIVA DE PENSIONES ALIMENTICIAS Y COMPENSATORIA EN LA SJPI NÚM. 17 DE SEVILLA DE 15 DE MARZO DE 2011 Y EN LA SAP DE SEVILLA DE 18 DE MAYO DE 2012. 2. LA STS DE 7 DE JULIO DE 2014: a) *Consideraciones acerca de los fallos de instancias inferiores y de la intervención del Ministerio Fiscal.* b) *El derecho a alimentos del hijo mayor de edad, con discapacidad psíquica, conviviente y sin recursos económicos aunque posible perceptor de una pensión contributiva por invalidez por parte de la Seguridad Social.* c) *La situación del alimentado con discapacidad: su equiparación al hijo menor de edad in potestate.* d) *La doctrina jurisprudencial fijada por el Alto Tribunal.*—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA

I. MINORÍA DE EDAD Y DISCAPACIDAD PSÍQUICA: UN DESIGUAL E INJUSTIFICADO TRATAMIENTO JURÍDICO

Por múltiples razones de índole profesional pero también personal (las segundas, tan o más importantes que las primeras pero aquí absolutamente irrelevantes) me produce una enorme satisfacción dedicar las próximas páginas a una cuestión que reviste enorme interés jurídico-práctico y que ha quedado definitivamente resuelta a partir de un reciente fallo de nuestro Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014, con el cual, en armonía con una norma que forma parte de nuestro Ordenamiento jurídico, la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York en el año 2006 (CDPD), pero rompiendo, con valentía, duros moldes, se ha fijado doctrina jurisprudencial acerca de aquella.

Desde siempre me ha llamado la atención el diferente trato que el legislador civil dispensa a la persona menor de edad no emancipada respecto al de la persona incapacitada judicialmente (mejor, con capacidad judicialmente modificada)¹, como ya tuve ocasión de destacar² al proponer, en una futura (antes, el adjetivo que utilizaba era «inminente» pero, como ahora se comprenderá, me he visto obligada a sustituirlo) reforma de nuestro sistema de protección de las personas no autónomas (prometida dos veces por el legislador³ pero, a día de hoy, inexplicablemente, aún incumplida)⁴, la necesaria asimilación de la normativa relativa a la persona con discapacidad psíquica (resulta, pues, excluida la física)⁵ a la reguladora de la situación jurídica del menor de edad. Precisamente es esta la línea que inicia, desde su reciente pronunciamiento, el Tribunal Supremo y que apunta a que la dinámica seguida hasta la fecha comienza, por fortuna, a cambiar.

Podría esgrimirse que estoy equivocada (y es muy probable que así sea), pues entre el menor de edad y la persona con discapacidad psíquica existen ya importantes conexiones legales, a saber: la ausencia (total o parcial) de la capacidad de querer y entender, así como la patria potestad prorrogada o rehabilitada o, en su caso, la tutela⁶.

Sin embargo, mi planteamiento es otro. No me estoy refiriendo a los sistemas de guarda sino a la consideración normativa como persona humana, al mayor o menor hincapié del legislador en su dignidad y libre desarrollo de la personalidad o, si se prefiere, a la configuración legal del estatuto jurídico existencial o personal (no del patrimonial) de uno y otra.

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 activo⁷, si bien, por suerte, cada vez son más las excepciones⁸), 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 art. 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 CC? ¿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 CC?⁹

¿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 interés superior de la persona con discapacidad?¹⁰

Lo cierto es que dicha marcada desigualdad normativa en cuanto al espacio jurídico vital de uno (el del menor de edad, en aumento) y otro (el de la persona incapacitada, nulo o casi) trasciende a todo el Ordenamiento jurídico.

Buena prueba de ello y, además, reciente (lo que, precisamente por ello, podría haber supuesto la superación de dicha clásica inercia), lo es, dentro del escenario regulador de la investigación biomédica (en el cual, a diferencia del CC, se manejan con nitidez las categorías de «menor de edad», «persona con discapacidad», «persona incapacitada judicialmente» y «persona incapaz de consentir a causa de una situación clínica»), el Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos¹¹.

Dicha norma omite por completo el tratamiento de las muestras biológicas procedentes de personas incapacitadas judicialmente, teniéndose en cuenta, exclusivamente, a los menores de edad en cuanto a la garantía para el acceso de la información relativa a la utilización de su muestra por parte de terceros cuando alcancen la mayoría de edad (arts. 23.n y 32.3). Sentado ello, surge, inevitablemente, un interrogante: ¿las personas con capacidad de obrar modificada judicialmente que posteriormente la recuperen no tienen reconocida tal garantía? Imposible, de modo que solo podemos pensar en un lamentable descuido por parte del legislador, para quien el menor de edad es tendencialmente capaz, de manera que su vulnerabilidad es solo temporal, no, en cambio, la persona incapacitada judicialmente, cuya situación parece ser, a sus ojos, permanente e irreversible, además de total, pues solo alude a la actuación, en el contexto bioinvestigador, de sus representantes legales. Curiosamente, el legislador sí ha previsto que la persona incapaz de consentir debido a su situación clínica pueda, con posterioridad, recuperar su autonomía y, por consiguiente, hallarse en condiciones de prestar el consentimiento (art. 21.4 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica)¹². Una vez más e injustificadamente, el menor, goza de condiciones legales notablemente mejores que la persona incapacitada judicialmente, suponiendo ello un inaceptable agravio comparativo para esta última, conducida a un estado de muerte civil. El libre desarrollo de la personalidad en uno y otro caso, pese a estar reconocidos por igual a ambos *ex* artículo 10 CE, son, en la práctica, muy diferentes.

Con obligada brevedad, apunto otro ejemplo de evidente e injustificado desequilibrio. En tanto que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo permite que las jóvenes de 16 y 17 años puedan interrumpir voluntariamente su embarazo sin consentimiento de sus padres, estableciéndose que al menos uno de los representantes legales (padre, madre o tutor) tiene que ser informado de la decisión de la mujer, salvo «cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo» (art. 13.4.^o), a veces, a través de la incapacitación judicial, se ha buscado la esterilización forzada de una mujer (p. ej. con Síndrome de Down), la cual, pese a ser regulada por el Código Penal¹³, compete al juez civil¹⁴.

Dicha diferente hipótesis legal entre minoría de edad y discapacidad en nuestro Derecho civil resulta aún si cabe más llamativa tras la CDPD, el primer gran Tratado del sistema universal de derechos humanos del siglo XXI, cuyos principios cardinales son, como es sabido, «*in dubio pro capacitas*» e «*intervención mínima*».

El marco legal establecido por el artículo 12 del citado Tratado, su brillante estrella polar, contempla un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad jurídica (téngase en cuenta que la CDPD alude a nuestra clásica distinción entre capacidad jurídica y de obrar mediante la única expresión «capacidad jurídica»)¹⁵ de las personas con discapacidad, especialmente, en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros: mientras que el sistema tradicional tiende hacia un modelo de «*sustitución*» en la toma de decisiones, el modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, sobre el cual gira la CDPD, aboga por un modelo de «*apoyo*» o asistencia en la toma de decisiones. Este fundamental cambio de paradigma en el diseño del sistema tuitivo fue destacado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de octubre de 2012 y está siendo recogido en la fundamentación jurídica por pronunciamientos judiciales ulteriores¹⁶. Como posteriormente se verá, el Tribunal Supremo, en su reciente fallo de julio de 2014, se ocupará especialmente de subrayarlo.

La CDPD hace hincapié en la enorme importancia que reviste para las personas con discapacidad el respeto a su autonomía individual, incluida la libertad de tomar decisiones, su voluntad, sus preferencias (Preámbulo, letra n y arts. 3 y 12.4).

La especial transcendencia del Tratado Internacional no radica en su contenido innovador, que no lo es, sino en que, a diferencia de otras Declaraciones de derechos y principios generales de la ONU (como la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental y la Declaración de los derechos de los Impedidos o las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades y la no Discriminación), inspiradoras de leyes y políticas de muchos países pero carentes de fuerza normativa, la CDPD es un instrumento jurídico de carácter obligatorio o vinculante, como han recalcado recientemente, entre otras, las Sentencia de la AP de Madrid (Sección 22.ª) de 10 de octubre de 2013 y de la AP de Valencia (Sección 10.ª) de 12 de mayo de 2014.

Ello implica, en primer lugar, que los Estados que la han ratificado o se han adherido a ella¹⁷ se comprometen a adoptar nuevas leyes nacionales, y derogar o modificar las ya existentes con el fin de promover la plena y efectiva integración de las personas con discapacidad en los diferentes ámbitos de la sociedad, garantizando sus derechos y su plena ciudadanía.

En este sentido, la ratificación, por parte de España, de la CDPD¹⁸ y de su Protocolo Facultativo¹⁹ y su recepción por el Ordenamiento español, del cual ha pasado a formar parte en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 de la Constitución Española y 1.5 del Código Civil, obliga a proceder a una íntegra revisión legislativa que logre que nuestro Derecho interno se corresponda, exactamente, con los principios, valores y mandatos proclamados en dicho Tratado internacional, debiendo, por consiguiente, adaptar nuestra legislación al reconocimiento y garantía de los derechos de las personas con discapacidad, muy especialmente, el de igualdad.

Solo ha de importar la persona, su personalidad, su voluntad, sus valores universales de dignidad humana, libertad, igualdad, solidaridad y participación. Nuestras leyes han de impregnarse, pues, del principio personalista, conforme al cual el rol de los derechos humanos es estratégico, de primera importancia. En

pocas palabras, la CDPD viene a decirnos que dejemos de una vez de adueñarnos de la vida de las personas con discapacidad y de tomar decisiones por su nombre y cuenta. Satisfacer sus necesidades vitales, conocer sus sentimientos, lograr su bienestar (no solo económico, sino físico y espiritual), promover su autoestima y, en definitiva, alcanzar su felicidad, poco o nada tiene que ver con su mayor o menor capacidad de entender y querer, sino con su condición de ser humano y, por consiguiente, con el máximo respeto a su yo.

Conforme a ello, el obligado proceso de reformulación y, en su caso, supresión de normas vigentes discriminatorias ha dado algunos frutos en estos últimos años.

Ejemplo de ello lo son la Ley 26/2011, de 1 de agosto y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Casi llegando a su término el año 2013 y coincidiendo (y ello no es casual) con la conmemoración del Día Internacional de las Personas con discapacidad, se publica el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social²⁰, norma que aborda la tarea de regularización, aclaración y armonización del marco legislativo de los derechos de las personas con discapacidad, más concretamente, de tres leyes: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (LISMI), la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LISMID), las cuales, resultan derogadas por integrarse en el Texto Refundido.

Precisamente, el Decreto Legislativo no es más que el cumplimiento, por parte del Ejecutivo, del mandato de la Disposición Final 2.^a de la apenas citada Ley 26/2011, en la redacción dada por la Disposición final 5.^a de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que establecía como finales de diciembre 2013 el plazo de la delegación legislativa²¹.

Permítaseme destacar que el título de la norma es mucho más ambicioso que su contenido, puesto que denominándose «*Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*», lo primero que ha de advertirse es que no se trata de una norma «*General*», pues se limita a refundir las tres leyes antes reseñadas en un solo cuerpo jurídico, no abarcando, por consiguiente, todo el marco legislativo de la discapacidad. Dicho de otro modo, no unifica, ni mucho menos, toda la normativa existente en la materia.

Pese a ello y no resultando posible afrontar ahora el análisis de su contenido, sí quisiera manifestar que la norma ha de recibir, sin duda, una valoración positiva por el gran avance que implica. Durante estos años han coexistido tres Leyes reguladoras de distintos aspectos de la discapacidad, todas ellas de innegable relevancia pero muy dispares y pertenecientes a momentos históricos distintos, a lo que se suma la enorme evolución que ha experimentado la materia, muy especialmente, a partir del fuerte impulso dado a la misma por parte de la CDPD.

El enfoque de la discapacidad ha cambiado sustancialmente, lo cual ha hecho necesario un esfuerzo para armonizar, aclarar y actualizar la normativa existente en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, a lo que responde, en un contexto maduro como el actual, la Ley General (supuestamente lo es) de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. De este

modo, el Texto Refundido intenta aminorar y clarificar la dispersión normativa en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, lo que permite disminuir las eventuales dudas interpretativas (solo en la aplicación de las tres normas objeto de refundición), revirtiendo, ello, en una mayor seguridad jurídica.

Siguiendo con las bondades de la norma, esta, además de abordar una necesaria renovación terminológica más adecuada a los postulados de la CDPD, subraya, siguiendo la estela del citado Tratado Internacional, que las personas con discapacidad son sujetos titulares de derechos y que los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de tales derechos sea pleno y efectivo, superándose, de este modo, el modelo asistencial conocido hasta épocas muy recientes. La norma, asimismo, reconoce explícitamente el principio de autonomía y libertad en la toma de decisiones.

Sin embargo, el nuevo texto legal resulta insatisfactorio, puesto que, de un lado, la Ley General no elimina, ni mucho menos, la dispersión normativa existente en materia de discapacidad, al haber refundido únicamente tres leyes, dejando atrás inaceptables ambigüedades y contradicciones de otros textos normativos que siguen chirriando en nuestro Ordenamiento jurídico.

A título de ejemplo, los conceptos de «discapacidad» y «persona con discapacidad» no parecen ser únicos, sino cambiantes en función de la norma que se trate de aplicar. Si es una de las tres refundidas en la Ley General, la discapacidad «es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 2.a), entendiendo por personas con discapacidad «aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás», añadiendo que «además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad» (art. 4.2).

Como puede comprobarse, el concepto de discapacidad empleado por el Texto Refundido, incluido *ex novo* en él pese a ser desconocido en las Leyes fusionadas y tratarse de una delegación legislativa²², es acorde con los mandatos de la CDPD²³, destacándose la asimilación a todos los efectos del reconocimiento del grado de discapacidad con el de la pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, la pensión de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

En cambio, si se trata de aplicar la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria, «a los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento», siempre y cuando el grado de discapacidad se acredite

«mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme» (art. 2.2.º y 3.º).

A lo anterior ha de añadirse que el concepto de «persona con discapacidad» es aún extraño al Código Civil, que solo contempla a la «persona incapacitada judicialmente» y esta descoordinación normativa no es, por su efecto perturbador, ni razonable ni conveniente que aún persista en nuestro Derecho.

De otro lado, si bien merece un sonoro y largo aplauso el reconocimiento expreso del principio de autonomía y libertad en la toma de decisiones, no alcanzamos a comprender cómo no se ha cumplido ya con la promesa de reformar el procedimiento de incapacitación judicial (el cual, a día de hoy, tan solo ha sufrido un mínimo retoque terminológico) y el sistema tuitivo español mediante la creación de mecanismos de protección de la persona ajustados al modelo social de discapacidad proclamado por la CDPD, los cuales, por su elasticidad y flexibilidad, han de poder amoldarse a todas y cada una de las situaciones de debilidad de una persona, intentando brindarle el apoyo más adecuado a su concreta necesidad y dando siempre espacio al desarrollo de su personalidad, lo que obliga a considerar a la tutela como remedio tuitivo extremo y a proteger a la persona desde una óptica humana y no, exclusivamente, patrimonial. Sin duda alguna, se trata esta de una reforma legislativa de mayor alcance y complejidad, pues afecta a la capacidad de la persona y, por tanto, a su libertad, pero si no se acomete (lo cual, a estas alturas, resulta de todo punto inexplicable), el reconocimiento expreso de la autonomía y libertad en la toma de decisiones no es más que un (bonito) papel mojado, si nuestros jueces y tribunales, aplicadores del Derecho vigente, continúan en sus fallos anulando a la persona al privarle de todos sus derechos (incluido, como ya se ha indicado antes, su derecho al voto). Ello provoca que el reconocimiento y la tutela de tales derechos y libertades sean meramente nominales.

En segundo lugar, el hecho de que la CDPD haya irrumpido en nuestro Ordenamiento con un amplio catálogo de derechos de las personas con discapacidad y de principios rectores, con carácter vinculante o preceptivo y no meramente programático, implica, a mi entender, que pese a que las normas estén aún pendientes de reformulación a fin de adaptarse al Tratado Internacional, este es Derecho interno vigente directamente aplicable, y es aquí donde los órganos judiciales juegan un papel primordial, como ha venido a demostrar la STS de 7 de julio de 2014 que, en materia de alimentos matrimoniales (llamados así para distinguirlos de los alimentos entre parientes contemplados en los arts. 142 y sigs. CC) y acogándose a los postulados de la CDPD, ha equiparado al hijo mayor de edad con discapacidad psíquica y sin recursos económicos al menor de edad no emancipado.

No puede dudarse que, en nuestra cultura jurídica reciente, la percepción de la infancia y la discapacidad ha cambiado considerablemente. Los menores de edad y las personas con discapacidad son ahora visibles, si bien, es innegable que la situación jurídica del menor de edad cuenta con un recorrido más largo e intenso. Basta con remontarnos a la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989²⁴, la cual próximamente cumple un cuarto de siglo. El aniversario es, claramente, lo de menos. Lo más importante es la promoción de los derechos del menor y la creación de un cuerpo normativo interno de protección jurídica de la infancia y la adolescencia en el que, dentro del Derecho civil, es crucial la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor. En este punto, no me resisto a hacer un mero apunte sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección a la infancia, aprobado por el Consejo de Ministros

el pasado mes de abril, el cual tiene como objeto, según expresa en su Exposición de Motivos, «introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Además, y de modo recíproco, esta Ley incorpora algunas novedades que ya han sido introducidas por algunas normas autonómicas estos años atrás».

La discapacidad, en cambio, es, desde una óptica normativa y de puesta en práctica, una materia muy joven, si bien ha de reconocerse que, por fortuna, está creciendo a pasos agigantados, gracias, sin duda, al impacto (normativo y social) de la CDPD en nuestro país. La gran preocupación reside ahora en comprobar si la garantía de los derechos de las personas con discapacidad legalmente reconocidos es verdaderamente eficaz o puramente nominal, pues todo ello resulta condicionado por la época de crisis en la que estamos inmersos, situación que está provocando la elaboración de normas y la adopción de soluciones y medidas al menor (o, si es posible, ninguno) coste económico posible. Baste pensar en la atención pública prestada en estos últimos años a la dependencia.

II. LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DE DIVORCIO. EL DEBER DE ALIMENTOS DE UN HIJO CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN ONU

II.1. LA PRETENSIÓN EXTINTIVA DE PENSIONES ALIMENTICIAS Y COMPENSATORIA EN LA SJPI NÚM. 17 DE SEVILLA DE 15 DE MARZO DE 2011 Y EN LA SAP DE SEVILLA DE 18 DE MAYO DE 2012

Es una realidad que nuestros juzgados y tribunales están colapsados como consecuencia de la grave crisis económica que está castigando con extrema dureza a España estos últimos años. En la jurisdicción social se están señalando juicios para la segunda mitad del año 2017. Los Juzgados de lo Mercantil están saturados especialmente, entre las distintas materias que tienen atribuidas, con los procedimientos concursales (si bien se percibe, en los últimos meses, un leve descenso) y las reclamaciones por cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios. Los Juzgados de Primera Instancia (Familia) están desbordados por el incremento de las rupturas matrimoniales pero, sobre todo, por la solicitud de modificación de medidas adoptadas en las sentencias de separación o divorcio a causa del cambio de circunstancias económicas de los excónyuges. No obstante, no todo lo que sucede en el foro encuentra siempre necesaria justificación en el colapso judicial.

No siendo la actual coyuntura económica la concreta causa que condujo a acudir a la vía judicial (ojalá lo hubiera sido), en el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de julio de 2014 el exmarido interpuso demanda en los Juzgados de Sevilla sobre modificación de medidas definitivas acordadas en la sentencia de divorcio de 7 de febrero de 2002 (precedida de la de separación de 9 de diciembre de 1998) contra su exesposa, solicitando la extinción, desde la interposición de aquella, de las pensiones alimenticias de sus dos hijos, una hija mayor de edad (30 años, al tiempo de la interposición de la demanda) y con formación universitaria y un hijo mayor de edad²⁵ (27 años en la misma fecha indicada) con una discapacidad²⁶ psíquica reconocida superior al 65%, así como de la pensión compensatoria que percibía la demandada.

Se trata, para situarnos adecuadamente, de un hijo mayor de edad (por tanto, con plena capacidad de obrar y sin sujeción a la patria potestad) con discapacidad psíquica pero no incapacitado judicialmente y, por consiguiente, la patria potestad no ha sido prorrogada ni rehabilitada, estando al cuidado y guarda de hecho de su madre²⁷, con quien convive. Por consiguiente, el hijo está protegido pese a no estar incapacitado judicialmente y no existir una medida de guarda judicialmente establecida, sino de naturaleza fáctica.

La excónyuge y madre contestó a la demanda y formuló reconvencción solicitando un incremento de la pensión fijada en la sentencia de divorcio ascendente a 521,22 euros en 400,00 euros mensuales, resultando, la misma, en la cantidad total de 921,22 euros (actualizable anualmente conforme al IPC), así como el abono de la mitad de los gastos extras de enfermedad y de tratamiento del hijo, no cubiertos por la Seguridad Social.

Ante todo, es preciso tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en los artículos 91 y siguientes del Código Civil²⁸ y el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC), para que proceda una modificación de las medidas acordadas judicialmente es preciso que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación, siendo, por tanto, necesario que se acredite la sustancialidad de la alteración (art. 217 LEC), así como cierto grado de permanencia de la misma en aras de la seguridad de las relaciones jurídicas.

Así las cosas y a fin de delimitar, con la mayor nitidez posible, la cuestión controvertida, la guarda de hecho ejercida por la madre sobre el hijo no se cuestiona, ni en cuanto a la toma de decisiones en el ámbito personal ni tampoco en la esfera patrimonial (probablemente, por la inexistencia de un patrimonio significativo). Tampoco la validez o no de una actuación jurídica del hijo por haberse visto afectadas sus facultades cognitivas o volitivas. La discusión, en cambio, se centra en la supresión de la pensión alimenticia fijada en el procedimiento matrimonial a petición de su deudor; el padre del alimentista, así como de la pensión compensatoria a favor de su exesposa, sin que conste ninguna alteración sustancial de las circunstancias ni en relación a la posición económica del alimentante, ni la del alimentista ni de su situación de necesidad, ni tampoco de la de la beneficiaria de la pensión por desequilibrio patrimonial ocasionado por la ruptura del matrimonio, como iremos comprobando conforme vayamos desgranando más detalladamente el caso de autos.

Al respecto y con carácter previo, debemos recordar que la mayoría de edad (y la consiguiente salida del régimen de representación legal de la patria potestad) no comporta la extinción automática de la pensión alimenticia, pues la propia realidad social demuestra que los hijos, aun adquirida la mayoría de edad y extinguida la patria potestad, continúan bajo la dependencia económica de sus padres, habida cuenta de la especial dificultad que supone hoy día acceder al mercado de trabajo con objeto de obtener unos ingresos que le permitan llevar una vida independiente de sus progenitores, lo que es subrayado, en repetidas ocasiones, por nuestros jueces y tribunales. En este sentido, la STS (Sección 1.ª) de 5 de noviembre de 2008, en su FJ. 3.º, afirma que «los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que los hijos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo». Dicho de modo más directo, lo que no se permite son «situaciones de parasitismo», expresión utilizada por la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 4 de diciembre de 2013.

El artículo 39 de la Constitución Española (CE) establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos del matrimonio o fuera de

él, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda, obligación que solo finaliza para el progenitor alimentante (aunque no ostentara la patria potestad por haber sido privada de ella, como establece el art. 110 CC²⁹) en los supuestos de hecho contemplados por los artículos 150 y 152 del Código Civil y, entre ellos, ciñéndonos al caso de autos objeto de análisis «cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado su fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia», según recoge el artículo 152.3.º del mismo texto legal, precepto que ha sido interpretado reiteradamente por el Tribunal Supremo en el sentido de que dicho deber alimenticio subsiste hasta que el alimentista alcance la posibilidad de proveer por sí mismo a sus necesidades, entendida, no como una mera capacidad subjetiva de ejercer profesión u oficio, sino como una posibilidad real y concreta en relación con las circunstancias concurrentes³⁰.

Como bien puede intuirse, en torno a la valoración de la posibilidad del alimentista de proveer por sí mismo a sus necesidades giran los diversos pronunciamientos judiciales en los cuales aquella es cuestionada.

Al respecto, la simple incorporación de un hijo mayor de edad al mercado laboral no es por sí misma causa de extinción de los alimentos, si aquella no le permite alcanzar independencia económica. Nuestros juzgados y tribunales reclaman que el hijo haya alcanzado, con continuidad³¹ o de manera consolidada, una independencia económica³², si bien es cierto que la «ausencia de independencia económica» es un concepto indeterminado que debe ser debidamente precisado atendiéndose a las circunstancias concurrentes (debidamente acreditadas) del caso concreto y, en el de autos, se trataba de determinar si el hijo con discapacidad, pese a no tener independencia económica, contaba con la posibilidad real y concreta de alcanzarla.

Dicho esto, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Sevilla de 15 de marzo de 2011 estimó parcialmente la demanda interpuesta por el padre, declarando extinguido el deber de abonar la pensión de alimentos a los hijos mayores de edad con efectos desde la fecha del pronunciamiento judicial, considerando que la hija tenía capacidad real y objetiva de ejercer profesión u oficio y que el hijo reunía los requisitos específicos para acceder a una prestación no contributiva por invalidez (los cuales se contienen en la propia resolución judicial, a saber: 1. Edad: Tener dieciocho o más años y menos de sesenta y cinco. 2. Residencia: Residir en territorio español y haberlo hecho durante un período de cinco años, de los cuales dos han de ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud. 3. Discapacidad: Grado de discapacidad igual o superior al 65%), prestación esta que permitía la posibilidad junto con las asistenciales de la Seguridad Social, de cubrir y satisfacer sus necesidades.

Al respecto, la madre alegó que dicha prestación no contributiva de invalidez ya fue en su día solicitada y denegada, a lo que la Juzgadora de Instancia respondió que muy probablemente ello se debió a los ingresos de la unidad familiar, que superarían el límite legalmente previsto, siendo precisamente por ello por lo que debía extinguirse la prestación por alimentos y que percibiese la prestación a la que tenía derecho.

La propia Sentencia del JPI entra a señalar, con sorprendente pormenor, los requisitos para la prestación no contributiva de invalidez: carecer de ingresos suficientes. Existe carencia cuando las rentas o ingresos de que se disponga, en cómputo anual para 2011, sean inferiores a 4.866,40 € anuales. No obstante, si son inferiores a 4.866,40 € anuales y se convive con familiares, únicamente se cumple el requisito cuando la suma de las rentas o ingresos anuales de todos

los miembros de su Unidad Económica de Convivencia, sean inferiores a las cuantías que se recogen a continuación: 1. Convivencia solo con su cónyuge y/o parientes consanguíneos de segundo grado: 2 convivientes, 8.272,88 euros/año; 3 convivientes, 11.679,36 euros/año y 4 convivientes 15.085,84 euros/año. 2. Si entre los parientes consanguíneos con los que convive se encuentra alguno de sus padres o hijos: 2 convivientes, 20.682,20 euros/año; 3 convivientes, 29.198,40 euros/año y 4 convivientes, 37.714,60 euros/año.

Declarada extinguida la pensión de alimentos, la Juzgadora *a quo* no entró a valorar la petición deducida en la demanda reconventional relativa a la elevación de la misma, para terminar aseverando, con llamativa rotundidad, que «nuestro sistema público cubre, como pensionista, todas las necesidades sanitarias del hijo».

En relación a la pensión compensatoria, la Juzgadora de Primera Instancia estimó que la situación, valorada en sentencia de separación, seguía siendo la misma y que, difícilmente, dadas las circunstancias que concurrían cambiaría con el transcurso del tiempo, no resultando suficiente alegar el percibo de una prestación por cuidadora, ni el haber percibido una herencia de 30.000, que en ninguna medida podía considerarse una muy ventajosa situación económica, por lo que procedía mantener la pensión compensatoria establecida en la sentencia de separación.

La madre recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial de Sevilla basándose, esencialmente, en una errónea valoración o apreciación de la prueba practicada en relación a la supresión o extinción de las pensiones de alimentos fijadas en su día a los hijos mayores de edad habidos durante el matrimonio, interesando su revocación no solo con mantenimiento de las mismas sino con aumento de la alimenticia del hijo a la suma de 700 euros mensuales.

Por su parte, el padre se alzó contra la resolución de primera instancia en lo relativo al mantenimiento de la pensión compensatoria establecida en su día a favor de su exmujer, interesando su revocación con supresión o extinción de la misma o que, subsidiariamente, se rebajase a 100 euros con una limitación temporal de 5 años.

En relación a la pretensión revocatoria de la sentencia de instancia en cuanto a la supresión de las pensiones de alimentos de los hijos, la Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 2.ª) de Sevilla de 18 de mayo de 2012 consideró que, ante todo, era preciso analizar en el caso de autos si realmente se había producido una alteración sustancial de las circunstancias que determinaron en su día la fijación de aquellas medidas, requiriéndose que «tal alteración además de sustancial fuera objetiva, permanente, imprevisible e involuntaria (no buscada de propósito por quien insta el cambio, al menos, en cuanto al aumento exceda del normal desarrollo y evolución de las circunstancias vitales de la persona)».

Así las cosas, el Tribunal de apelación, recordando el mandato constitucional recogido en el artículo 39.3 CE, afirmaba que «dicho precepto constitucional no deja resquicio a posibles abdicaciones del deber impuesto, pues en la propia disposición de la Carta Magna se observa su imperatividad. En aplicación de tales principios, nuestro Código Civil contiene normas generales que señalan la obligación de alimentar a los hijos (arts. 142, 154 y sigs.) así como normas específicas sobre esa obligación en los supuestos de procedimientos matrimoniales (arts. 90 a 93 y 103 del mismo Texto Legal), siendo pues, una obligación básica para los progenitores y un derecho esencial de los hijos, y su concreción vendrá determinada por la proporcionalidad que debe existir entre la prestación a satisfacer y el causal económico y circunstancias del obligado en cumplirla. Específicamente el apartado 2.º del referenciado artículo 93 del Código Civil prevé el establecimiento

de pensiones alimenticias a favor de los hijos mayores de edad, que conviviendo con alguno de los progenitores carezcan de plena independencia económica»³³.

Centrándose en el caso de autos, tras el análisis de la prueba practicada y documental aportada, se deducía en lo que respecta a la hija, que esta última, de 31 años de edad en aquel entonces, licenciada en Arquitectura Superior, «no solo está plenamente capacitada para el ejercicio de su profesión u oficio, sino que se encuentra completamente formada para su acceso al mercado laboral, sin que la pensión alimenticia pueda degenerar en una cómoda postura de dependencia determinante de un derecho ilimitado e incondicional ante el progenitor obligado a dicha pretensión; es decir, la precitada hija se encuentra en una perfecta disposición, capacidad y titulación para acceder al mercado laboral y ejercer un oficio, profesión o industria, no pudiendo mantenerse la vigencia de tal derecho reconocido y fijado en su día con independencia de la acción que podría ejercitar en reclamación de alimentos entre parientes al amparo de lo expresamente establecido en el artículo 142 del Código Civil y a través del procedimiento correspondiente».

Por otro lado, en lo que respecta al hijo, de 28 años de edad en aquella fecha, «si bien es cierto que sufre una esquizofrenia paranoide determinante de una discapacidad reconocida superior del 65%, también lo es, que sin perjuicio de la prestación asistencial que percibe la madre por ayudar a su hijo ascendente a 339,70 euros, lo realmente trascendente radica en que el precitado hijo reúne los requisitos para acceder a una prestación no contributiva por invalidez al no superar el máximo anual permitido una vez se suspenda la pensión alimenticia, asumiéndose el minucioso análisis valorativo llevado a cabo por la Juez 'a quo' en la resolución recurrida y ello sin perjuicio del derecho a solicitar y recibir alimentos al amparo de lo establecido en los artículos 142 y sigs. de nuestro Código Civil».

En cuanto a la revocación del pronunciamiento de primera instancia relativo al mantenimiento de la pensión compensatoria, se volvió a comprobar nuevamente si se había producido una alteración sustancial de las circunstancias que propiciaron en su día la fijación de la medida cuya modificación se pretendía.

En este sentido, la Audiencia Provincial precisó que el presupuesto fáctico para el nacimiento de la pensión compensatoria *ex* artículo 97 Código Civil «es el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges puede significar la separación o divorcio en relación a la posición de otro y que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, en cuanto que su fundamento descansa en el equilibrio que debe subsistir entre los cónyuges en los casos de ruptura matrimonial, de forma que ninguno de ellos se vea afectado, desde el punto de vista material, en el estatus que mantenía al tiempo de la convivencia; es decir, que dentro de lo posible cada uno de los cónyuges pueda seguir viviendo en un nivel equivalente al que tenía antes de la separación o divorcio, lo que conlleva la necesidad de compensar patrimonialmente la posición de los cónyuges a fin de evitar desequilibrios económicos. Para valorar ese posible desequilibrio habrá de sopesarse la posición del otro cónyuge, no solo en la faceta económica, sino teniendo en cuenta la pérdida de beneficios, influencias, amistades o cualquier otra circunstancia de forma que la consecuencia sea el empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio, lo que viene a corroborar que la enumeración que efectúa el artículo 97 del Código Civil no es exhaustiva pero sí de indudable importancia. Por tanto, la pensión compensatoria se determina sobre un doble elemento corporativo, por un lado de carácter temporal (empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio), y por otro, de índole subjetiva (estatus económico inferior al otro cónyuge), exigiéndose la combinación de estas condiciones comparativas para que pueda surgir o mantenerse con el consiguiente

reconocimiento judicial, debiendo tenerse en cuenta entre otros parámetros según la última doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, la dedicación a la familia y la colaboración en las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio».

Y continuaba: «en cuanto al alcance o contenido del derecho a la misma, se configura como un derecho relativo, condicional y sobre todo, limitado en el tiempo, relativo y circunstancial por cuanto depende de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario; condicional, ya que una modificación de las concretas circunstancias concurrentes al momento de su concesión o mantenimiento puede determinar su modificación o suspensión (art. 100 y 101 CC); y además limitada en cuanto al tiempo de duración ya que su legítima finalidad no es otra que paliar el desequilibrio económico producido a uno de los cónyuges por la ruptura matrimonial, no pudiéndose admitir con carácter general e indiscriminado la concepción de dicha pensión como una especie de pensión vitalicia, en virtud de la cual el beneficiario tendría un derecho de tal naturaleza frente al otro».

Dicho esto y centrándose en el caso de autos y a resultas de la prueba practicada y documental aportada, la Audiencia Provincial dedujo que no solo en virtud de la sentencia de separación se fijó a favor de la esposa una pensión compensatoria que fue posteriormente mantenida en la sentencia de divorcio, ascendiendo en el momento de la resolución de apelación a la suma de 578 euros mensuales («no olvidemos, que la misma cuenta 56 años de edad, escasa cualificación profesional, estuvo dedicada básicamente al cuidado del marido, hijos y hogar durante los 18 años de matrimonio y continúa prestando atención y cuidados a su hijo de 28 años de edad diagnosticado de esquizofrenia paranoide»), sino que en ningún caso se apreciaba que se hubiera producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para la fijación y mantenimiento de la precitada pensión (el marido «si bien se ha prejubilado de forma voluntaria, se le ha garantizado el 95% de sus retribuciones, habiendo percibido una importante compensación económica por la extinción de la relación laboral manteniendo un nivel de ingresos similar al momento de establecerse aquella medida»), llegando, por consiguiente, a la misma conclusión que la juzgadora de instancia, cuyo pronunciamiento confirma íntegramente, «y ello sin perjuicio de la supresión o modificación de la precitada pensión si variasen las circunstancias o se produjese una alteración sustancial de la actual situación».

La Audiencia Provincial desestima, por tanto, ambos recursos de apelación.

II.2. LA STS DE 7 DE JULIO DE 2014

II.2.A) Consideraciones acerca de los fallos de instancias inferiores y de la intervención del Ministerio Fiscal

Confieso que, hasta este momento, he intentado (no sé si lo he logrado) ceñirme a describir lo acontecido en primera y segunda instancia, resistiéndome a expresar la enorme perplejidad que me han generado las consideraciones vertidas por los juzgadores de ambas instancias acerca de la extinción de la pensión alimenticia del hijo conviviente con la madre, mayor de edad y con discapacidad psíquica reconocida de un 65%. Quedémonos con la decisión de suprimir la pensión de alimentos para que, gracias a ella, desciendan los ingresos de la unidad

familiar y pueda solicitarse nuevamente la pensión no contributiva de invalidez del hijo, ya denegada con anterioridad. La Audiencia Provincial llega, incluso, a afirmar que «lo realmente trascendente radica en que el precitado hijo reúne los requisitos para acceder a una prestación no contributiva por invalidez». Ha de reconocer el lector que no tiene desperdicio alguno.

Lo primero que podríamos achacar a los fallos coincidentes de ambas instancias es la enorme falta de sensibilidad que en ellos se denota hacia una persona con discapacidad psíquica sin patrimonio propio ni posibilidad, por el momento, de ejercer una actividad profesional. Sin embargo, desde la óptica estrictamente jurídica, debe irse más allá. Lo sucedido tiene una explicación mucho más sencilla, pero mucho más grave y, por tanto, altamente preocupante y censurable: el incumplimiento de una norma de carácter vinculante, la CDPD, en el que, por fortuna, no incurre, como se verá, el Tribunal Supremo.

Pese a no resultar acreditada una variación sustancial de las circunstancias que determinaron, en su día, la fijación de los alimentos en el proceso matrimonial, como reconoce, con absoluta claridad, la Audiencia Provincial, lo que, de entrada, hubiera justificado una desestimación de la pretensión contenida en la demanda (arts. 91 y sigs. CC y arts. 217 y 775 LEC), se procede a suprimir una pensión alimenticia, sencillamente, por considerarse que el hijo alimentista reúne los requisitos para acceder a una prestación no contributiva por invalidez, la cual le fue denegada a consecuencia de los altos ingresos de la unidad familiar, de manera que se decide la bajada de estos a fin de que aumenten las posibilidades de concesión de aquella por parte de la Seguridad Social.

El exmarido-padre, en buena situación económica según nos relata la Audiencia Provincial («si bien se ha prejubilado de forma voluntaria, se le ha garantizado el 95% de sus retribuciones, habiendo percibido una importante compensación económica por la extinción de la relación laboral manteniendo un nivel de ingresos similar al momento de establecerse aquella medida») y aún mejor desde el momento en que se decide que deje de abonar la pensión alimenticia de la hija, ha hecho una simple operación aritmética consistente en sumar 578 euros mensuales que percibe la exesposa en concepto de pensión compensatoria, 339,70 euros que percibe en concepto de cuidadora del hijo con discapacidad y 521,22 euros de pensión alimenticia fijada a favor del hijo en la sentencia de divorcio (obviamos, ahora, la pensión a favor de la hija). La cuantía total asciende a 1438,92 euros, administrada por la exesposa-madre³⁴, siendo esta, tal vez, la circunstancia que provocó la reacción del exmarido-padre y siendo esta, tal vez, la circunstancia su pretensión de extinción no solo de la pensión alimenticia (a favor del hijo pero administrada por la madre), sino también de la compensatoria. Así las cosas, de haberse estimado íntegramente las pretensiones del actor, madre e hijo tendrían que haber subsistido con los 339,70 euros que aquella percibe en concepto de cuidadora del hijo con discapacidad o, como mucho, pero solo por 5 años, con 100 euros más, según era la petición subsidiaria del exmarido en caso de no estimarse su solicitud de extinción de la pensión por desequilibrio económico a causa de la ruptura matrimonial.

Por su parte, los juzgadores de ambas instancias también realizan cálculos numéricos pero, curiosamente, con la única finalidad de alcanzar una determinada cifra de ingresos de la unidad económica de convivencia a efectos de acreditar el requisito de carencia de rentas suficientes anuales y, en consecuencia, poder solicitar una prestación social, concluyendo que, para que salgan las cuentas y con la certeza del éxito de la solicitud administrativa, lo procedente es suprimir la pensión alimenticia del hijo.

Es preciso destacar que lo que está en juego son cuestiones económicas de Derecho privado, no de ayudas de naturaleza prestacional que forman parte del sistema de la Seguridad Social (de cuya solvencia y solidez, incluso, se ha dudado últimamente), y, al respecto, ha de concluirse que, en nuestro Ordenamiento, existen instrumentos jurídico-privados fundados en la ayuda y solidaridad recíproca entre las personas unidas por vínculos cercanos e íntimos y específicamente enmarcados en la institución familiar diseñados para atender las necesidades vitales de un descendiente con discapacidad, los cuales no son excluyentes de las prestaciones públicas, como, con mejor criterio a las que aquí son objeto de análisis, advierten algunas resoluciones judiciales.

De este modo, la SAP de Tenerife (Sección 1.ª) de 22 de octubre de 2012, ante la solicitud por parte del padre de extinción de la pensión alimenticia del hijo, afirma en su FJ. 3.º: «pero además debe decirse que incluso la alteración de circunstancias sería condición necesaria pero no siempre suficiente tratándose de la pensión alimenticia, por razón de que es primordial y decisiva la consideración de las necesidades del hijo en la medida de lo posible, para lo que además no puede reputarse excesiva precisamente la cantidad de 210 euros al mes, teniendo en cuenta muy particularmente en este caso que respecto de este hijo, Víctor, dadas las circunstancias, constituidas por la minusvalía congénita que padece (deficiencia mental severa), debe ceder cualquier otra consideración, incluso la de que se le haya asignado la prestación asistencial pública para dicho hijo, a la mejor subvención de las notorias y extraordinarias necesidades del hijo, pues sin duda debe valorarse especialmente que la minusvalía que padece precisa sin duda de la mayor atención por parte de su madre, quien tiene al hijo en su compañía en la vivienda familiar, lo que constituye la prestación natural de los alimentos, teniendo prorrogada la patria potestad». Repárese en la afirmación de que la discapacidad «debe ceder cualquier otra consideración».

Asimismo, la reciente SAP de Valencia (Sección 10.ª) de 15 de abril de 2014, dictada en un procedimiento de divorcio: «para decidir si procede o no fijar alimentos para los hijos de los litigantes de 27 y 21 años de edad, de acuerdo con el artículo 93 del Código Civil, se tiene en cuenta que estos no son independientes, porque no consta que desarrollen una actividad laboral remunerada, y padecen sendas minusvalías del 77% (folios 11 y 13), y las percepciones que reciben de 310,17 euros al mes en el caso de Eduardo, de 27 años, y de 474,37 euros al mes en el caso de Guillermo, de 21 años (folios 139 y 141, que son los oficios a los que se refiere el razonamiento jurídico anterior) en forma de pensiones no contributivas de invalidez, no eximen a la demandada de abonar la cuantía fijada por el Juzgado en concepto de alimentos, toda vez que esas pensiones públicas están destinadas a sufragar una parte de los cuantiosos gastos adicionales que la minusvalía acarrea para la persona que la sufre, quedando otras muchas atenciones ordinarias que deben ser satisfechas con la contribución alimenticia de ambos progenitores, la del conviviente mediante la asistencia diaria, y la de la no conviviente mediante el pago de las pensiones, que, por todo lo dicho, deben ser confirmadas».

Claro lo anterior, si en el caso de autos hubiera sido discutible la percepción de los alimentos matrimoniales por parte del descendiente mayor de edad con discapacidad psíquica, la respuesta judicial podría haber sido la declaración de la extinción de la pensión, sugiriendo la cobertura de las necesidades vitales del hijo a través del cauce de los alimentos entre parientes *ex* artículos 142 y sigs. del Código Civil, recurso este último muy utilizado por nuestros jueces y tribunales, aunque en relación a supuestos de hijos mayores sin discapacidad (de todos

modos, todo apunta a que de quedar el supuesto subsumido en los alimentos legales, ello hubiera conducido nuevamente al padre como deudor de los mismos). Así las cosas, la línea doctrinal seguida, recogida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1993³⁵, 16 de julio de 2002³⁶ y de 24 de octubre de 2008³⁷, consiste en entender que el origen de la obligación de alimentos a los hijos menores no emancipados deriva de los artículos 39.3 CE y 154 del Código Civil, en tanto que la obligación de alimentos de los hijos mayores deriva de la obligación genérica de alimentos entre parientes contemplada en los artículos 142 y sigs., de carácter más limitado que la anterior (el art. 142 alude solo a «lo que es indispensable»). Esta posibilidad no me resulta satisfactoria (y, por suerte, no fue la seguida por el Tribunal Supremo, acerca de la cual se pronuncia expresamente, descartándola por no considerarla adecuada a la CDPD ni dar respuesta inmediata a la situación planteada), puesto que origina una reclamación judicial y, mientras tanto, deja al hijo con discapacidad desprotegido, pero, al menos, seguimos en el terreno del Derecho privado y de las relaciones familiares.

Mejor aún hubiera sido que los juzgadores de primera y segunda instancia hubieran desestimado la pretensión del actor, quien, tras el posterior reconocimiento de la pensión de invalidez al hijo, podría haber solicitado la modificación (rebaja o, en su caso, supresión de los alimentos) de las medidas definitivas adoptadas en el pleito matrimonial. Este orden, justamente el inverso al seguido, hubiera asegurado al hijo la cobertura de sus necesidades básicas (materiales y espirituales) y, llegado el caso, no es claro que debiera eximirse al padre del pago de la pensión, tal y como sucedió en las citadas sentencias tinerfeña y valenciana, salvo que variasen sustancialmente las circunstancias y así fuera debidamente acreditado.

Sin embargo, tanto la juzgadora de instancia como el tribunal de apelación, sin valorar las consecuencias negativas de sus decisiones, optan por sustituir un instrumento jurídico privado como es la pensión alimenticia por la eventual posibilidad de solicitud de una ayuda pública, paralizando la situación económica de un hijo con un 65% de discapacidad psíquica a la espera de que en el futuro le sea concedida dicha ayuda y sin reparar en que la tramitación administrativa del reconocimiento de las prestaciones públicas dejaría, durante cierto tiempo, desprotegido al hijo. Además, partiéndose de que la prestación no contributiva de invalidez le sería concedida, esta podría ser de menor importe que la pensión alimenticia (para el año 2014, el mínimo de la pensión es de 91,48€ y el máximo de 365,90€ por 14 mensualidades al año), cuando la madre, a la vista de las necesidades del hijo, lo que solicita es un incremento de la cuantía. Y en caso de denegación de la prestación social o bien de reconocimiento de una cuantía inferior a la que debiera corresponder en atención a los recursos de la unidad de convivencia, competente para conocer del litigio sería la jurisdicción social, nunca la civil.

Apuntadas algunas posibles alternativas por las que, en mi opinión, podía haberse judicialmente optado antes de aquella por la que, asombrosamente, se inclinaron ambas instancias, continuamos con el *iter* procesal del caso de autos.

Contra la sentencia de apelación interpuso la exesposa y madre demandada-reconviniente-apelante dos recursos: uno, extraordinario por infracción procesal con apoyo en la infracción del artículo 218 LEC, en relación con la apreciación conjunta de la prueba puesto que la sentencia no se somete a las reglas básicas de la motivación, en especial, respecto a la supresión de la pensión de alimentos a favor de un hijo discapacitado, así como la infracción de los artículos 24 CE y artículos 326 y 317.5 LEC por incurrir en una indebida, arbitraria y ma-

nifiestamente errónea apreciación de hechos por parte del Tribunal; y otro, de casación, en el cual se alega infracción de los artículos 39.2 CE y artículos 110, 154 y 142 CC, en relación con el artículo 30 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, y las sentencias que cita.

Admitido el recurso, el exmarido presentó escrito de impugnación al mismo.

Por su parte, el Ministerio Fiscal presentó escrito apoyando el segundo de los recursos interpuesto, el de casación, en el cual considera, por un lado, que existe interés casacional pues el hijo de 27 años, pero con una discapacidad mayor al 65%, no puede llevar una vida independiente, al estar necesitado de apoyo para realizar sus actividades ordinarias, no pudiendo entenderse que estamos ante un hijo mayor o emancipado, al que le es aplicable el régimen de los artículos 142 y sigs. del Código Civil, puesto que los alimentos de un hijo de estas características, no pueden verse afectados por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes, no pudiendo tener el mismo régimen que los alimentos a otro hijo mayor de edad o emancipado.

Por otro lado, dice en su informe el Ministerio Fiscal, se acredita la situación de discapacidad del hijo, «que le limita de manera importante y grave; y no constando la incapacitación del mismo, ni la prórroga de la patria potestad a favor de la madre, entendemos que los derechos del mismo están afectados y mermados por las resoluciones dictadas, no siendo respetado su derecho de «igualdad ante la ley», reconocido en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del 13 de diciembre de 2006, vigente en España desde el 3 de mayo de 2008, al señalar en su artículo 12, que «los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos...» .

Pese a que la argumentación jurídica contenida en el escrito del Ministerio Fiscal resulta absolutamente impecable y no puede dudarse del enorme compromiso asumido por la institución con la protección de las personas con discapacidad y su magnífica aportación en esta materia³⁸, es inevitable que surja un interrogante: si en el recurso de casación es parte el Ministerio Fiscal, ¿qué motivó su falta de intervención en las instancias inferiores, preceptiva *ex* artículo 124 CE, artículo 3 del Estatuto del Ministerio Fiscal³⁹ y artículo 8.2 LEC?

Precisamente, tras la entrada en vigor de la CDPD, la actividad del Ministerio Fiscal en su cometido constitucional como defensor en los procedimientos relativos a la protección de los derechos humanos de las personas más vulnerables ha cobrado una nueva dimensión, siendo su intervención en esta materia sumamente relevante, pues es el garante de la efectiva aplicación del Tratado Internacional. Siendo este el rol constitucional y estatutariamente encomendado al Ministerio Fiscal, alcanzando especial trascendencia su intervención en el orden civil para proteger a las personas en situación de vulnerabilidad, ha de concluirse que, en las instancias inferiores del litigio que nos ocupa, no veló por el respeto de los derechos de una persona con discapacidad psíquica y por la igualdad de trato, disfuncionalidad esta que desconocemos a qué fue debida, contándose con su intervención solo en la fase final del procedimiento, circunstancia que es subrayada por el propio Tribunal Supremo.

Puesta sobre la mesa la cuestión, toca ya conocer el importante pronunciamiento del Tribunal Supremo, el cual solo entra a analizar el recurso de casación, «dado que sin alterar los hechos de la sentencia, la Sala entiende que procede una calificación jurídica distinta que hace innecesario pronunciarse sobre el

recurso extraordinario por infracción procesal en el que la crítica a la falta de motivación y de valoración arbitraria de la prueba no resulta trascendente, visto el desarrollo del pleito, para profundizar en la situación personal del hijo y llegar a la conclusión que se interesa en el recurso de casación».

Para el Alto Tribunal, el interés casacional que ampara el recurso exige analizarlo desde una doble perspectiva. En primer lugar, desde la consideración que merece la privación de los alimentos por el simple hecho de haber alcanzado el hijo la mayoría de edad y ser posible perceptor de una pensión contributiva por invalidez por parte de la Seguridad Social, equiparando este derecho a la real y efectiva existencia de recursos económicos del apartado segundo del artículo 93 del Código Civil. En segundo lugar, desde la situación personal del alimentado afectado por una grave situación de discapacidad.

II.2.B) El derecho a alimentos del hijo mayor de edad, con discapacidad psíquica, conviviente y sin recursos económicos aunque posible perceptor de una pensión contributiva por invalidez por parte de la Seguridad Social

Como señala el Tribunal Supremo, la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. Y es evidente que aun cuando el hijo puede recibir ayudas de la Administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor.

Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo (STS de 5 de noviembre de 2008), lo que no es del caso.

El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 CE (STS de 8 de noviembre de 2008).

Esta obligación se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado (*rectius*: hijo con discapacidad, en cumplimiento del mandato de la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006) sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad. Será la sentencia de incapacitación la que en su caso acordará esta rehabilitación de la potestad de ambos progenitores o de uno de ellos, pero hasta que dicha resolución no se dicte, continúa existiendo la obligación de prestar alimentos por parte de sus progenitores, al continuar residiendo con la madre y carecer de ingresos suficientes para hacer una vida independiente.

II.2.C) La situación del alimentado con discapacidad: su equiparación al hijo menor de edad in potestate

En palabras del Supremo, la Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano que al interactuar con

diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

«Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos 142 y sigs. del Código Civil, no solo no responde a esta finalidad, sino que no da respuesta inmediata al problema. El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y sigs. del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Civil, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico».

En los términos expuestos, el Tribunal Supremo destaca la vulnerabilidad o fragilidad del hijo mayor de edad con discapacidad, pese a no estar incapacitado judicialmente («con o sin expediente formalizado»), equiparándola a la del menor de edad, a efectos de la continuidad de la obligación alimenticia fijada en el seno de un procedimiento matrimonial con base en el artículo 93 del Código Civil (recuérdese que dicho precepto requiere una doble exigencia: mantener la convivencia del hijo en el domicilio familiar y carecer de ingresos propios), descartando, por tanto, el régimen alimenticio propio de los artículos 142 y sigs. del mismo Texto legal.

Como es sabido, nuestros jueces y tribunales vienen entendiendo que el origen de la obligación de alimentos a los hijos menores no emancipados deriva de los artículos 39.3 CE y 154 del Código Civil, en tanto que la obligación de alimentos de los hijos mayores deriva de la obligación genérica de alimentos entre parientes contemplada en los artículos 142 y sigs., de contenido más limitado que la anterior. Precisamente, lo que el Tribunal Supremo determina ahora es que, en relación con los alimentos de un hijo con discapacidad psíquica, habida cuenta de la filiación pero especialmente de su discapacidad, es crucial dispensarle protección a través de los alimentos matrimoniales, de pautas más flexibles y elásticas que la de los legales, y ello, ha de entenderse, siempre que se den los dos requisitos exigidos por el artículo 93.2 del Código Civil: convivencia en el domicilio familiar y carencia de ingresos propios.

II.2.D) La doctrina jurisprudencial fijada por el Alto Tribunal

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y, en funciones de instancia, casa y anula la sentencia recurrida, acordando, conforme se interesa en el

recurso, mantener la pensión alimenticia vigente hasta este momento en favor del hijo, debiendo el padre afrontar asimismo el 50% de los gastos extras de sanidad y formación no cubiertos por la Seguridad Social, previa justificación, estableciendo como doctrina jurisprudencial la siguiente: «la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos».

Creo que merece la pena destacar, en relación a esta novedosa e importante doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo, que, además de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en la CDPD, el Alto Tribunal da claras muestras de una gran humanización, pues su resolución se encuentra en perfecta sintonía con el modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, sobre el cual gira el citado Tratado. Conforme a ello, la Sentencia contribuye a promover la idea de la tutela de la persona con discapacidad como portadora de derechos humanos.

El Tribunal Supremo, en línea con lo que indicábamos al inicio de estas páginas, ha establecido un paralelismo entre el menor de edad *in potestate* y la persona mayor de edad con discapacidad psíquica no incapacitada judicialmente, dejando claro, a través de la equiparación (la cual compensa el desequilibrio normativo ya reseñado), que es preciso dispensarle a esta el mismo trato legal que a aquel en cuanto a la obligación de alimentos derivada de un proceso matrimonial: «los derechos del discapacitado son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores», afirma.

La Sentencia, que se detiene en subrayar que el contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil alcanzando rango constitucional, se aleja completamente del tradicional entendimiento de que la persona con discapacidad deba ser considerada, de por vida, una persona anulada y marginada socialmente, puesto que considera que el hijo requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva, «mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención», por lo que, persistiendo tales circunstancias, aboga por una forma de capacitación o apoyo para la integración laboral, social y económica del hijo con discapacidad psíquica, lo cual encaja a la perfección en los mandatos de la CDPD.

III. CONCLUSIONES

I. La configuración legal del estatuto jurídico existencial o personal del menor de edad no emancipado y de la persona con discapacidad psíquica difieren en uno y otro caso de manera injustificada, siendo aconsejable realizar una asimilación normativa entre ambos.

II. La especial trascendencia de la CDPD no radica en su contenido innovador, sino en ser un instrumento jurídico de carácter obligatorio o vinculante.

III. La ratificación por parte de España de la CDPD comporta, de un lado, la obligación de adecuar sus normas a los principios, valores y mandatos proclamados en dicho Tratado internacional y, de otro, que, con independencia de que se proceda o no a dicha adaptación, la CDPD es Derecho interno vigente directamente aplicable.

IV. La intervención del Ministerio Fiscal en virtud de lo que determina el artículo 3 de su Estatuto Orgánico en cumplimiento de la misión constitucional

que le atribuye el artículo 124 CE adquiere especial relevancia cuando se trata de la defensa de colectivos o personas especialmente vulnerables, categoría que incluye, no solo a aquellas personas incapacitadas judicialmente sino, también, a quienes ostenten la condición de «persona con discapacidad», según la definición contenida en el artículo 1 de la CDPD.

V. Ante el reconocimiento por parte de la CDPD del derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, es evidente que aun cuando un hijo mayor de edad con discapacidad psíquica puede recibir ayudas de la Administración pero no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dada la dificultad para acceder al mundo laboral, no es posible, en tales circunstancias, desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor alimentante.

VI. Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo.

VII. El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 CE.

VIII. La obligación de alimentos se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos en los que un hijo con discapacidad sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad. Será la sentencia de incapacitación la que, en su caso, acordará esta rehabilitación de la potestad de ambos progenitores o de uno de ellos, pero hasta que dicha resolución no se dicte, continúa existiendo la obligación de prestar alimentos por parte de sus progenitores, al continuar residiendo con uno de ellos y carecer de ingresos suficientes para hacer una vida independiente.

IX. Decir que el hijo mayor de edad con discapacidad psíquica conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos 142 y sigs. del Código Civil, no solo no responde a la finalidad de lograr que los objetivos de la CDPD se conviertan en realidad, sino que no da respuesta inmediata al problema. El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y sigs. del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Civil, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos

momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico.

X. La situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.

IV. INDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

Juzgados de Primera Instancia

S. núm. 17 de Sevilla de 15 de marzo de 2011

Audiencias Provinciales

- SAP de Sevilla (Sección 2.^a) de 18 de mayo de 2012
- SAP de Cuenca (Sección 1.^a) de 28 de septiembre de 2012
- SAP de Tenerife (Sección 1.^a) de 22 de octubre de 2012
- SAP de Valencia (Sección 10.^a) de 12 de mayo de 2013
- SAP de Valencia (Sección 10.^a) de 16 de mayo de 2013
- SAP de Valencia (Sección 10.^a) de 23 de mayo de 2013
- SAP de Madrid (Sección 22.^a) de 10 de octubre de 2013
- SAP de León (Sección 2.^a) de 6 de noviembre de 2013
- SAP de Barcelona (Sección 18.^a) de 12 de noviembre de 2013
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a) de 4 de diciembre de 2013
- SAP de Barcelona (Sección 18.^a) de 13 de marzo de 2014
- SAP de Valencia (Sección 10.^a) de 15 de abril de 2014

Tribunal Supremo (Sala 1.^a)

- STS de 5 de octubre de 1993
- STS de 16 de julio de 2002
- STS de 24 de octubre de 2008
- STS de 5 de noviembre de 2008
- STS de 29 de abril de 2009
- STS de 11 de octubre de 2012
- STS de 24 de junio de 2013
- STS de 7 de julio de 2014

Tribunal Constitucional

- STC 13/1992, de 6 de febrero
- STC 205/1993, de 17 de junio
- STC 166/2007, de 4 de julio
- STC 208/2013, de 16 de diciembre

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2012). «Los alimentos de los hijos mayores de edad y emancipados a propósito del artículo 93.2 del Código Civil». *RCDI*, núm. 731, págs. 1568-1612.
- CABEZUELO ARENAS, A. L. (2010). *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (art. 93 CC)*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I. (2010). «Limitación temporal del derecho de alimentos a favor de hijos mayores de edad». *RCDI*, núm. 718, págs. 767-771.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). «Sub artículo 152 del Código Civil». *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 540-542.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- McSHERRY, B. (2012). «Legal capacity under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities». *Journal of Law and Medicine*, 20(1), págs. 22-27.
- MORANI, G. (2009). «La tutela della prole nelle crisi familiari: soluzioni e rimedi dei patti internazionali e del sistema normativo interno». *Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. 38, núm. 4, págs. 1984-2003.
- MORENO VELASCO, V. (2010). «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio». *Diario La Ley*, núm. 7433, Sección Tribuna, 28 Jun. 2010, Año XXXI, Ref. D-212.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1993). «Sub artículo 110 del Código Civil». *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 432-434.
- ROCA TRÍAS, E. (1993). «Sub artículo 93 del Código Civil». *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 391-394.
- VIVAS TESÓN, I. (2010). *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*. Madrid: Difusión jurídica.
- (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*. Olivenza (Badajoz): Futuex.
- (2012). «Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar». *RDP*, núm. 5, septiembre-octubre, págs. 3-40.
- (2013). «Discapacidad y consentimiento (o disenso) informado: el derecho de la persona a ser dueña de su propia vida». *RJN*, núm. 82 abril-junio, págs. 483-516.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2014). «Algunas cuestiones polémicas en la pensión de alimentos». *El Derecho* (http://www.elderecho.com/tribuna/civil/pension_de_alimentos-pension_alimenticia_11_703555002.html).

NOTAS

¹ Dicha terminología, anunciada por la Disposición Final 1^a de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, ya es utilizada por el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (norma que, con alguna excepción, aún no ha entrado en vigor), incluyéndose, asimismo, en

el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria, recién aprobada su remisión a las Cortes Generales por el Consejo de Ministros el pasado 1 de agosto y que, esperemos, pueda ver, por fin, muy pronto la luz.

De todos modos, quisiera advertir que cuando en el texto utilice, bien reproduciendo casos judiciales, bien alguna norma vigente que hasta la fecha sigue conservando dicha nomenclatura, la expresión «incapacitado judicialmente» o «procedimiento de incapacitación judicial», queda excluida cualquier connotación peyorativa del término.

² En nuestro trabajo (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*. Olivenza (Badajoz): Futuex, págs. 85-86, realizábamos unas propuestas que rubricábamos «Atrevidas consideraciones de *lege ferenda* para una reforma de nuestro sistema de protección de las personas no autónomas», entre las cuales, la séptima (7.^a) se planteaba en los siguientes términos: «si no se considerara oportuna la introducción *ex novo* en el Ordenamiento español de instrumentos de protección similares a la administración de apoyo italiana o a la reciente asistencia catalana, sería aconsejable, al menos, asimilar, en lo posible, la normativa de la persona incapacitada judicialmente (actualmente, en período de reforma, de la cual estamos a la espera) a la de la de menor de edad, en la cual se encuentran disposiciones que obligan al respeto de su personalidad, a ser oída antes de adoptar decisiones que le afecten, a educarla y procurar una formación integral, a respetar su integridad física y psicológica, etc. El menor, con una capacidad en vías de madurez pero no plena, goza de condiciones legales notablemente mejores que el incapacitado judicialmente».

³ Al respecto, es preciso recordar que la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, establece, en su Disposición final 1.^a, que «el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley—, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial», promesa esta incumplida.

Por su parte, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Disposición adicional 7.^a, rubricada «Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones», contempla que «el Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen», compromiso, asimismo, incumplido.

⁴ El documento de trabajo sobre la posible reforma del Código Civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente (2010) puede consultarse en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Justicia_y_Discapacidad/Documentos_de_interes/Informes/Documento_de_trabajo_sobre_la_posible_reforma_del_codigo_civil_del_Estatuto_Organico_del_Ministerio_Fiscal_y_de_la_Ley_1_2000_de_Enjuiciamiento_Civil_en_materia_de_modificacion_judicial_de_la_capacidad_y_de_las_medidas_de_proteccion_y_apoyo_de_menores_y_de_personas_con_capacidad_modificada_judicialmente_2010_y_una_Propuesta_articulada_de_reforma_del_codigo_civil_y_de_la_Ley_de_Enjuiciamiento_Civil_para_su_adecuacion_al_articulo_12_de_la_Convencion_Internacional_de_los_Derechos_de_las_Personas_con_Discapacidad_elaborada_por_la_Subcomision_de_Expertos_sobre_el_Procedimiento_de_Modificacion_de_la_Capacidad_de_Obrar_del_Real_Patronato_sobre_Discapacidad_de_13_de_junio_de_2012_esta_disponible_en_http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=ad9a08fd-4a33-49e5-b3de-5ed711e787c3&groupId=10228.

⁵ Considero muy acertado el tratamiento jurídico separado entre personas con discapacidad física o sensorial y personas con discapacidad psíquica que realiza MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, entre otras en págs. 42, 44, 45 lo que le lleva a afirmar que dicha diferenciación «hace que la pretensión de dar un tratamiento conjunto a estos distintos tipos de discapacidad, si bien es acertada en sus aspectos fundamentales (igual dignidad, iguales derechos básicos), puede ser contraproducente cuando se trata de establecer las medidas u objetivos concretos», lo cual «tiene consecuencias relevantes, por ejemplo, a la hora de interpretar las previsiones de la CDPD, que en cierta medida incurre en el defecto denunciado —previsiones generales, que no diferencian entre los distintos tipos de discapacidad—, lo que aconseja ‘releer’ toda la Convención desde la perspectiva de la discapacidad psíquica, para adaptar sus previsiones a las características de dicha discapacidad».

El propio autor reconoce que «el paralelismo inicial entre las figuras de guarda de menores y de discapacitados se rompen en 1987, cuando mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se introduce en nuestro Ordenamiento civil un nuevo modelo de protección de menores, que he denominado funcional o asistencial, frente al modelo institucional (patria potestad, tutela, curatela, defensor judicial)», pág. 64.

⁶ En relación a la asimilación recíproca entre el menor de edad y la persona con discapacidad psíquica operada por las Leyes 11/1981 y 13/1983, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, cit., págs. 55-56, para quien «parece claro que se ha producido un más que notable acercamiento entre las figuras previstas para sustituir o complementar la incapacidad (o capacidad limitada), y, en su caso, atender al cuidado de la persona y bienes de los menores, y las dispuestas con las mismas finalidades respecto a los incapaces». Dicho autor, en la pág. 58 de su trabajo, realiza la siguiente afirmación: «desde la Ley 13/1983, ha comenzado lo que cabría denominar un giro personalista en las instituciones de guarda, que comienzan a preocuparse, aunque sea mínimamente y sin excesiva eficacia, de los aspectos más personales: es lo que hace, por ejemplo, el vigente artículo 269 CC, que obliga al tutor a procurar alimentos al incapacitado (pero sin que esté claro si esa obligación incluye la de prestar alimentos a costa de su propio patrimonio), así como a promover la adquisición o recuperación de su capacidad, y su mejor inserción en la sociedad». Considero, muy al contrario (si bien creo que el propio autor viene, en el fondo, a reconocerlo), como puse de relieve en mi trabajo *Más allá de la capacidad de entender y querer...*, pág. 26, que «la discapacidad, en nuestro Código Civil, está, por tanto, esencialmente patrimonializada, pues no importa tanto la persona, sus necesidades, sus sentimientos y aspiraciones ni el ejercicio de sus derechos fundamentales (dignidad, igualdad, derecho a la salud...), como la tutela y conservación (a veces, expropiación) del patrimonio del enfermo y, a partir de la declaración judicial de incapacitación, la fácil obtención de la prueba para impugnar la validez de los actos patrimoniales realizados por el incapacitado en su perjuicio».

Cierto es que esta visión acentuadamente patrimonialista no debe extrañarnos demasiado, si tenemos en cuenta que se trata de un Código dirigido, primordialmente, a la salvaguardia de la producción y circulación de la riqueza, siendo la propiedad privada el pilar fundamental sobre el cual se sustentan, sustancialmente, sus normas. Conforme a ello, la capacidad de obrar de la persona resulta subordinada a las exigencias del tráfico jurídico-económico».

⁷ Destacamos, entre otras muchas y como botón de muestra de la realidad forense en esta materia, la SAP de Asturias (Sección 5.ª) de 29 de noviembre de 2010, de la que queremos destacar dos cuestiones: una positiva, su sensibilidad a la hora de utilizar la apropiada terminología «modificar la capacidad de obrar»; una negativa, el quedar muy lejos de ser un «traje a medida» y, si se nos permite añadir, «sin la más mínima arruga» para el demandado, pues, confirmando la sentencia de primera instancia, le priva prácticamente de todos sus derechos (incluido, el de sufragio activo) anulando a la persona, al declarar que aquel «no tiene capacidad de obrar y habilidades necesarias para actuar, por sí solo, y prestar consentimiento válido en relación a:

1) Decidir el lugar donde residirá.

2) Tomar decisiones y otorgar consentimiento válido e informado sobre pautas alimenticias, higiénicas y demás actuaciones de la vida personal.

3) Tomar decisiones y otorgar consentimiento válido informando para cualquier intervención o tratamiento médico.

4) Para realizar actuaciones complejas o de administración de su patrimonio.

5) No puede otorgar testamento.

6) No puede otorgar poderes.

7) No puede entablar acciones judiciales.

8) No puede otorgar, por sí solo, consentimiento válido en contratos o negociaciones jurídicas que afecten a su persona o a su patrimonio.

9) Carece de capacidad para ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo».

⁸ La SAP de Cuenca (Sección 1.ª) de 28 de septiembre de 2012 conoce en apelación el recurso contra la Sentencia del JPI que declaraba la incapacitación judicial total de una persona para el gobierno de su persona y bienes que se extendía, además, a la imposibilidad de ejercitar el derecho de sufragio, con el consiguiente nombramiento de tutor. La AP, al conocer el recurso de apelación y siguiendo las directrices marcadas por la CDPD, revoca la sentencia de instancia y considera que el sistema de protección debe ser la curatela «pues hemos de partir del hecho de que la situación de inidoneidad de una persona debe quedar claramente acreditada y concretamente valorada y en su extensión y límites no debe extenderse más allá de lo necesario; sin que se pueda olvidar que aunque la incapacitación desde un punto de vista jurídico constituye un mecanismo de protección de las personas cuyas facultades se hayan limitadas, desde una perspectiva personal puede ser vivida de forma muy negativa, y producir unos efectos anímicos demoledores» (FJ. 3.º). En este sentido, considera que la incapacitación debe ser parcial, revocando la privación del derecho a otorgar testamento y privación del derecho de sufragio activo, a la vista de las pruebas obrantes en las actuaciones, pues no hay ningún motivo para afirmar que la demandada carece de aptitudes para manejar su libertad de voto una vez se le procure información asimilable y manejable, y su capacidad, aunque limitada, pueda procesarla y actuar en consecuencia.

En la STS (Sala de lo Civil) de 24 de junio de 2013, se conoce de la incapacitación judicial total de una persona (que incluía la privación del derecho al sufragio activo) declarada en primera instancia y confirmada en segunda. El TS estima los recursos de casación interpuesto por el demandado y por el Ministerio Fiscal, declarando, en aplicación de lo dispuesto en la CDPD, la incapacidad parcial con nombramiento de un curador. En el FJ. 2.º de su Sentencia, afirma respecto al derecho al voto: «En ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se le priva sin justificación alguna. El artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal. Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse afectada por el rechazo que deriva de su estado».

La SAP de Valencia (Sección 10.ª) de 23 de mayo de 2013 y la SAP de Barcelona (Sección 18.ª) de 12 de noviembre de 2013 cambian la incapacitación total declarada en primera instancia por la parcial, devolviéndole a la persona el derecho de sufragio.

Sumamente interesante resulta la detenida lectura de la reciente Sentencia de la misma Audiencia Provincial y Sección de 13 de marzo de 2014, en la que se revoca el fallo de primera instancia, en el único sentido de dejar sin efecto la extensión de la declaración de incapacidad al derecho de sufragio activo, del que realiza una pormenorizada exposición de su regulación tanto por los instrumentos internacionales como por la legislación estatal: «el informe psicosocial recoge que Jesús es autosuficiente en cuanto a actividades de la vida diaria y capaz de tomar decisiones sencillas, que es aficionado a la lectura, en especial sobre temas políticos, y ejerce habitualmente el derecho de voto. El Departament de Benestar le reconoce un grado de invalidez del 77%, pero esa calificación administrativa no especifica que sea incapaz para elegir opción y votar. En la exploración judicial Jesús demuestra conocer los nombres de los principales políticos y dice que va a votar habitualmente y lo ratifica el informe médico forense, aunque recoja que no conoce los partidos. No se ha practicado prueba específica sobre la incapacidad del demandado para conformarse un juicio contrario a su capacidad respecto a opciones electorales, ni el hecho de ir a votar le ha de perjudicar, ni ha de afectar al orden público» (FJ. 3.º).

Acerca de la privación del derecho de sufragio activo de las personas sometidas a un procedimiento de modificación de la capacidad, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2010, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, tras subrayar que se trata de un derecho fundamental y que únicamente en casos excepcionales los jueces podrán privar del derecho de sufragio mediante sentencia en la que se exprese el análisis de los correspondientes elementos probatorios sobre las facultades para hacer uso del derecho al sufragio de la persona con discapacidad, sin que sea posible considerar que su pérdida es una consecuencia necesaria de la declaración de incapacidad de una persona, de suerte que aun cuando haya sido modificada la capacidad, el afectado puede conservar su derecho de sufragio, salvo que se le prive motivada y expresamente de este derecho, se afirma que «el derecho de sufragio es personalísimo e intransmisible, no contemplándose en la legislación vigente otra forma de votación que la personal y directa o por correo, no resulta admisible el voto por sustitución o por poder. Es decir, la manifestación de voluntad ha de ser ejercitada por la persona con discapacidad, sin que pueda ser suplantada por la de otra persona. Cuestión diferente es que al discapacitado se le provean todos los medios y apoyos precisos para que la discapacidad no suponga un límite para el ejercicio del derecho de sufragio, lo cual constituye la garantía a la que se refiere el apartado iii) del artículo 29 a) de la Convención, cuando hace referencia a que otra persona de su elección les preste asistencia para votar».

⁹ La STS (Sala 1.ª) de 29 de abril de 2009, la cual considera que la incapacitación judicial no es contraria a los principios establecidos en la CDPD, reconoce: «todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular. Así el artículo 162 CC exceptúa de la representación de los padres «los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo» (un caso emblemático es el recogido en la STC 154/2002, de 18 julio (sobre libertad religiosa del hijo menor de edad, aunque mayor de 14 años) y aunque el artículo 162 CC aparece referido solo a menores, esta misma norma se aplicará cuando se prorrogue la patria potestad, al incapacitarse hijos mayores y, por su propia naturaleza, a los incapacitados, ya que la sentencia tiene contenido variable, según dispone el artículo 760.1 LEC y se establecía en el ahora derogado artículo 210 CC después de la reforma de 1983; también el artículo 209 del Código de Familia de Cataluña (Ley 9/1998, de 15 julio excluye de la representación los actos «relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que lo regulen lo dispongan de otro modo» y ello tanto en lo que se refiere a la tutela de menores, como a la de los incapaces».

En relación a una persona con discapacidad pero no con capacidad judicialmente modificada, me permito recomendar la lectura de la STC 208/2013, de 16 de diciembre, que declara vulnerados los derechos al honor y a la propia imagen de una persona con discapacidad no incapacitada judicialmente como consecuencia de la entrevista realizada

y emitida en un programa televisivo, así como por la difusión de su imagen en la página web del programa.

¹⁰ La propia CDPD, en su 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».

¹¹ BOE núm. 290, de 2 de diciembre de 2011.

¹² *Vid.* la interesante Circular 1/2012, de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

¹³ Concretamente, el Código Penal de 1995, al tipificar las lesiones, dispone en su artículo 156.2: «sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el de mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz». En el proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal (puede consultarse en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF) se contempla una reforma del citado precepto para, según expresa en su Exposición de Motivos, dar «mejor tratamiento a la esterilización acordada por órgano judicial, que se circunscribe a supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos. El nuevo artículo 156 se remite a las leyes procesales civiles, que regularán los supuestos de esterilización de la forma más adecuada y garantista para los derechos de las personas afectadas. En tanto se dicte esta nueva normativa, se mantendrá la vigencia de la actual regulación que contempla el Código».

¹⁴ Al respecto, es preciso señalar que si bien la Convención de la ONU no hace expresa alusión a la esterilización, sí insta a los Estados partes a introducir reformas que garanticen a las personas con discapacidad el goce efectivo de sus derechos a la vida, la integridad y el derecho a fundar una familia (en concordancia con el artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950), lo que determina, sin duda alguna, un nuevo horizonte para la maternidad de la mujer con discapacidad y la necesidad de valorar su consentimiento.

Recientemente España ha ratificado el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, aprobado en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014), el cual, en su artículo 39, condena expresamente las prácticas de esterilizaciones forzadas y los abortos coercitivos a mujeres sin su conocimiento.

¹⁵ Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, cit., págs. 69-76, la expresión «capacidad jurídica» empleada por la CDPD ha de entenderse como capacidad legal (*legal capacity*), la cual abarca tanto la dimensión estática como la dinámica, es decir, la capacidad jurídica en sentido técnico restringido y la capacidad de obrar. «Por tanto, no es correcto concluir que la distinción entre capacidad jurídica y de obrar ha desaparecido, y que ambos conceptos se han unificado en uno solo —el de capacidad jurídica—; ello, ni en general, ni tratándose de personas con discapacidad. Las dos dimensiones (estática y dinámica) de la capacidad legal están claramente presentes en el artículo 12 de la Convención, y su diferenciación sigue siendo una herramienta conceptual útil para la comprensión de las líneas básicas del Derecho de la Persona, y en particular de las reglas relativas a la discapacidad intelectual o mental» (pág. 76).

Acerca del significado de «legal capacity», *vid.* MCSHERRY, B. (2012). «Legal capacity under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities». *Journal of Law and Medicine*, 20(1), págs. 22-27.

¹⁶ A título de ejemplo, la SAP (Sección 10ª) de 12 de mayo de 2014, para la que, tras reproducir la definición de «discapacidad» que proporciona la CDPD, considera: «hay que significar, a la vista de este primer acercamiento a la presente regulación, que, dejando atrás viejos modelos médicos, parece desprenderse de su articulado por un lado la asunción del

modelo social de la discapacidad al asumir que la discapacidad resulta de la interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno. Y por otro, que la definición no es cerrada, sino que incluye a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya a otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados». Destacan, asimismo, el modelo de apoyo o asistencia de la CDPD, la SAP de Valencia (Sección 10.^a) de 16 de mayo de 2013 o la SAP de León (Sección 2.^a) de 6 de noviembre de 2013.

¹⁷ Los signatarios y ratificaciones de la Convención y Protocolo Facultativo pueden consultarse en <http://www.un.org/spanish/disabilities/countries.asp?id=578>.

¹⁸ BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, entrando en vigor, en España, el día 3 de mayo.

¹⁹ BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008, entrando en vigor, en España, el día 3 de mayo.

²⁰ BOE núm. 289, de 3 de diciembre (con entrada en vigor al día siguiente de su publicación).

²¹ La redacción recibida por la Ley 12/2012 es, en concreto, la siguiente: «El Gobierno elaborará y aprobará antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad».

²² La cuestión de los límites de la delegación legislativa y del eventual exceso en la actividad refundidora derivada de una delegación legislativa (*ultra vires*) por parte del Gobierno reviste sumo interés y el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de tratarla en diversas ocasiones. Conforme a la doctrina constitucional sobre los límites al ejercicio por parte del Gobierno de la delegación legislativa (entre otras, la STC 13/1992, de 6 de febrero, la STC 205/1993, de 17 de junio y STC 166/2007, de 4 de julio), en el caso de refundición de varios textos legales la capacidad de innovación del Gobierno se limita a la labor de regularización, aclaración y armonización de textos legales. Dicha labor refundidora permite, incluso, «introducir normas adicionales y complementarias a las que son objeto estrictamente de la refundición, siempre que sea necesario colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del único texto refundido», como señala el Tribunal Constitucional en su ya citada STC 13/1992, de 6 de febrero (FJ 16) y en la STC 166/2007, de 4 de julio, según la cual se entiende que la facultad añadida en la autorización para refundir «permite la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de refundición, con el fin de colmar lagunas y, en todo caso, habilita para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático» (FJ 8).

²³ Según el Dictamen 1183/2013 del Consejo de Estado sobre el proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, el cual puede consultarse en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-1183>, «entrando en el examen del texto proyectado, por lo que se refiere al concepto de «discapacidad», no se recoge expresamente en ninguno de los textos refundidos, sino que, como se ha indicado, se encuentra en el artículo 1 de la Convención. Ahora bien, a juicio del Consejo de Estado no resulta inadecuada la inclusión de esta definición («discapacidad») pues, además de resultar de los propios principios y garantías recogidos en las normas objeto de refundición, en el propio Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010, que aprobó el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, se aclara que (...) «Los principios de la Convención y los derechos que en ella se reconocen no difieren en esencia de los recogidos en nuestra LIONDAU (norma que ahora se refunde). Sin embargo, comportan un cambio en el concepto de discapacidad, que supone pasar de considerar a la discapacidad como una preocupación en materia de bienestar social, a conceptuarla como una cuestión de derechos humanos; lo que obliga a modificar el enfoque de nuestra normativa interna».

²⁴ En este sentido se pronuncia, en la doctrina italiana, MORANI, G. (2009). «La tutela della prole nelle crisi familiari: soluzioni e rimedi dei patti internazionali e del sistema nor-

mativo interno». *Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. 38, núm. 4, pág. 1984: «Da tempo ed ancora più di recente negli ultimi anni dello scorcio finale del secolo XX ed alle soglie del terzo Millennio, la condizione e le situazioni soggettive del minore, gli aspetti salienti della sua personalità hanno avuto un'ampia considerazione negli ordinamenti interni e nelle convenzioni internazionali sotto la spinta di un'approfondita analisi da parte delle scienze umane e della scienza giuridica che — sensibili ai mutamenti culturali e sociali — li hanno posti al centro della loro attenzione.

È accaduto — così — che atti fondamentali di normativa interna (come la Costituzione della Repubblica italiana in vigore dal 1° gennaio 1948) e, soprattutto, gli accordi internazionali come la Dichiarazione dell'ONU dei diritti del fanciullo 20 maggio 1959, la Convenzione di New York 20 novembre 1989 e la Convenzione europea di Strasburgo 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli hanno provveduto ad enunciare alcuni diritti essenziali di cui il minore diviene titolare e portatore. Deve — anzitutto — farsi menzione del rilievo significativo che la nostra Costituzione ha dato alla figura del minore, al quale un complesso di norme — per la prima volta — attribuisce specifici diritti».

²⁵ El demandante afirmaba en su demanda, en relación a su hijo, que «finalizó los estudios de BUP hace más de diez años, sin que haya realizado especialización alguna, encontrándose inscrito como demandante de empleo». Y en el escrito de contestación a la demanda su madre indicada que su hijo padecía «trastorno esquizofrénico paranoide que le incapacita para cualquier tipo de trabajo, y que le hace absolutamente dependiente de su madre», razón por la cual solicitaba un incremento de la pensión alimenticia, además de la mitad de los gastos extras de enfermedad y tratamiento del hijo no cubiertos por la Seguridad Social.

²⁶ Recuérdesse que, según la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, determina que las referencias en los textos normativos preexistentes a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad», respectivamente, siendo estos términos los que deben utilizar a partir de la entrada en vigor a la norma las Administraciones Públicas para denominar a estas personas. Conforme al mandato de la citada Disposición Adicional 8.ª y a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF-2001) de la OMS, el RD 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, sustituye el término «minusvalía» por el de «discapacidad», y las referencias que en el RD 1971/1999 se realizaban hasta ahora a «grado de discapacidad» se sustituyen por «grado de las limitaciones en la actividad».

²⁷ A título de curiosidad, se quisiera destacar que, según la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD) del Instituto nacional de Estadística de noviembre de 2008 (puede consultarse en www.ine.es/prensa/np524.pdf) las mujeres cuidadoras encargadas de atender a las personas en situación de dependencia representan un 76,3%, esto es, 3 de cada 4 cuidadores principales son mujeres, con un perfil de una mujer de entre 45 y 64 años, que reside en el mismo hogar que la persona a la que presta cuidados. Tal situación repercute, sin lugar a dudas, en su vida económica, laboral, social y emocional, en su calidad de vida y, por consiguiente, en su salud («síndrome del cuidador»).

²⁸ Vid. el comentario, en concreto, al artículo 93 CC de ROCA TRIAS, E. (1993). «Sub artículo 93 del Código Civil». *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 391-394.

²⁹ Como señala RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1993). «Sub artículo 110 del Código Civil». *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 432-433, dicho precepto, importante novedad de la Ley 11/1981, es consecuencia y desarrollo del artículo 39, apartado segundo y tercero CE, de modo que las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos son manifestación y consecuencia directa de la mera relación paterno-filial, antes, por encima y al margen de la patria potestad. En su opinión «la prestación de alimentos del artículo 110 es más amplia que la de los conceptos del artículo 142 e incluye también todos los que comporta la protección que necesite el hijo (p. ej. la defensa de su persona o de sus derechos de la personalidad), y aún otros menos necesarios materialmente pero adecuados a su formación y equilibrio espiritual (recreo, relaciones con terceros)» añadiendo que la

prestación de alimentos prevista en dicho precepto solo alcanza a los menores, terminando por las mismas causas que se extingue por la patria potestad, debiendo el hijo después, en su caso, reclamarlos por la vía de los artículos 142 y sigs. CC (pág. 434).

³⁰ Acerca del artículo 152.3º, *vid.* el comentario al mismo de DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). «Sub artículo 152». *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 541-542.

³¹ En el caso enjuiciado por el Auto de la AP de A Coruña (Sección 4.ª) de 24 de febrero de 2014, la demanda se había presentado el día 30 de enero de 2013 y del informe de vida laboral emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social y demás documental aportada a los autos, el hijo, nacido en 1989, si bien se encontraba en dicho momento en situación legal de desempleo, había accedido al mercado laboral, dado que vino trabajando desde el 3 de octubre de 2011 hasta el 1 de junio de 2012 en una empresa de trabajo temporal, y del 11 de junio de 2012 en un Banco, en el que causa baja el 15 de abril de 2013 y le había sido reconocida prestación por desempleo el 23 de abril de 2013, de modo que la AP consideró que el hijo se había incorporado al mundo laboral con continuidad y declara extinguida la pensión alimenticia establecida en el seno del proceso matrimonial, sin perjuicio, del ejercicio de las acciones que al hijo personalmente le pudieran corresponder por alimentos entre parientes (arts. 142 y sigs. del CC).

³² En el Auto del TSJ de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 26 de mayo de 2011 se declaró extinguida la pensión de alimentos en el proceso matrimonial un hijo mayor de edad que accedió al mercado laboral hace 10 años pero que se encontraba en situación de desempleo coyuntural al haberse consolidado desde hace tiempo el acceso laboral con la independencia económica. El TSJ considera que en el supuesto de precisar que se cubran sus necesidades alimenticias, en el caso de mantenerse en el tiempo la situación de desempleo, habrá de ser el descendiente quien inste proceso declarativo verbal de alimentos frente a ambos progenitores mancomunadamente obligados a la prestación alimenticia a tenor de las posibilidades económicas. De este modo, se establece que la situación de paro coyuntural no es suficiente para establecer que el hijo carece de ingresos o que éstos, siendo insuficientes, deban fijarse en el proceso matrimonial pues su vía procesal adecuada, como señala la sentencia recurrida, son los de los artículos 259 sigs. CF (los cuales se corresponden con los arts. 142 y sigs. CC). Y afirma: «para el supuesto de que en todos los casos de hijos mayores de edad que convivieran con uno de los progenitores se debiera entender que ha de ser el proceso matrimonial el cauce pertinente para su reclamación cuando carecieran de ingresos o fueran insuficientes, nos encontraríamos con conclusiones ilógicas que alcanzarían supuestos ni queridos ni contemplados en el artículo 76.2 CF ni declarados por la jurisprudencia de este TSJC que si bien en determinados casos como sucede cuando el hijo mayor de edad se encuentra en situación de demandante de empleo, sin haber accedido al mundo laboral (STSJC 16/2002, de 3 de junio) o cuando el tiempo de acceso al mundo laboral ha sido escaso, como los contemplados en la SSTSJC 39/2003, de 3 de noviembre y 12/2006, de 16 de marzo, ha posibilitado la declaración de alimentos institucionales en el proceso matrimonial, no lo en el supuesto examinado en que se ha probado una situación de diez años de acceso al mundo laboral y una situación coyuntural de paro» (FJ 4.º).

³³ Para un estudio de ambos requisitos, convivencia en el domicilio familiar y carencia de ingresos propios. *vid.* MORENO VELASCO, V. (2010). «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio». *Diario La Ley*, núm. 7433, Sección Tribuna, 28 Jun. 2010, Año XXXI, Ref. D-212.

³⁴ Para ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2014). «Algunas cuestiones polémicas en la pensión de alimentos». *El Derecho* (http://www.elderecho.com/tribuna/civil/pension_de_alimentos-pension_alimenticia_11_703555002.html), «aunque la inmensa mayor parte de las pensiones alimenticias tienen como beneficiarios a los hijos, no hay que olvidar que casi son administradas por el progenitor custodio y esta característica agrava la alergia al pago que suele sufrir el alimentante. Aunque se trate en ocasiones de cifras ridículas, oímos constantemente a los obligados en términos como el siguiente: «Yo para mi hijo... lo que sea. Sin límite. Estaría bueno. Por mi hijo cualquier cosa... Pero hay un problema... Si yo tuviera la seguridad que es para el niño... que se gasta en él. Pero si luego va hecho un asco... A saber en qué se gasta xxx el dinero que yo pago». Parece como si sospechara el alimentante que

el/la custodio se iba a viajar a Bora Bora con su amante pagado todo con el dinero de la pensión... con los míseros 200 € mensuales de los dichosos alimentos...

³⁵ Para la STS de 5 de octubre de 1993, «a) La norma constitucional (art. 39.2) distingue entre la asistencia debida a los hijos «durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda» ; b) Aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro Primero del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como deber comprendido en la patria potestad (art. 154.1.º), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia —así, art. 145.3.º— y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 del CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados» (FJ. 2º).

³⁶ La STS de 16 de julio de 2002 señala: «la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad (artículos 39.3 de la Constitución Española, 110 y 154.1º del Código Civil) tiene unas características peculiares que le distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad (como ya puso de relieve la paradigmática Sentencia de 5 de octubre de 1993). Una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimentaria, que determina que lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil solo sea aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad (artículo 154.1º del Código Civil) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de estos, criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, que se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas habida cuenta el vínculo de filiación y la edad» (FJ 3.º).

³⁷ Como afirma la STS de 24 de octubre de 2008 en su FJ 2.º, «ciertamente esta Sala, a raíz de la Sentencia de 5 de octubre de 1993, partiendo de que la propia norma constitucional (artículo 39.2) «distingue entre la asistencia debida a los hijos “durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda”», ha seguido el criterio de considerar que el tratamiento jurídico de los alimentos del hijo menor de edad «presenta una marcada preferencia» respecto al régimen regulador de los alimentos entre parientes (Título VI del Libro Primero del Código Civil) aunque también ha dicho que ello no conlleva que se tenga que descartar de modo absoluto la aplicación de las normas de este último a los menores. Tal preferencia encuentra justificación en que la obligación de dar sustento a los hijos menores es un deber incardinado en la patria potestad, derivado de la relación paterno-filial (artículo 110 CC), resultando de ello que la prestación alimenticia a los hijos menores no ha de verse afectada «por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados». La consecuencia de lo anterior no puede ser otra que la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a hijos menores de manera incondicional aún en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios, y así debe entenderse la doctrina que se dice vulnerada, que descarta que las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes —entre las que se encuentran sin duda las causas de cesación de la prestación alimenticia previstas en el artículo 152 CC— sean causa de cesación de la prestación debida al hijo menor, precisamente por derivar el derecho del menor directamente del hecho de la generación».

³⁸ Basta, para darse cuenta, una lectura de la Instrucción 4/2008 «Sobre control y vigilancia de las tutelas de personas con discapacidad», la Instrucción 4/2009 «Sobre la organización de las Secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad» y la Instrucción 3/2010, «Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas».

³⁹ En desarrollo de sus funciones constitucionales, el artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 24/2007, de 9 de octubre por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, atribuye al Ministerio Fiscal la de 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.

1.3. Derechos Reales

Reflexiones sobre la regla *accessorium sequitur principale*: partes, pertenencias y accesorios

Reflections on the rule of accessorium sequitur principale: parties, properties and accessories

por

JUAN IGNACIO PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto determinar la noción de cosa accesoria en el campo del Derecho civil, analizando los textos del Código Civil que se refieren a ella en la teoría de la accesión y en la teoría del negocio jurídico.

ABSTRACT: *This article endeavours to pin down the concept of things accessory in the field of civil law by analyzing the portions of the Civil Code that refer to things accessory in accession theory and the theory of juristic acts.*

PALABRAS CLAVE. Cosa accesoria. Accesorios. Accesión. Negocio jurídico. Interés jurídico

KEY WORDS: *Things Accessory. Accessories. Accession. Juristic Act. Legal Interest.*

SUMARIO: I. LA CUESTIÓN.—II. LA NOCIÓN DE ACCESORIEDAD EN LA TEORÍA DE LA ACCESIÓN.—III. LA NOCIÓN DE ACCESORIEDAD EN LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO.

I. LA CUESTIÓN

¿Puede admitirse en el ámbito del Derecho civil que una cosa tenga la condición de accesoria con respecto a otra? La respuesta es claramente afirmativa si nos atenemos a los textos del Código Civil en materia de accesión (véase, por ejemplo, art. 375) y en la teoría del negocio jurídico (arts. 1.097 y 883, entre otros).

II. LA NOCIÓN DE ACCESORIEDAD EN LA TEORÍA DE LA ACCESIÓN

En relación con la accesión, cuando la ley, por ejemplo, se refiere a la unión de cosas muebles, reputa principal, entre dos cosas incorporadas, aquella a que se ha unido otra por adorno o para su uso o perfección (art. 376 del Código Civil).

Aun cuando se ha llegado a entender que estas expresiones legales reflejan la distinción entre parte (elemento o cosa que completa o perfecciona el todo) y pertenencia (elemento o cosa que está destinada al servicio u ornamento de otra), en la teoría de la accesión dicha distinción carece de importancia porque la atribución legal de la propiedad de la cosa accesoria al dueño de la cosa principal se vincula al fenómeno de la unión o incorporación con inseparabilidad económica (art. 378 del Código Civil)¹. La relación de principalidad y accesoriedad entre las cosas unidas pertenecientes a diversos propietarios se asume por la ley como criterio ocasionalmente capaz de determinar la dirección en que opera la transmisión o adquisición de propiedad una vez que el legislador ha elegido resolver de esa manera el conflicto creado entre dos derechos como consecuencia de la modificación del *status* material de las cosas. La cualidad de accesorio solamente puede predicarse después de que se haya producido la unión. Es entonces cuando se podrá juzgar y decidir cuál de las dos cosas, ya unidas, es la principal. Y no existe un concepto *a priori* de accesoriedad, sino que tal concepto refleja la aplicación de la propia ley, que fija su significado a través de diferentes criterios: finalidad decorativa, utilitaria o perfectiva de la cosa accesoria y subsidiariamente valor y volumen. Por tanto, aunque una cosa sirva para completar otra (una llave completa una cerradura, una pieza de ajedrez completa el juego de ajedrez, etc.) no se adquiere por accesión cuando las cosas unidas pueden separarse sin detrimento. Y al contrario, cualquier objeto ornamental unido o incorporado con inseparabilidad económica a otra cosa principal se adquiere por accesión. En consecuencia, la única división entre las cosas que tiene fundamento positivo en la accesión es la que distingue entre cosas unidas que permiten la separación sin daño o detrimento y cosas unidas que no permiten la separación sin daño o detrimento.

III. LA NOCIÓN DE ACCESORIEDAD EN LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Centrándonos en la teoría del negocio jurídico, García Goyena² decía, aclarando lo que era accesorio de la cosa legada, que los accesorios de un inmueble se hallan enumerados en el artículo 380 del Proyecto, números 3.º y siguientes, equivalentes a los números 3.º y siguientes del actual artículo 334 del Código Civil. Y añadía lo siguiente: «Llábase accesorio de la cosa legada todo lo que, sin ser la misma cosa, tiene con ella tal relación que no debe separarse, y antes bien debe seguirla». Como se ha dicho³, cabe en este concepto, es evidente, todo lo que con la cosa se relaciona en cualquier forma, física o funcionalmente, denotando la conveniencia social y económica de un destino común.

Sin perjuicio de reconocer la existencia de una relación entre los accesorios del artículo 1.097 y los inmuebles, por incorporación o destino, del artículo 334, bajo la denominación de accesorios a que se refiere el artículo 1.097 es necesario entender aquellas cosas que se encuentran en una cierta relación de subordinación respecto a otra, lo que tiene lugar: cuando una de las cosas es elemento integrante de la otra; cuando una de las cosas está destinada al servicio u ornamento de la otra, dando lugar a una relación pertenencial; o cuando encontrándose una cosa en una cierta relación de subordinación respecto a otra, no presenta los requisitos legales de pertenencia⁴.

Por tanto, los accesorios que acompañan a la cosa objeto de entrega son las llamadas parte integrante, pertenencia y accesorio obligacional⁵.

El artículo 1.097 determina la extensión a los accesorios en todo caso de obligación de dar cosa determinada. En nuestra doctrina, un autor⁶ mantiene que el referido artículo no impone coactivamente el paso automático de las pertenencias y de los accesorios, por lo menos en los negocios jurídicos *inter vivos*, a diferencia de lo que ocurre con las partes integrantes de una cosa, que siguen a la cosa principal, por lo que deberá determinarse, con toda claridad, lo que, desde un punto de vista jurídico debe considerarse como parte integrante de una cosa y, por exclusión, las pertenencias y accesorios de la misma. Al referirse el mismo autor⁷ a las casas o edificios, estima que deben considerarse como partes de la casa o edificio todas aquellas cosas materialmente anejadas a la casa, o que tengan con ella una vinculación estructural; así, por ejemplo, las tejas, las vigas o maderos, etc. Y también el ascensor, si la estructura de la casa lo lleva previsto, con los fosos, vigas y resistencia oportuna. Por tanto, concluye⁸, cuando se vende una casa, solo los elementos vinculados estructuralmente a ella son los que se reputan incluidos en la venta.

Según el criterio de la «perfectio», las «partes rei» integran la cosa, de modo que la falta de una de ellas hace que la cosa no esté completa, mientras que la pertenencia es un elemento que no participa en la constitución orgánica de la cosa, siendo simplemente algo que complementa la cosa, le da utilidad o la adorna. Las ruedas de un automóvil desempeñan una función inferior a la del motor o a la de la carrocería, pero nadie diría que son pertenencias del vehículo⁹.

Según lo anterior, cabe asumir una «perfectio» de la cosa. Pero, ¿se puede hablar realmente de una cosa en sí misma perfecta o imperfecta? ¿Por qué razón la venta de una casa tiene que comprender necesariamente las ventanas, las puertas, etc., o la venta de un automóvil tiene que comprender necesariamente las ruedas, o la venta de un juego de ajedrez tiene que comprender necesariamente todas las piezas del juego?

Es evidente que tratándose de un negocio jurídico ante todo debe estarse a la voluntad de las partes del negocio al regular sus propios intereses y no al concepto de cosa. Si se vende una casa o un vehículo automóvil, desde el punto de vista jurídico no existe ningún obstáculo para que el sujeto vendedor se reserve la propiedad de elementos que se consideran partes constitutivas de la cosa vendida. Y esto es así porque en el negocio jurídico, que es una declaración de voluntad, hay que prestar atención no a la cosa en cuanto tal sino a los fines a que la cosa está destinada, que es lo que verdaderamente determina la esencia de la cosa, lo que la integra o completa. Un vehículo automóvil puede venderse para fines distintos: para la circulación o para desgazar. Una casa puede venderse para fines distintos: para ser habitada o para guardar mercancías u otras cosas. Lo que determina en última instancia el contenido de la obligación de dar cosa determinada es la específica finalidad de la utilización de la cosa tenida en cuenta por las partes en el momento de la celebración del negocio jurídico.

En la línea señalada, la jurisprudencia sostiene que si bien el artículo 1.461 del Código Civil establece que el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta, disponiendo el artículo 1.462 que se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador, tal obligación de entrega hay que entenderla en toda la extensión a que alude el artículo 1.097 del texto citado, que al regular la obligación de dar cosa determinada incluye en ella la de entregar todos sus accesorios, «entendidos como subordinación funcional o lo que es lo mismo como aquellos requisitos o elementos sin los que la cosa entregada no sería apta para el uso al que ha de ser destinada» (SAP de Málaga de 13 de octubre de 1993 —AC 1993, 2006— [versión

electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI]. En el caso enjuiciado, el objeto de la venta fue un vehículo remolque intrínsecamente destinado a la circulación, por lo que se consideró como consustancial a la transacción efectuada la entrega de la documentación necesaria a tal fin. La SAP de Barcelona, Sección 13.^a, de 19 de abril de 2001 —*JUR* 2001, 210533— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI], en un caso de compraventa de un vehículo, afirma que la obligación del vendedor no puede entenderse cumplida con la sola puesta a disposición del bien, carente de la correspondiente documentación en regla para poder hacer uso del mismo, máxime si se trata de un vendedor dedicado profesionalmente a este tráfico comercial, sino que dicha prestación habrá de incluir necesariamente la totalidad de permisos y licencias administrativas indispensables para que el adquirente del vehículo pueda hacer uso del mismo).

Por tanto, el obligado a entregar una cosa determinada lo está a entregarla en condiciones para servir al destino convenido o previsto. La perspectiva contractual de lo afirmado no puede ponerse en cuestión pues se trata de una obligación al amparo del artículo 1.258 del Código Civil¹⁰, como una consecuencia inherente a la naturaleza del contrato y conforme al principio de buena fe, el uso y la ley; precepto que puesto en relación con los artículos 1.097 y 1.469 del mismo texto legal llevan a la conclusión de que el obligado a dar cosa determinada debe entregar la cosa con todo aquello que resulte de la naturaleza del contrato, de su finalidad o de la idoneidad de su propio objeto (STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 8 de noviembre de 2012 —*RJ* 2013, 2402— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI]).

El que compra un vehículo destinado a la circulación espera que el vehículo comprado sea útil para la finalidad que se adquirió. El que compra una plaza de garaje para aparcar el vehículo espera que la plaza comprada sea útil para la finalidad que se adquirió (existe una jurisprudencia clara y constante del Tribunal Supremo que afirma que es esencial la adecuación que las plazas han de reunir respecto al fin que les es propio y para el que se adquirieron, lo que comprende tanto las dimensiones necesarias para hacerlas aptas de albergues de automóviles de uso ordinario, como los elementos superficiales accesorios que permitan las maniobras adecuadas y suficientes de los mismos dentro de los locales. Recogen esta doctrina legal, entre otras, SAP de A Coruña, Sección 1.^a, de 14 de junio de 2001 —*JUR* 2001, 248143— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI]; SAP de Jaén, Sección 1.^a, de 31 de enero de 2002 —*JUR* 2002, 75304— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI]; SAP de Tarragona, Sección 3.^a, de 2 de julio de 2003 —*AC* 2003, 1640— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI]). Y el que compra una casa para habitarla espera poder vivir en ella y espera también poder ejercitar los derechos correspondientes sobre ella (nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia de 8 de noviembre de 2012, antes citada, considera que la licencia de primera ocupación, sin perjuicio de su tramitación administrativa, queda imbricada en la naturaleza contractual de la compraventa como un elemento integrado en la obligación del vendedor de entregar la cosa en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto. La SAP de Las Palmas, Sección 4.^a, de 18 de julio de 2005 —*JUR* 2005, 218921— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI], invocando el artículo 1.097, establece la obligación de entregar al adquirente de una vivienda la cédula de habitabilidad y los boletines de enganche de agua y energía que permiten la utilización del inmueble como vivienda. Otra Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de marzo de 2002 —*RJ* 2002, 2848— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS

ARANZADI], que trataba acerca de si una Comunidad de Propietarios tenía o no derecho a la entrega por una promotora y constructora de los Planos, Proyectos Básicos y de Ejecución, así como la Memoria de Calidades de la edificación, establece que la entrega de una cosa principal lleva consigo la de los accesorios que la sirven, sin que el artículo 1.097 haga distinciones por su función, sea esta más o menos esencial, para el manejo de la cosa principal o para ejercitar los derechos correspondientes sobre ella, y así como la entrega de inmuebles presupone la aportación de la titulación o documentación acreditativa del derecho de propiedad u otro sobre los mismos, no aparece obstáculo legal para integrar como accesorios a los Planos, Proyectos Básicos y de Ejecución y la Memoria de Calidades del Inmueble perteneciente a una comunidad).

Según la jurisprudencia, cuando la cosa entregada adolece de total aptitud para su destino normal y pactado, determina un incumplimiento total, significado por la entrega de cosa distinta a lo estipulado con la consecuencia de la incompleta insatisfacción del comprador y la frustración de su legítimo interés, al ser el objeto impropio para el fin al que se destina, siendo aplicable el artículo 1.124 del Código Civil por darse una prestación diversa, lo que sucede no solo cuando se entrega una cosa distinta a la pactada, sino también cuando el objeto entregado resulta totalmente inhábil para el uso a que va destinado, inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato, haciendo imposible su aprovechamiento (puede verse esta doctrina en las Sentencias citadas anteriormente de las Audiencias Provinciales sobre inhabilidad de las plazas de aparcamiento adquiridas para su fin propio. Y como lo decisivo es la posibilidad efectiva de hacer uso de las plazas de garaje conforme a su destino, que no es otro que el de servir para el aparcamiento de vehículos de turismo, como parte de las obligaciones que asume la parte vendedora en virtud del contrato de compraventa, resultan irrelevantes, según la SAP de Tarragona de 2 de julio de 2003, las circunstancias de que el aparcamiento esté ejecutado con arreglo al proyecto o que las dimensiones de las plazas sean conformes a las Ordenanzas Municipales).

Incluso en algún caso llegó a declararse la nulidad del contrato celebrado por imposibilidad originaria de destinar la cosa al uso pactado (SAP de Barcelona, Sección 13.ª, de 9 de septiembre de 1998 —AC 1998, 8939— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI]. En el caso enjuiciado, se trataba del arrendamiento de un local comercial destinado a «estudio fotográfico, laboratorio fotográfico y venta de material», sin que el propietario arrendador hubiese efectuado, antes de celebrar el contrato, las actuaciones administrativas necesarias para realizar el uso pactado, ya que el local arrendado solo podía destinarse exclusivamente para aparcamiento de tres vehículos).

De lo dicho hasta ahora se desprende con claridad que el núcleo central del problema que abordamos consiste en la determinación del alcance objetivo del contrato celebrado entre las partes, para lo cual es necesario proceder a la interpretación de su clausulado. En relación con dicha interpretación, afirma nuestro Tribunal Supremo que aunque en el ámbito de la interpretación de los contratos la interpretación gramatical, referida al «sentido literal» no supone, en rigor, una estricta subordinación del criterio subjetivo manifestado por la voluntad o la intención de las partes, criterio que resulta siempre preferente, no obstante, cuando los términos resultan claros y no dejan duda alguna sobre la intención querida por los contratantes, la interpretación literal es el punto de partida y también debe ser el punto de llegada del curso interpretativo (STS de 8 de noviembre de 2012). Y también afirma dicho Tribunal que el artículo

1.097 del Código Civil, si bien no define lo que ha de entenderse por accesorios, actúa como norma integradora del contrato, al partir de la obligación de dar cosa determinada que configura el objeto de la prestación convenida, para autorizar su ampliación a lo propiamente accesorio y complementario de dicha cosa principal, que, en todo caso, precisa para que tenga efectividad y vincule al obligado, y es lo determinante, por resultar de exigencia, que el servicio que presten los elementos accesorios no solo tengan existencia al momento en que nace la obligación, sino que los mismos sean efectivos y permanentes (STS, Sala de lo Civil, de 28 de junio de 1995 —*RJ* 1995, 5312— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI]).

Lo que comprende la obligación de entregar la cosa viene determinado por diferentes criterios. El primer criterio hace referencia a la voluntad de las partes manifestada mediante una estipulación expresa al respecto¹¹. El segundo criterio, en ausencia de pacto expreso al respecto, se refiere a la propia interpretación del marco contractual celebrado.

Con respecto a este último criterio, se ha afirmado¹² que la interpretación de la voluntad negocial no puede practicarse como una indagación que se encierre en sí misma, sin que le influya la realidad objetiva, en especial cuando la voluntad se reconoce tácita o implícitamente, pues las deducciones a realizar sobre hechos y comportamientos habrán de considerar, en lugar relevante, aquellos que han originado la relación objetiva en que las cosas (principal y accesorias) se encuentran. Esta relación no tendrá siempre el mismo peso, sino que este será mayor cuando la relación establecida entre las cosas sea más estrecha. Buena prueba de ello es el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, en el que los objetos muebles colocados en la finca hipotecada reciben un tratamiento diverso dependiendo del tipo de relación que mantengan con la cosa principal. La evidente existencia de una unión y complementariedad con la cosa principal (es el caso del número 3.º del artículo 334, en que lo unido de una manera fija al inmueble suele considerarse como parte integrante¹³) determinará, cuando no hay referencia explícita a ella (inclusión o exclusión), que tal relación de accesoriedad con sus consecuencias (art. 1.097) se incorpore al contenido propio del negocio como voluntad de las partes, y no meramente por prescripción legal, de modo dispositivo, en ausencia de voluntad.

El artículo 111 de la Ley Hipotecaria¹⁴ constituye un buen ejemplo de determinación normativa de los límites del interés jurídico del titular de la garantía hipotecaria. A falta de preceptos legales como el mencionado, el problema consiste en establecer criterios objetivos de interpretación de la voluntad negocial para determinar si una cosa accesoría no mencionada expresamente en un negocio jurídico debe entenderse incorporada al contenido propio del negocio como voluntad de las partes porque es necesaria para el específico uso de la cosa principal objeto del negocio. Es evidente que los criterios objetivos de interpretación de la voluntad pueden recabarse, cuando sea el caso, de la relación objetiva en que las cosas (principal y accesorias) se encuentran, pero sin olvidar que la función interpretativa está encaminada a determinar la esencia y los límites del interés del titular del derecho en extraer de la cosa principal objeto del negocio toda la legítima utilidad que se había representado al contratar¹⁵. Por tanto, podemos afirmar que la cosa accesoría debe entenderse comprendida en el acuerdo siempre que de la relación objetiva en que las cosas se encuentran quepa deducir que se quiso transmitir juntamente con la cosa principal objeto del negocio porque sin la accesoría la cosa principal entregada resulta inhábil para el uso a que va destinada.

Por otra parte, no cabe confundir la accesión con el problema de la interpretación de los negocios jurídicos, trasladando a este campo los criterios que regulan la adquisición de la propiedad en la accesión. Como ha dicho un autor¹⁶, al que citamos literalmente, la regla «SSC» (*superficies solo cedit*) nada tiene que ver con el alcance de la obligación de entrega de los accesorios en obligaciones de dar cosas determinadas (arts. 1.097 y 883 del CC). La obligación de entrega de los accesorios no puede ser integrada con la regla de accesión, y cuando se ha aplicado la regla «SSC» a las obligaciones de entrega de una finca ha sido solo con la finalidad de interpretar de acuerdo a aquella el significado del concepto de «accesorio». De esta forma, si se vende un terreno donde se ha construido un edificio (antes de la venta o posterior a esta, pero antes de la tradición) es el terreno el que debe entregarse y ningún papel juegan aquí los artículos 358 y 361. Cuando se ha pensado que la obligación de entrega se extiende a las «accesiones» ello no ha sido, sin embargo, por estimarse de aplicación la regla «SSC», sino por considerarse que en el caso en cuestión esta «accesión» se trataba de un «accesorio».

La accesión y el hecho de que en determinadas circunstancias ciertos bienes muebles se reputen inmuebles no tienen nada que ver con la obligación de entrega de los accesorios en todo caso de obligación de dar cosa determinada. En el caso resuelto por la STS de 14 de marzo de 1983 (*RJ* 1983, 1473), que trataba sobre un contrato de compraventa de una nave industrial, el comprador, parte recurrente, sostuvo que el referido contrato comprendía, tanto la vivienda construida sobre la parte superior de la nave referida, como las instalaciones y maquinaria destinada a la industria, que en el momento de la venta funcionaba en la nave. Según el comprador, la vivienda levantada formaba un todo con el suelo y la nave industrial, y por virtud de la accesión lo edificado debe ceder al suelo, y las instalaciones y elementos incorporados a la nave industrial tenían la consideración de inmuebles, invocando a tal efecto el artículo 334 del Código Civil. El Tribunal Supremo rechazó los distintos argumentos del comprador, aceptando íntegramente la interpretación del contrato llevada a cabo por el juzgador «a quo», el cual, atendiendo a la literalidad del contrato, en el que no pueden entenderse comprendidas cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar —artículo 1.283 del Código Civil—, estimó que la compraventa se concertó exclusivamente sobre la nave industrial, apta para ser puesta en funcionamiento, con el aporte de maquinaria y otros elementos administrativos, que incorporó la propia parte recurrente. En el caso resuelto por la STS de 4 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 1594 [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI]), que trataba también sobre un contrato de compraventa de una nave industrial, la entidad compradora, parte recurrente, pidió que se condenara a los vendedores a entregarle la finca objeto del contrato con todos los elementos unidos a ella de manera fija, como máquinas, vasos, instrumentos y utensilios destinados a la industria o explotación en ella realizada, invocando a tal efecto el artículo 334.5 del Código Civil, en relación con el artículo 1.097 del mismo texto legal. El Tribunal Supremo rechazó la petición de condena con el argumento de que el objeto del contrato fue la venta de una nave industrial y sin inclusión de la explotación en ella desarrollada; los accesorios que la recurrente pretende integrar en el contrato, afirma textualmente el Tribunal, no son pertenencias de la nave, sino elementos componentes de la industria ajena al mismo, los cuales no estaban al servicio del inmueble, pues su finalidad conectaba exclusivamente con la actividad empresarial realizada en la finca, de manera que para la introducción de la maquinaria, utillaje y demás accesorios

en el contenido de la relación concertada, era menester el detalle pormenorizado de los mismos, lo que fue omitido por las partes.

Partiendo de estas últimas Sentencias citadas, que se refieren a los conocidos como inmuebles por destino o pertenencias, caracterizados por tratarse de objetos muebles destinados o dedicados al servicio de un inmueble como elementos de adorno o explotación del mismo, cabe afirmar que el artículo 334 del Código Civil lo único que hace es decir que, en determinadas circunstancias, ciertos bienes son inmuebles al objeto de someterlos a un común tratamiento inmobiliario (la ficción de la inmovilización asegura la uniformidad de las reglas jurídicas), pero para el caso de que dichos bienes sean incluidos por las partes en el contrato de compraventa sobre la finca. Por tanto, la transmisión de las pertenencias con el inmueble a cuyo servicio están no depende de la inmovilización por destino, sino de la voluntad de las partes manifestada a través de la relación de las pertenencias con los fines contractuales a que está destinado el inmueble o, dicho de otro modo, con la actuación del interés contractual del titular del derecho. El problema no consiste aquí en determinar el régimen jurídico aplicable al inmueble y a las pertenencias, sino en determinar si diferentes cosas son susceptibles de una transmisión unitaria con el inmueble por servir todas ellas a la actuación del interés del titular del derecho en extraer del inmueble toda la legítima utilidad que se había representado al contratar. En las Sentencias últimas citadas se observa cómo el Tribunal Supremo, interpretando los contratos de compraventa, separa la nave industrial vendida de la actividad empresarial en ella desarrollada. Aunque en los casos relatados se entendió que el objeto de la compraventa comprendía únicamente la nave industrial, pero no la explotación industrial que se realizaba en la misma, en otros casos puede ocurrir que el inmueble, como la maquinaria industrial, sea solamente uno de los elementos que concurre a la realización de un destino cualquiera de producción industrial objeto y finalidad del contrato.

CONCLUSIONES

En nuestra opinión, no tiene sentido construir *a priori* una categoría de cosas principales y de cosas accesorias fuera del ámbito de la interpretación de los textos legales. El concepto de cosa accesoria es un reflejo de la aplicación de la ley y no de un criterio obtenido de la realidad material.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, Tomo XII, vol. 1.º (Arts. 858 a 891 del Código Civil), segunda edición, Alcobendas (Madrid), Edersa, 1998.
- ALONSO PÉREZ, Mariano, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo V, vol. 1.º (Arts. 391 del Código Civil), segunda edición totalmente reelaborada y adaptada a la nueva legislación, Madrid, Edersa, 1990.
- BALLARÍN MARCIAL, Alberto, «Partes, pertenencias y accesorios. Resumen de tesis», en *Temis*, núm. 2, Zaragoza, 1957, págs. 149 y sigs.
- BIONDI, Biondo, *Los bienes*, traducción de la segunda edición italiana, revisada y ampliada, con anotaciones sobre el Derecho español, por Antonio DE LA

- ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, 2.^a edición actualizada, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., febrero 2003.
- CARRASCO PERERA, Ángel, «*Ius aedificandi*» y *accesión*, Madrid, Editorial Montecorvo, S.A., 1986.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, «Las pertenencias en el Derecho privado español», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXIX, Fascículo I, enero-marzo 1976, págs. 3 y sigs.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. LACRUZ BERDEJO y una tabla de concordancias con el Código Civil vigente, Zaragoza, 1974.
- MARTÍN PÉREZ, Antonio, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XV, vol. 1.^o (Arts. 1.124 del Código Civil), Madrid, Edersa, 1989.
- RUBIO GARRIDO, Tomás, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, «*Studia Albornotiana*», dirigidos por Evelio Verdura y Tuells, LVIII, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1993.

SENTENCIAS MENCIONADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 14 de marzo de 1983. Civil —*RJ* 1983, 1473—.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de junio de 1995 —*RJ* 1995, 5312— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI].
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 2002 —*RJ* 2002, 1594— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI].
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de marzo de 2002 —*RJ* 2002, 2848— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI].
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1^a, de 8 de noviembre de 2012 —*RJ* 2013, 2402— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI].

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Málaga de 13 de octubre de 1993 —*AC* 1993, 2006— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI].
- SAP de Barcelona, Sección 13^a, de 9 de septiembre de 1998 —*AC* 1998, 8939— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI].
- SAP de Barcelona, Sección 13^a, de 19 de abril de 2001 —*JUR* 2001, 210533— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI].
- SAP de A Coruña, Sección 1^a, de 14 de junio de 2001 —*JUR* 2001, 248143— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI].
- SAP de Jaén, Sección 1^a, de 31 de enero de 2002 —*JUR* 2002, 75304— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI].
- SAP de Tarragona, Sección 3^a, de 2 de julio de 2003 —*AC* 2003, 1640— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI].
- SAP de Las Palmas, Sección 4^a, de 18 de julio de 2005 —*JUR* 2005, 218921— [versión electrónica-base de datos Thomson REUTERS ARANZADI].

NOTAS

¹ La inseparabilidad de las cosas incorporadas es lo que rigurosamente caracteriza la accesión, afirma con rotundidad ALONSO PÉREZ, Mariano, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo V, Vol. 1.º (art. 391 del Código Civil), segunda edición totalmente reelaborada y adaptada a la nueva legislación, Madrid, Edersa, 1990, *sub art.* 378, *pág.* 445.

² GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de de Derecho civil de de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. LACRUZ BERDEJO y una tabla de concordancias con el Código Civil vigente, Zaragoza, 1974, *sub art.* 699, *pág.* 376.

³ MARTÍN PÉREZ, Antonio, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XV, Vol. 1.º (art. 1.124 del Código Civil), Madrid, Edersa, 1989, *sub art.* 1.097, *pág.* 304.

⁴ Afirma BIONDI que la noción de cosa accesorio es mucho más amplia que la de pertenencia. La pertenencia es ciertamente cosa accesorio; pero no toda cosa accesorio es pertenencia. La noción de cosa accesorio es mucho más vasta, en cuanto implica cualquier relación de subordinación de una cosa respecto a otra, que puede aun no responder a los requisitos legales de pertenencia. BIONDI, Biondo, *Los bienes*, traducción de la segunda edición italiana, revisada y ampliada, con anotaciones sobre el Derecho español, por Antonio DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÓ, 2.ª edición actualizada, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., febrero 2003, *pág.* 223.

⁵ MARTÍN PÉREZ (*ob. cit.*, *sub art.* 1.097, *págs.* 314 y *sigs.*) acoge un concepto amplio de accesorios.

⁶ BALLARÍN MARCIAL, Alberto, «Partes, pertenencias y accesorios. Resumen de tesis», en *Temis*, núm. 2, Zaragoza, 1957, *págs.* 162-163.

⁷ BALLARÍN, *ob. cit.*, *pág.* 158.

⁸ BALLARÍN, *ob. cit.*, *pág.* 154.

⁹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, «Las pertenencias en el Derecho privado español», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXIX, Fascículo I, enero-marzo 1976, *pág.* 37.

¹⁰ Aplicando el artículo 1.258 al legado de cosa del artículo 883 del Código Civil afirma ALBALADEJO que «el gravamen impuesto por el causante al heredero obliga a este, no solo al cumplimiento de lo expresamente ordenado en el testamento a favor del legatario, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Ahora bien, añade, ello no es ni más ni menos que ordenar que el legado da derecho al legatario, no solo a lo especificado en la disposición testamentaria, sino asimismo a todo lo que normalmente es de presumir que se quiere le acompañe. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, Tomo XII, Vol. 1.º (arts. 858 a 891 del Código Civil), segunda edición, Alcobendas (Madrid), Edersa, 1998, *sub art.* 883, *pág.* 380.

¹¹ Como afirma Clavería (*ob. cit.*, *págs.* 52-53), por regla general las partes de un contrato fijan en las cláusulas de este, amparándose en la libertad contractual establecida en el artículo 1.255 del Código Civil, qué bienes deben entenderse comprendidos en el acuerdo y cuales deben reputarse, por el contrario, excluidos. Lo conveniente es eludir el problema mediante pacto expreso.

¹² MARTÍN PÉREZ, *ob. cit.*, *sub art.* 1.097, *págs.* 322 a 324.

¹³ Decía GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, *cit.*, *sub art.* 380, *pág.* 202) que las cosas muebles por su naturaleza se fingen o reputan inmuebles desde que el propietario las destina al uso perpetuo de otro inmueble. Esta intención y destino son manifiestos en los casos del número 4.º («Todo lo que está unido a un edificio de una manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro de esta o del objeto adherente»), y no necesitan de prueba, sea cualquiera la cosa u objeto unido. Y por estas circunstancias se diferencian de los casos del número 7.º (5.º del actual art. 334), en que habrá de probarse el destino de las máquinas, vasos, instrumentos, etc., al uso propio o a satisfacer las necesidades de la explotación.

¹⁴ «Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá: Primero. Los objetos

muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto.»

¹⁵ Afirma RUBIO GARRIDO, refiriéndose al contrato de compraventa, que la finalidad de la obligación de entregar los accesorios es que al comprador se le facilite un bien completo sobre el cual pueda ejercitar íntegra y plenamente el derecho que se le transmite o se le promete transmitir, para poder extraer de él toda la legítima utilidad que se había representado al contratar. Por ello cuando se incumpla dicha obligación instrumental, no se apreciará un interés específico lesionado, que genere una acción autónoma del comprador, sino que el interés lesionado será el creditorio de la obligación principal, que no se puede juzgar exactamente satisfecho. RUBIO GARRIDO, Tomás, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, «Studia Albornotiana», dirigidos por Evelio VERDERA Y TUELLS, LVIII, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1993, pág. 291.

¹⁶ CARRASCO PERERA, Ángel, «*Ius aedificandi*» y *accesión*, Madrid, Editorial Montecorvo, S.A., 1986, págs. 204-205.

1.4. Sucesiones

La intervención y administración judicial de la herencia

The intervention and judicial administration of the inheritance

por

SONIA CALAZA LÓPEZ

Profesora titular de Derecho procesal

Universidad Nacional de Educación a Distancia

RESUMEN: La intervención y la administración judicial del caudal hereditario constituyen dos instrumentos, mecanismos o, si se prefiere, procedimientos singulares, adoptados en el marco, al margen o, incluso con independencia del proceso sucesorio, y destinados, en esencia, al depósito, inventario, y administración de los bienes que integran la masa de la herencia, desde el momento del fallecimiento del causante hasta el de la adjudicación. En este trabajo se analizan, pues, los procedimientos de intervención y administración judicial del caudal hereditario, cuya finalidad última es el aseguramiento, conservación y custodia de los bienes de la herencia, en favor de los herederos, tanto actuales como potenciales, y de los acreedores, durante la pendencia de la declaración notarial de herederos abintestato o, en su caso del proceso de partición de la herencia en sede contenciosa —división judicial de la herencia— o voluntaria —declaración judicial de herederos—.

ABSTRACT: *The intervention and the judicial administration of the hereditary flow constitute two instruments, mechanisms or, if it is preferred, singular procedures adopted in the frame, to the margin or, even with independence of the successor process, and destined, in essence, to the warehouse, inventory and administration of the goods that integrate the mass of the inheritance, from the moment of the death of the causer up to that of the adjudication. In this work there are analyzed, so, the procedures of intervention and judicial administration of the hereditary flow, which last purpose is the insurance, conservation and custody of the goods of the inheritance, in favor of the inheritors, so much current as potentials, and of the creditors, during the pendency of the inheritors' notarial declaration ab intestate or, in his case of the contentious process of partition —judicial division of the inheritance— or volunteer —inheritors' judicial declaration—.*

PALABRAS CLAVE: Proceso. División judicial. Intervención judicial. Administración judicial. Herencia.

KEYWORDS: *Process. Judicial división. Judicial intervention. Judicial administration. Inheritance.*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DEL CAUDAL HEREDITARIO: 1. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE OFICIO. 2. LA INTERVENCIÓN JU-

DICIAL A INSTANCIA DE PARTE. 3. LA FORMACIÓN DEL INVENTARIO. 4. RESOLUCIÓN SOBRE LA ADMINISTRACIÓN, CUSTODIA Y CONSERVACIÓN DEL CAUDAL HEREDITARIO. 5. CESACIÓN DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA.—II. LA ADMINISTRACIÓN DE LA HERENCIA: 1. REPRESENTACIÓN DE LA HERENCIA POR EL ADMINISTRADOR. 2 RENDICIÓN PERIÓDICA Y FINAL DE CUENTAS. IMPUGNACIÓN DE LAS CUENTAS. 3. CONSERVACIÓN DE LOS BIENES DE LA HERENCIA Y DESTINO DE LAS CANTIDADES RECAUDADAS POR EL ADMINISTRADOR EN EL DESEMPEÑO DEL CARGO. 4. PROHIBICIÓN DE ENAJENAR LOS BIENES INVENTARIADOS Y EXCEPCIONES. 5. RETRIBUCIÓN DEL ADMINISTRADOR. 6. ADMINISTRACIONES SUBALTERNAS.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, destina, dentro del Libro IV, relativo a los procesos especiales, su Título II, a la división judicial de patrimonios. Este Título II consagra, al propio tiempo, su capítulo I a la división judicial de la herencia y su capítulo II al procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial. El referido capítulo I, dedicado a la división de la herencia se halla, a su vez, integrado por tres secciones: la primera, destinada a la división de la herencia, de la que nos hemos ocupado en un artículo que precede a este¹; la segunda, a la intervención y la tercera, a la administración del caudal hereditario, que analizamos, de modo complementario a aquel estudio inicial, en este trabajo.

La sucesiva relación de estos tres tipos de procesos sucesorios: división, intervención y administración, no atiende a razones temporales, de orden procesal estratégico o lógico, ni mucho menos de cronológica interdependencia recíproca, de suerte que puede perfectamente ventilarse un proceso judicial de división de la herencia, sin necesidad alguna de que, al propio tiempo, se hubiere instado la intervención y administración de dicha herencia, medidas estas que, asimismo, pueden adoptarse, individual o conjuntamente, en el seno o al margen de aquel proceso judicial.

La intervención y la administración judicial del caudal hereditario constituyen, pues, dos instrumentos, mecanismos o, si se prefiere, procedimientos singulares, adoptados en el marco, al margen o, incluso con independencia del proceso sucesorio, y destinados, en esencia, al inventario, depósito, custodia, conservación y administración de la herencia.

La intervención judicial del caudal hereditario ha de caracterizarse por las notas de urgencia, celeridad, rapidez e inmediatez, toda vez que las medidas que integran esta actuación judicial se encuentran destinadas a la urgente prevención, cautela y aseguramiento de los bienes de la herencia.

La administración judicial de la herencia, por su parte, ha de caracterizarse también por las notas de urgencia, celeridad e inmediatez, si bien su principal atributo lo es la provisionalidad, subsidiaridad, supletoriedad o temporalidad, toda vez que su vigencia queda limitada, exclusivamente, al tiempo en que se dilucida, judicial o notarialmente, la titularidad de los bienes de la herencia.

Las notas configuradoras de los procedimientos de intervención y administración, entre otras, la urgencia, la celeridad, la inmediatez, la temporalidad, la provisionalidad, la supletoriedad y la instrumentalidad, han inducido a la doctrina² a plantearse si estamos ante procesos autónomos o ante un conjunto de medidas que hay que insertar, por fuerza, en otro proceso principal.

La pendencia y dependencia, características de los procedimientos de intervención y administración, que han de sucederse, por fuerza, cronológicamente, caso de instaurarse ambos, respecto del proceso principal de división judicial de la herencia o, en su caso, de la declaración de herederos abintestato, nos impulsa a afirmar que estos procedimientos gozan de individualidad y singularidad propias, pero no de autonomía, independencia o exclusividad.

En este sentido, resulta evidente que incluso en los supuestos en que la intervención se acuerde *ex officio* su vigencia quedará limitada al tiempo en que se resuelva la declaración de herederos abintestato o, en su caso, el proceso de división judicial de la herencia, de donde se infiere que, sea cual fuere el cauce hacia el destino último de la concreción y adjudicación de los bienes de la herencia —ulterior aparición de testamento, acuerdo entre los coherederos, declaración de herederos abintestato o, al fin, proceso judicial—, lo cierto es que su vigencia alcanzará hasta el momento en que se produzca dicha distribución, adjudicación o acuerdo y, en este sentido, podemos calificarlos como procedimientos —recautorio, cautelar o de aseguramiento, el de intervención y de custodia, protección y conservación, el de administración— temporales, instrumentales y provisionales.

Aún cuando intervención y administración se suceden en el tiempo y se destinan, no en unidad de acto, pero sí complementariamente, a alcanzar el objetivo global o común de la prevención y conservación de los bienes de la herencia, lo cierto es que la intervención vendrá integrada por actuaciones —inventario, depósito, administración— completamente diversas a las que configuran la administración —representación, custodia, conservación, rendición de cuentas— y, en este sentido, hemos de afirmar que ambos tipos de procedimientos, pese a su recíproca interdependencia, son singulares.

II. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DEL CAUDAL HEREDITARIO

La intervención judicial de la herencia comprende la adopción de una pluralidad de medidas judiciales destinadas a evitar el deterioro y, en su caso, la destrucción, ocultación, sustracción o desaparición del caudal hereditario.

Esta intervención judicial de la herencia compete al Juzgado de primera instancia del lugar donde el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del último lugar de su domicilio en España, o donde estuvieren la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante (*ex. art. 52.4º LEC*).

Los atributos de celeridad, urgencia y rapidez que han de presidir las primeras actuaciones judiciales de intervención, especialmente las personales, referidas, como se verá, al enterramiento y exequias del difunto —y, en su caso, reales de guarda y custodia de relevantes libros, documentos y papeles—, no siempre se cohonestan bien con la imprescindible intermediación de dicho cometido judicial cuando la persona hubiere fallecido en lugar diferente, y eventualmente lejano, del correspondiente a su último domicilio en España. De ahí que algunos autores³ hubieren destacado, con acierto, la conveniencia de autorizar, como así lo hacía, por otro lado, la LEC de 1881, al Juez de primera instancia del lugar del fallecimiento, para adoptar aquellas urgentes medidas, si bien remitiendo las diligencias practicadas al Juez a quien corresponda conocer el proceso sucesorio y dejándole, por tanto, expedita su jurisdicción.

Esta intervención judicial podrá acordarse, por lo demás, tanto en el marco de un proceso de división judicial de la herencia, como con anterioridad al mismo e incluso, con independencia de que llegue a promoverse⁴.

En consonancia con lo precedentemente descrito, esta intervención podrá acordarse de oficio —como excepción a la práctica generalidad de procesos civiles, donde rige, entre otras proyecciones del principio dispositivo, la máxima *nemo iudex sine actore*—, o a instancia de parte legítima.

1. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE OFICIO

Siempre que el Tribunal tenga noticia del fallecimiento de una persona y no conste la existencia de testamento, ni de ascendientes, descendientes o cónyuge del finado o persona que se halle en situación de hecho asimilable, ni de colaterales dentro del cuarto grado, adoptará *de oficio* las medidas más indispensables para el enterramiento del difunto si fuere necesario y para la seguridad de sus bienes, libros, papeles, correspondencia y efectos del difunto susceptibles de sustracción u ocultación. De la misma forma procederá cuando las personas de que habla el párrafo anterior estuvieren ausentes o cuando alguno de ellos sea menor o incapacitado y no tenga representante legal (*ex. art. 790.1.º de la LEC*).

El conocimiento del Tribunal, de la noticia del fallecimiento, podrá provenir, bien directamente del Juzgado de instrucción, o bien a través de hospitales, instituciones sociales, amigos, vecinos o, en general, conocidos del fallecido.

La inexistencia del testamento, de un lado, y la ausencia de personas con derecho a suceder, de otro, constituyen, pues, el presupuesto indispensable de esta intervención judicial *ex oficio*, de suerte que la tardía aparición de un testamento o el ulterior conocimiento, en su caso, de herederos abintestato, pondrá término a aquel preventivo aseguramiento de la sucesión. De ahí que podamos afirmar que el atributo esencial de esta intervención judicial de oficio lo sea la subsidiaridad o supletoriedad⁵.

La aparición de un testamento pone, pues, término a las actuaciones judiciales de intervención y ello con independencia de la supuesta validez o de su aparente nulidad⁶, puesto que los problemas que puedan llegar a suscitarse en relación con este testamento habrán de ventilarse por el proceso correspondiente⁷, no siendo aquel, como es lógico, el momento procesal oportuno para solventar, con las debidas garantías, estas discrepancias.

La falta de testamento constituye el presupuesto de la intervención judicial *ex oficio*, de suerte que si durante la tramitación de este procedimiento, apareciese el testamento del causante, entonces dicho procedimiento, tal y como acabamos de advertir, habría de concluir mediante archivo como consecuencia de la falta sobrevenida de su objeto. Y ello, según reiterada jurisprudencia⁸, con independencia de que la parte actora reconozca o no la validez del testamento, ya que esta es una cuestión que deberá ventilarse en el juicio declarativo que corresponda.

La finalización del aseguramiento de los bienes y documentos de la herencia quedará supeditada, en buena lógica, a la viabilidad de la sucesión, de suerte que si el testamento aparecido fuere radicalmente ilegible o incomprensible, o si, en otro caso, designase heredera a una persona también fallecida, entonces parece razonable que, pese a la concurrencia de los presupuestos anteriormente descritos, prosiga la intervención del caudal hereditario.

La alusión a la aparición de «persona que se halle en situación de hecho asimilable al cónyuge», de manera conjunta al propio cónyuge, a los ascendientes, a los descendientes y, en su caso, a los colaterales dentro del cuarto grado, suscita algunas dudas jurídicas, que habrán de despejarse, conforme a la normativa autonómica existente al respecto, y en su defecto, de acuerdo con una interpretación amplia de nuestra legislación nacional⁹.

El Juez adoptará, pues, de oficio, cuantas medidas urgentes e interinas¹⁰ estime convenientes para la realización de un digno enterramiento y el aseguramiento de los bienes del difunto, siempre que este no hubiere tenido personas próximas con derecho a sucederle, o habiéndolas tenido, fueren menores o incapaces, sin representación legal, o, en su caso, se encontraren ausentes. En el supuesto de que estos parientes, inicialmente ausentes, compareciesen, o a aquellos otros menores o incapaces, se les hubiere nombrado representante legal, entonces, como es lógico, se les hará entrega de los bienes y efectos pertenecientes al difunto, cesando la intervención judicial.

La imposición, a cargo del Juez, de promover, con carácter urgente, la celebración de un digno enterramiento, de manera conjunta a la adopción de toda suerte de medidas de aseguramiento del caudal hereditario, cuando llegase a su conocimiento, por cualquier vía, la noticia del fallecimiento de una persona, respecto de la que no se conociese la existencia de parientes próximos, ni testamento, responde, no solo a la protección individual de los potenciales herederos o, en su caso, acreedores de la herencia, sino también, tal y como se ha destacado¹¹, a razones puramente humanitarias.

En el supuesto inicialmente descrito, de inexistencia o ausencia de parientes con derecho a suceder, así como, en su caso, de presencia de menores o incapaces sin representación legal, una vez realizadas, por orden judicial, aquellas medidas urgentes e interinas, el Secretario judicial adoptará, mediante diligencia, las medidas que estime más conducentes para averiguar si la persona, de cuya sucesión se trata, ha muerto con disposición testamentaria o sin ella, ordenando, a tal efecto, que se traiga a los autos certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, así como el certificado de defunción luego que sea posible (*ex. art. 791. 1 de la LEC*).

A falta de otros medios, el Tribunal ordenará mediante providencia que sean examinados los parientes, amigos o vecinos del difunto sobre el hecho de haber muerto este abintestato y sobre si tiene parientes con derecho a la sucesión legítima. Si, en efecto, resultare haber fallecido sin testar y sin parientes llamados por la ley a la sucesión, mandará el Tribunal, por medio de auto, que se proceda:

- 1º A ocupar los libros, papeles y correspondencia del difunto.
- 2º A inventariar y depositar los bienes, disponiendo lo que proceda sobre su administración, con arreglo a lo establecido en esta Ley. El Tribunal podrá nombrar a una persona, con arreglo al caudal hereditario, que efectúe y garantice el inventario y su depósito.

En la misma resolución ordenará de oficio la apertura de pieza separada para hacer la declaración de herederos abintestato (*ex. art. 791.2.º de la LEC*).

La inexistencia de personas conocidas con derecho a ser declarados herederos del causante aboca, tal y como ya se ha advertido¹², a que la declaración sea judicial, y a favor del Estado, si como consecuencia de las diligencias practicadas no se llega a conocer a persona alguna con derecho preferente a suceder.

2. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL A INSTANCIA DE PARTE

Las actuaciones relacionadas en el precepto 791.2.º —referidas a la ocupación de libros, papeles y correspondencia, así como al inventario y depósito de los bienes del difunto— podrán acordarse *a instancia de parte*, conforme indica el artículo 792, en los siguientes casos:

- 1º Por el cónyuge o cualquiera de los parientes que se crea con derecho a la sucesión legítima, siempre que acrediten haber promovido la declaración de herederos abintestato ante notario, o se formule la solicitud de intervención del caudal hereditario al tiempo de promover la declaración judicial de herederos.
- 2º Por cualquier coheredero o legatario de parte alícuota, al tiempo de solicitar la declaración judicial de la herencia, salvo que la intervención hubiera sido expresamente prohibida por disposición testamentaria.

También podrán pedir la intervención del caudal hereditario los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en título ejecutivo.

La atribución en testamento no transmite por sí sola la propiedad¹³, pues para ello se precisa de la partición de la herencia¹⁴. La comunidad hereditaria solo atribuye al heredero un derecho abstracto que no se individualiza ni concreta hasta que la partición de la herencia se verifica¹⁵. De ahí que los virtuales beneficiarios de la masa de la herencia tengan, con carácter general, un interés legítimo en la custodia, conservación y administración de los bienes que la integran, durante el tiempo que media desde el fallecimiento hasta la adjudicación.

La legitimación para instar, del Juez, la intervención judicial de la herencia es amplia si se toma en consideración que cualquiera que se crea con derecho potencial sobre ella —como coheredero, legatario de parte alícuota o, incluso acreedor—, y no solo los herederos reales y efectivos, podrá solicitarla, siempre que, al tiempo, hubiere promovido la declaración de herederos o, en su caso, la división judicial de la herencia. La legitimación se configura, pues, tal y como se ha advertido¹⁶, sobre cualquier tipo de interés alegable sobre la herencia, independientemente de la situación en la que se encuentre el solicitante con relación a ella.

Ahora bien, la intervención judicial efectuada a instancia de parte queda supeditada, como no podía ser de otro modo, a la preexistencia de una solicitud de declaración de herederos abintestato ante Notario, o bien, en su caso, de un proceso de Jurisdicción voluntaria —declaración de herederos— o contenciosa —división judicial de la herencia—. Y es que, la legitimación para solicitar unas medidas tan radicales e intervencionistas, no ha de integrarse con un vago, impreciso o mero interés en la ulterior distribución de la herencia, sino que dicho interés habrá de concretarse, asegurarse o demostrarse, como es lógico, con la presentación, cuando menos, de una solicitud de distribución, partición o reparto de la herencia.

Aún cuando la solicitud de intervención judicial de la herencia no ha de revestir la forma de demanda, por no constituir la pretensión típica de un proceso judicial convencional, lo cierto es que constituye una petición de tutela judicial —cautelar, a nuestro entender— lo suficientemente intervencionista e incisiva, como para que deba acompañarse de la preceptiva intervención de Abogado y Procurador.

La intervención judicial del caudal hereditario podrá acordarse, como es lógico, en el marco del proceso judicial de división de la herencia, comprendiendo, en su fase inicial, la adopción de medidas de aseguramiento destinadas, de un lado, a la ocupación de libros, papeles y correspondencia; de otro, al inventario y depósito de los bienes; así como, al fin, al oportuno nombramiento de un administrador.

Estas medidas preliminares han de complementarse, con la crucial fase siguiente, de formación de inventario y aseguramiento del caudal hereditario¹⁷, para concluir, en la fase tercera y última, con la designación de contador y perito, y la práctica y aprobación de las operaciones divisorias, seguida de la partición y entrega de los bienes adjudicados a cada heredero.

El concepto de partición de la herencia, ampliamente analizado, estudiado y matizado por la doctrina¹⁸ y por la jurisprudencia¹⁹, como sinónimo a división de la misma, es, en efecto, el acto —negocial o judicial, en el caso que nos ocupa²⁰— que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas que forman parte del contenido de la herencia. Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto que tienen los coherederos sobre la herencia se transforma en derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno²¹. Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a todos los coherederos conjuntamente; es decir, estos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino que recae sobre el total que integra el contenido de la herencia²²; es una sola comunidad sobre la referida universalidad de los bienes y derechos hereditarios²³. Los titulares, coherederos, lo son del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos.

La sentencia que pone término al proceso especial de división judicial de la herencia —equiparable, a todas luces, a un proceso de jurisdicción voluntaria²⁴— carece, tal y como se ha expuesto, en su momento²⁵, de la fuerza de cosa juzgada material²⁶, de suerte que, de mantenerse el conflicto, los particulares perjudicados por aquella resolución judicial, podrán todavía acudir al ordinario correspondiente.

La administración del caudal hereditario habrá de extenderse, pues, como es lógico, a todas las fases procedimentales de la partición y reparto hasta la definitiva adjudicación, comprendiendo tanto la inicial solicitud de declaración de herederos —notarial o judicial—, como, eventualmente, el posterior proceso especial de división judicial de la herencia e, incluso, el ulterior ordinario correspondiente.

Las medidas de intervención tienen, sin embargo, tal y como ha señalado la jurisprudencia²⁷, un alcance meramente provisional y transitorio hasta la formación de inventario, que es la fase intermedia del procedimiento, y que determina la administración, custodia y conservación del caudal hereditario, formalmente establecida, que también entonces tiene carácter provisional, si bien ya está preordenada a la práctica de las operaciones divisorias, que constituyen la fase final. En el momento o fase procesal de intervención del caudal, aún no rigen las normas sobre administración que siguen a la formación de inventario, hasta el extremo de que la ley (art. 791.2.2.º) autoriza el nombramiento de cualquier persona, sin necesidad de que sea heredero, para que efectúe el inventario y depósito del caudal hereditario. No se pueden confundir, por tanto, las medidas preliminares de inventario, depósito y administración de los bienes, que constituyen la intervención del caudal hereditario, por lo dispuesto en el artículo

791.2.2.º LEC, con las que con los mismos términos literales se regulan en la fase intermedia, y a las que se refiere el artículo 793 LEC, desarrollándose en los preceptos siguientes relativos al inventario.

3. LA FORMACIÓN DEL INVENTARIO

Una vez acordada la intervención del caudal hereditario, el Tribunal ordenará, por medio de auto, si fuere necesario y no se hubiere efectuado anteriormente, la adopción de las medidas indispensables para la seguridad de los bienes, así como de los libros, papeles, correspondencia y efectos del difunto susceptibles de sustracción u ocultación. Dictada dicha resolución, el Secretario judicial señalará día y hora para la formación de inventario, mandando citar a los interesados (*ex. art. 793.1.º y 2.º LEC*). Deberán ser citados para la formación del inventario, conforme al apartado tercero del precepto 793:

- 1º El cónyuge sobreviviente.
- 2º Los parientes que pudieran tener derecho a la herencia y fueren conocidos, cuando no conste la existencia de testamento ni se haya hecho declaración de herederos abintestato.
- 3º Los herederos o legatarios de parte alícuota.
- 4º Los acreedores a cuya instancia se hubiere decretado la intervención del caudal hereditario y, en su caso, los que estuvieren personados en el procedimiento de división de la herencia.
- 5º El Ministerio Fiscal, siempre que pudiese haber parientes desconocidos con derecho a la sucesión legítima, o que alguno de los parientes conocidos con derecho a la herencia o de los herederos o legatarios de parte alícuota no pudiese ser citado personalmente por no ser conocida su residencia, o cuando cualquiera de los interesados sea menor o incapacitado y no tenga representante legal.
- 6º El Abogado del Estado, o, en los casos previstos legalmente, los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas, cuando no conste la existencia de testamento ni de cónyuge o parientes que puedan tener derecho a la sucesión legítima.

El Secretario judicial procederá, con los que concurran en el día y hora señalados, a formar el inventario, el cual contendrá la relación de bienes de la herencia y de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren (*ex. art. 794.1.º LEC*). Si por disposición testamentaria se hubieren establecido reglas especiales para el inventario de bienes de la herencia, se formará este con sujeción a dichas reglas (*ex. art. 794.2.º LEC*). Cuando no se pudiese terminar el inventario en el día señalado, se continuará en los siguientes (*ex. art. 794.3.º LEC*).

La diligencia de inventario debe cuidar, con el necesario soporte documental, de que se relacione todo el activo y el pasivo de la herencia, de ahí el llamamiento a acreedores y otros interesados²⁸. No se trata, pues, de un simple trámite o de una evidencia. Si todas las partes muestran conformidad, deberá hacerse constar en acta, causando estado en el proceso sin necesidad de una resolución expresa²⁹.

La formación de inventario es un acto procesal no jurisdiccional —en el que no interviene el Juez— y por tanto, carece de estructura contenciosa³⁰. En ese momento, los interesados deben presentar la relación de bienes y cargas que entienden deben integrar el activo y pasivo del caudal hereditario³¹, de tal forma

que solo si las partes no se pusieren de acuerdo sobre los bienes o partidas del inventario se les citará a una vista por los trámites del juicio verbal en la que se les oirá y se fijaran los hechos controvertidos sobre los que se propondrán y practicarán las pruebas propuestas que el Juez considere pertinentes, finalizando el procedimiento por sentencia.

Así, si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, el Secretario judicial citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. La sentencia que se pronuncie sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario dejará a salvo los derechos de terceros (*ex. art. 794.4.º LEC*).

El incidente contemplado en este precepto 794.4.º, establecido para el caso de haberse suscitado controversia en la formación del inventario de la herencia, ha de tener, según la jurisprudencia³², un carácter limitado. Está previsto como un trámite previo a las operaciones divisorias, o como una medida de aseguramiento de los bienes relictos, antes de proceder a su administración, custodia y conservación (*art. 795*) y ha de destinarse, solamente, a resolver si hay titulación o prueba suficiente para decidir la inclusión o exclusión de un determinado bien en el haber hereditario, pronunciamiento que no gozará de la eficacia de la cosa juzgada, sin que puedan plantearse ni decidirse en este incidente la validez, nulidad o eficacia del título o del negocio jurídico por el que ese bien se integró o salió del patrimonio del causante, para lo cual habrá que acudir al proceso declarativo que corresponda³³.

Ahora bien, ese carácter limitado no implica que la mera oposición de uno de los coherederos a la inclusión de un determinado bien en el inventario de la herencia, por considerar que es de su propiedad o de un tercero y no del causante, comporte sin más su automática exclusión del inventario, sin poder entrar a analizar lo fundado o no de dicha pretensión. Por el contrario, habrá de analizarse, a tenor de la prueba practicada en el incidente y a los limitados efectos comentados, si hay titulación y prueba bastante para incluir o excluir, en su caso, el bien de la herencia³⁴.

La jurisprudencia advierte que es, precisamente, en este momento cuando se debe impedir que el inventario haga eternos los procedimientos, toda vez que constituye una práctica viciosa —y por ende, perniciosa—, la de paralizar los procesos de partición, en cuanto una de las partes interesadas promueve incidente de inclusión o exclusión de bienes en el inventario, o solicita interesadamente el archivo³⁵.

Estos estados de latencia, pendencia, confusión e incertidumbre son los que ocasionan, en la mayor parte de casos³⁶, la necesaria adopción de medidas de aseguramiento y administración.

El juicio dónde se dilucide, siquiera sea provisionalmente, la titularidad de los bienes que integran el patrimonio hereditario ha de circunscribirse, como es lógico, a los bienes, respecto de los cuales exista desacuerdo, desavenencia o conflicto, al tiempo de instarse dicho procedimiento³⁷, y no, por evidentes razones de eficacia, celeridad y operatividad, a los que integren o potencialmente deban integrar, conforme al espontáneo sentir de los coherederos, durante la tramitación y al albur de aquel procedimiento, globalidad de la masa hereditaria. Y es que la ausencia de cosa juzgada material, predicable, de la sentencia que culmina este juicio verbal no ha de conllevar, al propio tiempo, la paralela ausencia de cosa juzgada procesal.

En este sentido, resulta evidente que la inclusión o exclusión de bienes, una vez resuelta en el juicio verbal destinado específicamente a este cometido, no

podrá cuestionarse, nuevamente, en el juicio verbal de partición de la herencia, con una sentencia sin eficacia de cosa juzgada, puesto que la sentencia del primero de los juicios verbales descritos producirá una suerte de eficacia de cosa juzgada procesal, con proyección positiva —como cuestión prejudicial positiva: habrá de partirse del inventario judicial previo en la ulterior partición judicial— y negativa —no podrán cuestionarse en el proceso especial los bienes judicialmente integrados o excluidos del inventario— sobre la segunda, caracterizándose ambas, sin embargo, por la ausencia de cosa juzgada material.

Como es sabido, el inventario de los bienes de la herencia corresponde, con carácter general, al contador designado por los coherederos o interesados en la herencia, como así lo dispone el artículo 786.2.1.º, precepto incardinado dentro de la Sección 1.ª relativa al procedimiento general para dividir la herencia cuando los herederos no se ponen de acuerdo en la forma de hacerla.

El inventario llamado *judicial* —pese a que la intervención judicial tan solo ha de limitarse a los supuestos de discrepancia, conflicto o controversia, canalizados, como ya se ha visto, a través del juicio verbal— no aparece regulado en dicha Sección 1.ª, lo que, en principio, significa que no forma parte del procedimiento establecido para la división de la herencia, sino en la Sección 2.ª que regula «la intervención del caudal hereditario», como así expresamente se denomina dicha Sección. Ello supone que solo cuando el Juez previamente ha decretado la intervención de dicho caudal, es posible hablar de un inventario practicado por el órgano judicial, en cuanto este forma parte, junto con la administración, de las posibles actuaciones a practicar con motivo de dicha intervención. La ubicación del llamado *inventario judicial* en la mencionada Sección 2.ª indica que la intervención judicial de la herencia puede no producirse³⁸, como de hecho así sucede en la mayoría de los casos, constituyendo así una incidencia o «pieza» del procedimiento general de división³⁹.

Esta falta de autoridad de cosa juzgada, predicable de la sentencia que pone término al juicio donde se dilucida, provisionalmente, la titularidad de los bienes que han de integrar el caudal hereditario, ha impulsado a la jurisprudencia, a calificarlo, de manera análoga al proceso especial de división judicial de la herencia —donde se realiza la partición judicial, que, a falta de acuerdo, también será temporal, a expensas de la que se resuelva en un ulterior proceso ordinario—, como un proceso de Jurisdicción voluntaria⁴⁰.

Los datos más importantes que caracterizan a esta Jurisdicción voluntaria serían, según la Jurisprudencia⁴¹, que se está ante un conjunto de actos, realizados o no ante un Juez, por los que determinadas personas autorizadas u obligadas a ello, sin existir controversia normalmente, y en principio también con carácter voluntario, solicitan el cumplimiento de normas de Derecho privado, con el fin de obtener una resolución, por regla general de carácter constitutivo, a través de la cual se creen, modifiquen o supriman según los casos previstos, estados o relaciones jurídicas, civiles o comerciales. La evaluación de estos descriptores generales, fijados por la jurisprudencia, de manera conjunta a los detallados, por nuestra doctrina⁴², induce a que, en efecto, y pese al conflicto latente entre las partes, nos encontramos ante procedimientos de naturaleza voluntaria.

La falta de autoridad de cosa juzgada de la sentencia que pone término a la discrepancia sobre los bienes que deban integrar el inventario implica, según ha tenido ocasión de señalar la jurisprudencia⁴³, la imposibilidad de obtener la rectificación del asiento registral, por cuanto el art. 40.d) de la Ley Hipotecaria establece que cuando la inexactitud del Registro (desacuerdo entre lo que consta en el mismo y la realidad jurídica extrarregistral), procediere de falsedad, nulidad

o defecto del título que hubiere motivado el asiento, la rectificación precisará del consentimiento del titular, o en su defecto, resolución judicial. En el caso que nos ocupa, resulta necesaria tal rectificación a los efectos de declarar la propiedad del bien a favor del causante para integrarlo en la masa hereditaria, y habida cuenta de que, como resulta obvio, no existe consentimiento del actual titular, solo cabe su obtención al amparo de una resolución judicial firme, puesto que de otro modo se verían afectados los derechos de terceros.

El inventario contendrá, tanto en caso de acuerdo como en el de sentencia, tal y como ya ha tenido ocasión de concretar la doctrina⁴⁴, la relación de los bienes de la herencia y de las escrituras, documentos y papeles que se encuentren y ajustarse, en su caso, a las reglas especiales que se hubieren establecido por disposición testamentaria para el inventario de bienes de la herencia.

En el inventario habrán de computarse las rentas y frutos que cada uno de los coherederos hayan percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos y los daños ocasionados por malicia o negligencia.

La responsabilidad no es, pues, entre los coherederos, sino entre los herederos y la herencia. No obstante como ha reiterado la jurisprudencia⁴⁵, estos frutos han de ser los efectivamente percibidos, es decir, los producidos y devengados desde el día en que se abrió la sucesión, pero no aquellos otros que pudieran eventual, potencial o virtualmente percibirse y, sin embargo, no se percibieron, esto es, aquellos futuros, posibles o hipotéticos.

La eficacia de este inventario se circunscribe, según reitera la doctrina⁴⁶, en consonancia con la jurisprudencia, a la intervención judicial y no prueba, por tanto, el dominio de un bien inventariado a favor de la herencia.

4. RESOLUCIÓN SOBRE LA ADMINISTRACIÓN, CUSTODIA Y CONSERVACIÓN DEL CAUDAL HEREDITARIO

Una vez realizado el inventario, el Tribunal determinará, por medio de auto, lo que según las circunstancias corresponda sobre administración del caudal, su custodia y conservación, ateniéndose, en su caso, a lo que sobre estas materias hubiere dispuesto el testador y, en su defecto, con sujeción a las reglas siguientes:

- 1.º El metálico y efectos públicos se depositarán con arrego a derecho.
- 2.º Se nombrará administrador al viudo o viuda y, en su defecto, al heredero o legatario de parte alícuota que tuviere mayor parte en la herencia. A falta de estos, o si no tuvieran, a juicio del Tribunal, la capacidad necesaria para desempeñar el cargo, podrá el Tribunal nombrar administrador a cualquiera de los herederos o legatarios de parte alícuota, si los hubiere, o a un tercero.
- 3.º El administrador deberá prestar, en cualquiera de las formas permitidas por esta Ley, caución bastante a responder de los bienes que se le entreguen, que será fijada por el Tribunal. Podrá este, no obstante, dispensar de la caución al cónyuge viudo o heredero designado administrador cuando tengan bienes suficientes para responder de los que se le entreguen.
- 4.º Los herederos y legatarios de parte alícuota podrán dispensar al administrador del deber de prestar caución. No habiendo acerca de esto conformidad, la caución será proporcionada al interés en el caudal de los que no otorguen su relevación. Se constituirá caución, en todo caso, respecto de la participación en la herencia de los menores o incapacitados que no tengan representante legal y de los ausentes a los que no se haya podido citar por ignorarse su paradero⁴⁷.

Como es sabido, el cargo de administrador es voluntario, de dónde se infiere que el nombramiento habrá de venir acompañado de una aceptación expresa, así como, salvo los casos legalmente establecidos, —a los que acabamos de referirnos, en los que su interés en la óptima administración del caudal hereditario resulta evidente por tratarse de uno de los beneficiarios directos del mismo—, de la prestación de una fianza que será ponderada por el Juez conforme a parámetros tales como la proporcionalidad con el patrimonio susceptible de ser administrado y el riesgo de perjuicio, disminución, pérdida, detrimento, merma o daño de este como consecuencia de la función negligentemente desempeñada.

La «capacidad necesaria para desempeñar el cargo de administrador» a la que se refiere el precedente precepto no habrá de referirse a la «mera capacidad de obrar», tal y como ha destacado la doctrina procesal⁴⁸, sino a la «aptitud para la administración concreta que se pretende», la cual varía en función de la complejidad de los bienes y derechos que forman parte de la herencia.

La designación de un desconocido o un extraño, afirman los autores⁴⁹, resulta altamente conveniente cuando el montante de la herencia es importante y existen discrepancias entre los partícipes, que se traducen en suspicacias acerca de la integridad del patrimonio y de su administración.

5. CESACIÓN DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA

La duración temporal de la intervención quedará supeditada, como es lógico, a la utilidad, conveniencia y efectividad de su mantenimiento, de suerte que si esta intervención hubiere sido realizada de oficio, ante la inexistencia de testamento y en ausencia de parientes próximos, parece razonable que el Juez proceda a su alzamiento, una vez hubieren sido distribuidos y adjudicados, ya sea a particulares, ya al Estado, los bienes de la herencia objeto de intervención.

Si tomamos en consideración que el fundamento de esta medida de aseguramiento lo es el cuidado, la conservación y la custodia de los bienes, parece razonable que la duración de esta medida se encuentre íntima y estrechamente relacionada con el tiempo en que se mantiene la discrepancia —en el caso de división judicial de la herencia— y se produce o realiza el reparto. Así lo ha entendido, desde luego, el Legislador, al advertir que «cesará la intervención judicial de la herencia cuando se efectúe la declaración de herederos, a no ser que alguno de ellos pida la división judicial de la herencia, en cuyo caso podrá subsistir la intervención, si así se solicita, hasta que se haga entrega a cada heredero de los bienes que les hayan sido adjudicados» (*ex. art. 796.1.º LEC*).

Durante la sustanciación del procedimiento de división judicial de la herencia podrán pedir los herederos, de común acuerdo, que cese la intervención judicial. El Secretario judicial así lo acordará mediante decreto, salvo cuando alguno de los interesados sea menor o incapacitado y no tenga representante legal o cuando haya algún heredero ausente al que no haya podido citarse por ignorarse su paradero (*ex. art. 796.2 LEC*).

Si hubiere acreedores reconocidos en el testamento o por los coherederos o con derecho documentado en el título ejecutivo, que se hubieran opuesto a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos, no se acordará la cesación de la intervención hasta que se produzca el pago o afianzamiento (*ex. art. 796.3 LEC*).

La aparición del testamento desconocido puede dar lugar a que la intervención judicial se halle sometida a la fase preliminar o a la intermedia del proce-

dimiento, pero en ningún caso puede determinar su archivo⁵⁰. La intervención del caudal hereditario, por tanto, no cesa por la aparición del testamento. En el artículo 796 LECiv. se regulan taxativamente los supuestos de cesación de la intervención judicial de la herencia, ninguno de los cuales es la aparición del testamento cuando se suponía inexistente; lo cual es lógico, pues esta cautela es observable exista o no testamento. Cierto que el mismo precepto ordena el cese de la intervención cuando se efectúe la declaración de herederos, pero ello responde a que concluye la prevención del abintestato, y se han de entregar a los herederos reconocidos todos los bienes, libros y papeles del abintestato por lo que si alguno pide la división judicial de la herencia, puede a la vez instar que subsista la intervención hasta su adjudicación.

El procedimiento de división de la herencia se rige por el principio de «intervención mínima judicial»⁵¹, proclamado en los artículos 790.2 y 796.1 LEC, dictados dentro del incidente de intervención judicial de la herencia, que ordenan al Juez (además de forma imperativa) cesar en dicha intervención —salvo los concretos y tasados casos en los que pueda continuarla por petición expresa de parte (arts. 792 y 796 LEC)—, y ello porque son los herederos, en cuanto representantes o continuadores del causante y con poder de disposición sobre los bienes y derechos de la herencia, los únicos interesados en la división del caudal hereditario.

III. LA ADMINISTRACIÓN DE LA HERENCIA

La administración de la herencia habrá de venir integrada por un conjunto de actuaciones prudentes, razonables y sensatas destinadas no solo a mantener, conservar o asegurar la integridad del patrimonio hereditario, sino también encaminadas, en la medida de lo posible, a explotar, mejorar, revalorizar, rentabilizar o incrementar el valor de dicha masa patrimonial.

Esta administración ha sido configurada o caracterizada, por la doctrina⁵², como una administración judicial de un patrimonio ajeno que tiene por objeto, con carácter provisional, la herencia del causante, resultando notorio que su contenido varía según esta esté yacente o indivisa⁵³.

Una vez nombrado el administrador y prestado, por su parte, caución, el Secretario judicial le pondrá en posesión de su cargo, dándole a conocer las personas que él mismo designe de aquellas con quienes deba entenderse para su desempeño. Para que pueda acreditar su representación el Secretario judicial le dará testimonio, en que conste su nombramiento y que se halla en posesión del cargo (ex. art. 797.1.º y 2.º LEC).

Podrá hacerse constar en el Registro de la Propiedad el estado de administración de las fincas de la herencia y el nombramiento de administrador mediante el correspondiente mandamiento expedido por el Secretario judicial con los requisitos previstos en la legislación hipotecaria⁵⁴. Esta medida reviste especial interés para los acreedores, puesto que, tal y como ha destacado nuestra procesalística⁵⁵, les permitirá conocer quien ostenta la representación del patrimonio a los efectos del ejercicio de las correspondientes acciones.

1. REPRESENTACIÓN DE LA HERENCIA POR EL ADMINISTRADOR

La apertura de la sucesión de una persona se produce, como es sabido, en el momento de su muerte, en el cual su patrimonio se transforma en herencia

yacente, que es aquel patrimonio relicto existente mientras se mantiene interinamente sin titular, y pasa a los herederos con efectos desde el fallecimiento del causante, una vez determinado por medio de testamento o, en su defecto, mediante la correspondiente declaración de herederos intestados⁵⁶.

La entidad jurídica de la herencia yacente no puede, tal y como ha advertido la jurisprudencia⁵⁷, quedar huérfana de toda protección, por ello siempre que hay una situación anormal en la herencia, creada por no haber herederos aceptantes, debe proveerse al cuidado y conservación de los bienes y a la defensa de aquella, atribuyendo nuestras leyes el carácter de representantes de la herencia a sujetos de derecho que obran personalmente⁵⁸, sin tener la libre disposición de los intereses discutidos, concediéndoles facultades para defender y administrar sus bienes; así sucede por ejemplo con el administrador nombrado por el testador o el albacea a quien el testador haya concedido esa facultad (art. 901 Código Civil), o con el administrador nombrado por el Juez.

Los bienes correspondientes a la *herencia yacente* constituyen una entidad jurídica especial⁵⁹ y las demandas judiciales han de ser dirigidas contra los legitimados procesalmente para ser parte pasiva o demandados⁶⁰, en representación de la llamada herencia yacente⁶¹, bien por medio de albaceas o de administradores testamentarios o judiciales.

El administrador tiene encomendada, pues, la doble función de administración y la representación⁶² de la herencia⁶³ y estos cometidos variarán según el momento en que dicha herencia se encuentre. Así, mientras la herencia no haya sido aceptada por los herederos, el administrador de los bienes representará a la herencia en todos los pleitos que se promuevan o que estuvieren principados al fallecer el causante y ejercitará en dicha representación las acciones que pudieran corresponder al difunto hasta que se haga la declaración de herederos (ex. art. 798 LEC).

Una vez aceptada la herencia, el administrador solo tendrá la representación de la misma en lo que se refiere directamente a la administración del caudal, su custodia y conservación, y en tal concepto podrá y deberá gestionar lo que sea conducente, ejercitando las acciones que procedan (ex. art. 798.II. LEC).

La demanda se dirigirá contra la herencia yacente, antes de la aceptación⁶⁴, pues después de la aceptación, quedará ya determinada la titularidad de cada uno de los concretos bienes hereditarios que hubieran sido objeto de la partición⁶⁵. La capacidad para ser parte de la herencia yacente⁶⁶ es, pues, incuestionable⁶⁷, debiendo, como se ha visto, demandarse al administrador de la misma⁶⁸, que es a quien le corresponde su representación en juicio⁶⁹.

La atribución de la representación de la herencia, encomendada al administrador, no conlleva, comporta o supone, tal y como ya se ha tenido ocasión de exponer⁷⁰, la atribución de la voluntad de la herencia, de dónde cabe inferir y advertir que actos de disposición de la pretensión tales como la renuncia, el desistimiento, el allanamiento o la transacción habrán de estar previa y oportunamente autorizados por el Juez⁷¹.

2. RENDICIÓN PERIÓDICA Y FINAL DE CUENTAS. IMPUGNACIÓN DE LAS CUENTAS

El administrador rendirá cuenta justificada en los plazos que el Tribunal señale, los que serán proporcionados a la importancia y condiciones del caudal, sin que en ningún caso puedan exceder de un año. Al rendir la cuenta, el administrador consignará el saldo que de la misma resulte o presentará el

resguardo original que acredite haberlo depositado en el establecimiento destinado al efecto. En el primer caso, el Secretario judicial acordará inmediatamente mediante diligencia el depósito y, en el segundo, que se ponga en los autos diligencia expresiva de la fecha y cantidad del mismo. Para el efecto de instruirse de las cuentas y a fin de inspeccionar la administración o promover cualesquiera medidas que versen sobre rectificación o aprobación de aquellas, serán puestas de manifiesto en la Oficina judicial a la parte que, en cualquier tiempo, lo pidiere (*ex. art. 799*).

Cuando el administrador cese en el ejercicio de su cargo, rendirá una cuenta final complementaria de las ya presentadas. Todas las cuentas del administrador, incluso la final, serán puestas de manifiesto a las partes en la Oficina judicial, cuando cese en el desempeño de su cargo, por un término común, que el Secretario judicial señalará mediante diligencia según la importancia de aquellas. Pasado dicho término sin hacerse oposición a las cuentas, el Secretario judicial dictará decreto aprobándolas y declarando exento de responsabilidad al administrador. En el mismo decreto mandará devolver al administrador la caución que hubiere prestado (*ex. art. 800. 1.º, 2.º y 3.º LEC*).

Si las cuentas fueren impugnadas en tiempo hábil, se dará traslado del escrito de impugnación al cuentadante para que conteste conforme a lo previsto por los artículos 404 y siguientes, continuando la tramitación con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal.

Los administradores vienen obligados a rendir cuenta de sus operaciones y, no estableciéndose en las disposiciones testamentarias normas especiales acerca del tiempo en que habría de realizarse esa dación de cuentas, la misma ha de hacerse al finalizar el encargo recibido como último acto de su administración⁷²; será a través de la detallada y justificada rendición de cuentas al final de la administración cuando pueda apreciarse si los designados han cumplido sus funciones de acuerdo con las instrucciones del testador y con la diligencia de un buen padre de familia.

Esta obligación de rendición de cuentas, impuesta al administrador⁷³, difiere de la encomendada al albacea, de dación de cuentas, y encuentra su fundamento, precisamente, en la actividad de administración de cuentas hereditarias como actividad de gestión de intereses ajenos, que conlleva necesariamente la de presentación, razonamiento y justificación de dicha actividad contable.

La administración judicial ostenta, tal y como se ha ocupado de señalar la jurisprudencia⁷⁴, naturaleza *asegurativa* vinculada a la futura ejecutividad del fallo estimatorio de la demanda, o *satisfactiva*, en la medida en que con ella se satisfacen los derechos e intereses de las partes impidiéndose que devenga inútil el pronunciamiento judicial o en ejecución de lo ya resuelto. Específicamente en el supuesto de patrimonios en liquidación, la administración judicial procederá siempre que concorra una necesidad de aseguramiento y en la medida de esa necesidad que viene determinada por la existencia de un peligro cuya evitación se persigue a través de la administración judicial, no solo en los supuestos de indeterminación de la titularidad patrimonial, sino también en aquellos en los que existe conflicto entre los titulares del patrimonio que debe partirse y en el patrimonio existen elementos productivos cuyo valor patrimonial depende directamente de la adecuada y diligente actividad gestora. Esta necesidad lo es, por una parte, de una tutela cautelar en general, evidenciada por la existencia de *periculum in mora*, y, por otra, del aseguramiento de la correcta gestión de los elementos patrimoniales sujetos a la administración, el control de los actos de administración a través de las rendiciones periódicas de cuentas, la trans-

parencia de la gestión con comunicación a todos los partícipes, y, finalmente el destino de los frutos, rentas, utilidades o beneficios, que deberán ingresarse por el administrador a disposición del procedimiento mediante la consignación judicial.

Por ello, elemento fundamental en la administración y en la cuenta final en los procesos de liquidación patrimonial es la determinación del saldo, puesto que el mismo conformará una partida del activo o, eventualmente, del pasivo patrimonial partible. Tal finalidad se cumple con la aprobación de la cuenta final, o, en su caso, al mandar hacer en ella las rectificaciones oportunas.

Con independencia de la abierta posibilidad de impugnación, por gastos excesivos o indebidos, de estas cuentas, provisionales y/o definitivas, quedarán a salvo las acciones de responsabilidad a que dé lugar la actuación del administrador por la ausencia del celo, competencia, destreza o diligencia mínimamente requeridas en su labor de gestión.

3. CONSERVACIÓN DE LOS BIENES DE LA HERENCIA Y DESTINO DE LAS CANTIDADES RECAUDADAS POR EL ADMINISTRADOR EN EL DESEMPEÑO DEL CARGO

El administrador está obligado, bajo su responsabilidad, a conservar sin menoscabo los bienes de la herencia, y a procurar que den las rentas, productos o utilidades que corresponda. A este fin deberá hacer las reparaciones ordinarias que sean indispensables para la conservación de los bienes. Cuando sean necesarias reparaciones o gastos extraordinarios, lo pondrá en conocimiento del Juzgado, el cual, oyendo en una comparecencia a los interesados que menciona el apartado 3 del artículo 793 —se recuerda, el cónyuge sobreviviente; los parientes que pudieran tener derecho a la herencia y fueren conocidos, cuando no conste la existencia de testamento ni se haya hecho declaración de herederos abintestato; los herederos o legatarios de parte alícuota; los acreedores a cuya instancia se hubiere decretado la intervención del caudal hereditario y, en su caso, los que estuvieren personados en el procedimiento de división de la herencia—, en el día y hora que a tal efecto se señale por el Secretario judicial, y previo reconocimiento pericial y formación de presupuesto, resolverá lo que estime procedente, atendidas las circunstancias del caso (*ex. art. 801 LEC*).

El administrador depositará sin dilación a disposición del Juzgado las cantidades que recaude en el desempeño de su cargo, reteniendo únicamente las que fueren necesarias para atender los gastos de pleitos, pago de contribuciones y demás atenciones ordinarias. Para atender los gastos extraordinarios, el Tribunal, mediante providencia, podrá dejar en poder del administrador la suma que crea necesaria, mandando sacarla del depósito si no pudiera cubrirse con los ingresos ordinarios. Esto último se acordará también cuando deba hacerse algún gasto ordinario y el administrador no disponga de la cantidad suficiente procedente de la administración de la herencia (*ex. art. 802 LEC*).

Para la adopción de las ulteriores medidas de administración y custodia, que incumben al administrador, tras la realización del inventario, el depósito y la conservación de los bienes, este habrá de estar, tal y como ha advertido nuestra doctrina procesal⁷⁵, en primer lugar, a lo que el testamento hubiera establecido, que tiene carácter vinculante y prevalente; y, en su defecto, a las disposiciones de la ley y al libre criterio judicial para su aplicación a cada supuesto concreto.

4. PROHIBICIÓN DE ENAJENAR LOS BIENES INVENTARIADOS Y EXCEPCIONES.

El administrador no podrá enajenar ni gravar los bienes inventariados. Según el precepto 803.2.º LEC, se exceptúan de esta regla:

- 1.º Los que puedan deteriorarse.
- 2.º Los que sean de difícil y costosa conservación.
- 3.º Los frutos para cuya enajenación se presenten circunstancias que se estimen ventajosas.
- 4.º Los demás bienes cuya enajenación sea necesaria para el pago de deudas, o para cubrir otras atenciones de la administración de la herencia.

El Tribunal, a propuesta del administrador, y oyendo a los interesados a que se refiere el apartado tercero del artículo 793 —el cónyuge sobreviviente; los parientes que pudieran tener derecho a la herencia y fueren conocidos, cuando no conste la existencia de testamento ni se haya hecho declaración de herederos abintestato; los herederos o legatarios de parte alícuota; los acreedores a cuya instancia se hubiere decretado la intervención del caudal hereditario y, en su caso, los que estuvieren personados en el procedimiento de división de la herencia—, podrá decretar, mediante providencia, la venta de cualesquiera de dichos bienes, que se verificará en pública subasta conforme a lo establecido en la legislación notarial o en procedimiento de jurisdicción voluntaria. Los valores admitidos a cotización oficial se venderán a través de dicho mercado.

La prohibición de disponer, como acaba de observarse, no es absoluta, puesto que la propia LEC enumera unas excepciones amparadas en razones de necesidad, conveniencia o utilidad. Y es que el principio de conservación de la herencia —para que los herederos partícipes la reciban en el mismo estado en que fue transmitida por el causante—, es de difícil, prácticamente imposible cumplimiento, puesto que tal y como han tenido ocasión de afirmar quienes se han ocupado de este tema⁷⁶, el transcurso del tiempo desde la apertura de la sucesión hasta la adjudicación de la herencia puede perjudicar alguno de los bienes o devaluarlos, al tiempo que pueden surgir necesidades generales de la herencia que exijan el pago urgente que supere las cantidades de dinero de que disponga la administración de la herencia.

5. RETRIBUCIÓN DEL ADMINISTRADOR

El administrador no tendrá, según el artículo 804 LEC, otra retribución que la siguiente:

- 1.º Sobre el producto líquido de la venta de frutos y otros bienes muebles de los incluidos en el inventario, percibirá el 2 por 100.
- 2.º Sobre el producto líquido de la venta de bienes raíces y cobranza de valores de cualquier especie, el 1 por 100.
- 3.º Sobre el producto líquido de la venta de efectos públicos, el medio por 100.
- 4.º Sobre los demás ingresos que haya en la administración, por conceptos diversos de los expresados en los párrafos precedentes, el Secretario judicial le señalará del 4 al 10 por ciento, teniendo en consideración los productos del caudal y el trabajo de la administración.

También podrá acordar el Secretario judicial, mediante decreto, cuando lo considere justo, que se abonen al administrador los gastos de viaje que tenga necesidad de hacer para el desempeño de su cargo.

El cargo de administrador de la herencia es retribuido, tanto por la labor que realiza como por la responsabilidad que conlleva, pero esa retribución tiene un carácter estrictamente legal, viniendo establecidos de forma expresa, exhaustiva e imperativa, los criterios para la determinación de su cuantía⁷⁷.

El régimen retributivo de los administradores de la herencia es, pues, el legalmente establecido⁷⁸, sin que pueda modificarse en atención a consideraciones de equidad o adecuación a la realidad social actual, resultando evidente, por lo demás, que esta remuneración no se hará depender del éxito de su gestión en cuanto a los ingresos de la herencia⁷⁹, sino de la propia existencia de bienes suficientes para la remuneración correspondiente al tiempo de su labor de administración.

Ahora bien, la ley, para fijar la cuantía de los honorarios del administrador, acude a la aplicación de un tanto por ciento sobre los ingresos económicos de la herencia, con la evidente finalidad de incentivar la diligencia del administrador en la gestión del patrimonio hereditario (supedita el importe de su retribución a la obtención de beneficios económicos para la herencia)⁸⁰.

6. ADMINISTRACIONES SUBALTERNAS

Las administraciones subalternas que tuviera el finado para el cuidado de sus bienes se conservarán con la misma retribución y facultades que aquel les hubiere otorgado. Estos administradores rendirán sus cuentas y remitirán lo que recauden al administrador judicial, considerándose como dependientes del mismo, pero no podrán ser separados por este sino por causa justa y con autorización mediante decreto del Secretario judicial. Con la misma autorización podrá proveer el administrador judicial, bajo su responsabilidad, las vacantes que resultaren.

Estas administraciones subalternas que tuviera el finado están, pues, tal y como advierte la jurisprudencia⁸¹, sometidas a la «jefatura» del administrador judicial, siendo dependientes de esta. Ahora bien, la rendición de cuentas se contrae al período en que el administrador desempeña el cargo en el concreto procedimiento de que se trata, esto es, aquel en el que se le nombra y en el que se le puso en posesión del cargo, sin que pueda pretenderse en el incidente de rendición de cuentas involucrarse en cuestiones habidas en otros procedimientos, aunque los mismos vengán referidos a la misma herencia, pues por principio cada procedimiento tiene sus propias pretensiones o su propio objeto procesal, sin que pueda convertirse el mismo en una causa general ajena a la pretensión.

Aún cuando el mantenimiento de la administración subalterna no ofrece duda alguna durante la administración de la herencia yacente, lo cierto es que los autores⁸² se han mostrado favorables a la posibilidad de efectuar una separación y cambio de dicha administración cuando la totalidad de coherederos, encontrándose indivisa, mediando autorización judicial —puesto que conlleva una modulación de la voluntad del causante—, estén de acuerdo en la negligente, deficiente o, incluso, dolosa administración.

IV. CONCLUSIONES

La intervención y administración del caudal hereditario constituyen dos procedimientos especiales de vigilancia, supervisión y control judicial, caracterizados,

principalmente, por las notas de urgencia, celeridad, inmediatez, provisionalidad, temporalidad, instrumentalidad y subsidiaridad.

Estos procedimientos judiciales gozan, pese a su evidente complementariedad, de individualidad, singularidad y funcionalidad propias puesto que su contenido difiere según nos encontremos en la fase de intervención —inventario, depósito y designación de la administración— o de administración —representación, rendición de cuentas, administración y conservación—.

La eficacia de estos procedimientos de intervención y administración judicial se hace depender, en no pocas ocasiones, del factor «sorpresa», imperante en su fase de adopción, de suerte que la sustracción, ocultamiento o desaparición de ciertos bienes tan solo podrá evitarse si se actúa con urgencia, rapidez, celeridad e inmediatez en esta fase pre-judicial o, en su caso, si se nos permite, pre-notarial.

La funcionalidad de estos procedimientos queda circunscrita, como parece lógico, al período cronológico que media entre el fallecimiento y la adjudicación de los bienes hereditarios. De ahí su temporalidad, transitoriedad y provisionalidad.

El paralelismo que guardan estas medidas de intervención y administración del caudal hereditario con las medidas cautelares clásicas de nuestros procesos judiciales civiles es evidente, si bien la posibilidad de instar estas medidas *ex officio* e, incluso, aún cuando lo fuere a instancia de parte, con independencia del proceso judicial, en los casos de solicitud de declaración de herederos notarial o judicial —por el cauce de la Jurisdicción voluntaria— impide configurarlas como medidas cautelares. Ahora bien, la finalidad de estas medidas, en sintonía con la de las medidas cautelares, no es otra que la del aseguramiento del objeto, durante la pendencia del proceso —judicial, en las cautelares típicas y notarial o judicial, en las cautelares de intervención y administración de la herencia—, debido al temor fundado de un peligro de su sustracción, pérdida, daño u ocultación.

Aún cuando estos procedimientos pueden instaurarse con independencia y al margen del proceso judicial de división contenciosa de la herencia, lo cierto es que su adopción y mantenimiento se hará depender del reparto y adjudicación de los bienes hereditarios, sea en sede notarial —mediante la declaración de herederos en «acta de notoriedad»— o judicial, y respecto de esta última, en vía voluntaria —declaración judicial de herederos— o contenciosa —división judicial de la herencia—, puesto que fuera de los casos de pendencia de una resolución de distribución y adjudicación de los bienes que integran la masa hereditaria, carece de sentido la adopción o mantenimiento de estas incisivas y radicales medidas. De ahí que las calificuemos como instrumentales, subsidiarias y, por supuesto, dependientes de un proceso principal, notarial o judicial, dónde se dirime, siquiera sea interinamente, la titularidad de los bienes hereditarios.

Ya hemos advertido en un estudio complementario y precedente a este que la dualidad de procedimientos —especial de división de la herencia y ordinario correspondiente—, tras un intento de conciliación judicial, lejos de dotar de eficacia a nuestra resentida tutela sucesoria civil, triplica el esfuerzo de los operadores jurídicos, generando un coste económico y psicológico, sin precedentes.

En aras de dotar de cierta racionalidad, austeridad y economía, al sistema procesal sucesorio, no podemos restringir, como resulta obvio, la utilización de estos procedimientos singulares de intervención y administración judicial de la herencia a los exclusivos casos de jurisdicción contenciosa, puesto que el peligro de sustracción, ocultamiento, pérdida, desaparición o daño de los bienes también subyace durante la pendencia de la declaración judicial o notarial de herederos.

Pudiéramos pensar, con el objeto de lograr una descongestión de la Justicia sucesoria, acaso, en atribuir esta labor de tutela cautelar sucesoria a otros ope-

radores jurídicos distintos de los Jueces. Ahora bien, la función de adopción, supervisión, vigilancia y control de estas medidas de intervención y administración, residenciada en sede judicial, parece incuestionable, toda vez que la radicalidad, intervencionismo y agresividad, característicos de estas incisivas medidas, no resulta conciliable con una labor distinta a la de interpretación y ponderación judicial. Y ello a pesar de que su adopción no parece que haya de quedar condicionada a la valoración, interpretación o apariencia de buen derecho de quien solicita la tutela cautelar de aseguramiento pretendida en el caso concreto.

En este sentido, parece evidente que la Ley impone, al Juez, la adopción, de oficio, de estas medidas de aseguramiento cuando no existiere o apareciere testamento, ni parientes próximos, y, desde luego, no la supedita al cumplimiento de determinados requisitos, como la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora, ni mucho menos, la prestación de caución, —por citar, entre otros, los característicos de las medidas cautelares—, en el caso de que hayan sido instadas por las partes interesadas. No obstante la obligatoriedad, coactividad o inoperatividad, característica de la adopción judicial de este tipo de medidas, parece oportuno que sean los Jueces, y no otros operadores jurídicos, quienes tengan encomendada, en régimen de exclusividad, la función de su adopción, vigilancia y control, por tratarse, insistimos, de medidas muy agresivas, incisivas y radicales.

La virtualidad y eficacia de estas medidas, cautelas, instrumentos o, si se prefiere, procedimientos judiciales reside en lograr el aseguramiento de los bienes de la herencia, así como su óptima administración, desde el fallecimiento hasta la adjudicación, de suerte que habrá de extremarse la diligencia en su adopción y mantenimiento, en toda suerte de procesos notariales o judiciales de declaración de herederos, o, en su caso, judiciales de división de la herencia.

La prácticamente ilimitada posibilidad de instar estas medidas, primero ante una solicitud de declaración notarial de la herencia; al propio tiempo o inmediatamente después, y en relación con la misma herencia, ante el Juez, en vía voluntaria, de una declaración judicial de herederos, y al fin, en vía contenciosa, mediante el trípode de procesos, consensuado el primero, destinado, en puridad, a alcanzar un acuerdo, concierto o anuencia de voluntades; especial y sumario, el segundo, una vez «transformado» al verbal, ante la discrepancia, conflicto o desacuerdo latente, tras aquel intento fallido de consenso, con sus respectivos recursos de apelación, casación e, incluso, amparo; y ordinario, al fin, el tercero, una vez agotadas sin éxito las instancias anteriores, con idéntica proyección de los recursos correspondientes.

Aún cuando la jurisprudencia del TS se ha mostrado, en alguna aislada y lejana ocasión⁸³, favorable a la posibilidad de instar directamente el proceso ordinario para dilucidar un conflicto sucesorio, sin necesidad de haber agotado previamente el proceso especial y sumario de la partición judicial, lo cierto es que la doctrina⁸⁴, con mejor criterio, ha manifestado que no cabe acudir a aquel proceso ordinario, sin haber agotado antes el cauce procesal adecuado, establecido en la LEC, para dicha partición, que no es otro que el proceso de división judicial.

Esta cadena ininterrumpida de procesos, destinados a un mismo fin, la partición, el reparto y la adjudicación de la herencia, y eventualmente complementados por los procedimientos, medidas o instrumentos de intervención y administración del caudal hereditario, nos inducen a reafirmarnos en la tesis, ya suscrita en nuestro estudio anterior, de reconducir a la Jurisdicción voluntaria, los procesos judiciales, caracterizados por sus notas configuradoras clásicas, y de limitar, al máximo, el número de procesos judiciales, destinados a solventar un mismo con-

flicto, a saber, en nuestro caso, la división de la herencia, con el objeto de dotar, a nuestro sistema procesal, de coherencia, eficacia, economía y racionalidad.

Esta propuesta de reforma⁸⁵ pasa por el mantenimiento de una fase procesal o procedimiento inicial, de tramitación consensuada, incardinable en la Jurisdicción voluntaria, en la que se solicite, sin mayor confrontación, el reparto, a cargo de un contador imparcial, asistido pericialmente, del reparto de la herencia, que puede culminar con éxito o transformarse, caso de surgir el conflicto, en un proceso ordinario, con ciertas especialidades —entre las que, por cierto, hemos de incluir la necesaria presencia del Ministerio Fiscal, para velar por la legalidad de las actuaciones, y no solo por «sustitución» o «representación», cuando se encuentren, entre los interesados, menores, incapaces o ausentes—, que ha de culminar, tras una tramitación, caracterizada por la plena cognición y dotada de las debidas garantías, con una sentencia con fuerza de cosa juzgada, susceptible, como no podía ser de otro modo, de ser recurrida con arreglo al sistema general de recursos contemplado en nuestra legislación procesal civil.

Durante la vigencia de la primera fase procesal o, si se prefiere, del procedimiento inicial, de Jurisdicción voluntaria, que perfectamente podría concluir con una resolución, respecto de la que los particulares afectados manifestasen una anuencia de voluntades, así como, en caso de persistencia del conflicto, durante la ulterior tramitación del proceso contencioso, habrían de permanecer o mantener su vigencia, como es lógico, las medidas de aseguramiento, intervención y administración del caudal hereditario, si bien, llegado el momento de la sentencia definitiva y firme, de este último y único proceso contencioso, una vez agotados o inutilizados los recursos correspondientes, entonces habrían de alzarse, también definitivamente, dichas legítimas cautelas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BRIONES JURADO, C. y SANCHO GARGALLO, I., *El juicio sucesorio*, Ed. Atelier, Barcelona, 2002.
- CALAZA LÓPEZ, S.,
- *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Ed. IUSTEL, Madrid, 2007.
 - *Los procesos matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.
 - *La cosa juzgada*, Ed. La Ley, Madrid, 2009.
 - «La división judicial de la herencia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 740, Madrid, 2013.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; Díez-PICAZO, I.; VEGAS TORRES, J., «Derecho procesal civil», «Ejecución forzosa. Procesos especiales», Ed. CEURA, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.,
- *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, Ed. Reus, 1986, 3ª ed., 1999.
 - *Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
 - «Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa», *Actualidad Civil*, núm. 36, 2001.
 - «La Jurisdicción voluntaria. El anteproyecto de junio de 2006», *El Notario del siglo XXI*, núm. 8, Revista del Colegio Notarial de Madrid, 2006.
 - «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de octubre de 2006 (I)», *RJE La Ley*, núm. 6599, 27 de noviembre de 2006.
 - «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de octubre de 2006 (II)», *RJE La Ley*, núm. 6600, 28 de noviembre de 2006.

- «Jurisdicción voluntaria», *Tribuna del Diario ABC*, 5 de enero de 2007.
- *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria I*, Ed. IUSTEL, Madrid, 2007.
- *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria II*, Ed. IUSTEL, Madrid, 2008.
- «La Jurisdicción Voluntaria: En busca del tiempo perdido», *Revista Jurídica Registradores*, Madrid, enero de 2008.
- «Jurisdicción voluntaria: rectificar es de sabios», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 31, mayo-junio 2010.
- «Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 79, julio-septiembre 2011.
- «La ley de jurisdicción voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores», *Diario La Ley*, 25 de mayo de 2012.
- «Operadores jurídicos competentes en jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica», Estudios en Homenaje al Prof. Juan Manuel BARQUERO, *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid*, RJUAM, 2013.
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil. II. Los procesos especiales*, Ed. Colex, Madrid, 2012.
- GUASP, J. y ARAGONESES, P., *Derecho procesal civil*, Tomo II, *Procesos declarativos especiales*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.
- JAREÑO GONZÁLEZ, «Adquisiciones hereditarias y Registro de la propiedad», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Derecho de sucesiones, CGPJ, Madrid, 1995.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, vol. V., *Derecho de sucesiones*, 4ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1991.
- LASARTE, C.,
- «Derecho de sucesiones», en *Principios de Derecho civil VII*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011. 7ª ed.
- *Compendio de Derecho de Familia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.
- MEZQUITA DEL CACHO, J. L. y MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, E., «La herencia en administración», en *Instituciones de Derecho privado*, Tomo V, *Sucesiones*, vol. 2º, Títulos sucesorios. Fase dinámica del fenómeno sucesorio. Ineficacia de las disposiciones sucesorias, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2013.
- MONTÓN REDONDO, A., en VV.AA., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MORETÓN SANZ, M.ª F., «Cuestiones sobre las deudas del causante y el especial supuesto de la responsabilidad del comprador de cuota hereditaria», *RCDI*, 716, págs. 3174 y sigs.
- «El contenido de la sustitución pupilar y cuasi pupilar o ejemplar: el patrimonio del menor de catorce años e incapacitados», *RCDI*, 726, págs. 2217 y sigs.
- SEOANE SPIEGELBERG, J. L., «La nulidad del testamento», *Cuadernos de Derecho Judicial*, *Derecho de sucesiones*, CGPJ, Madrid, 1995.
- TAPIA PARREÑO, J. J., «La partición. Concepto y clases», *Cuadernos de Derecho Judicial*, *Derecho de sucesiones*, CGPJ, Madrid, 1995.
- VEGAS TORRES, J., en VV.AA., *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Ed. CEURA, Madrid, 2000.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO:

- STS de 14 de febrero de 1912.
- STS de 7 de enero 1942.
- STS de 21 de junio de 1943.
- STS de 4 de junio de 1959.
- STS de 10 de noviembre de 1965.
- STS 17 de mayo de 1966.
- STS de 11 de abril de 1967.
- STS de 23 de febrero de 1973.
- STS de 10 de noviembre de 1981.
- STS de 3 de febrero de 1982.
- STS de 27 de mayo de 1982.
- STS de 20 de septiembre de 1982.
- STS de 16 de septiembre de 1985.
- STS de 21 de julio de 1986.
- STS de 12 de marzo 1987.
- STS de 13 de marzo de 1987.
- STS de 1 de julio de 1988.
- STS de 16 de mayo de 1989.
- STS de 3 de junio de 1989.
- STS de 7 de mayo de 1990.
- STS de 21 de mayo de 1990.
- STS de 4 de enero 1991.
- STS de de 5 de marzo de 1991.
- STS de 16 de mayo de 1991.
- STS de 25 de mayo de 1992.
- STS de 5 de noviembre de 1992.
- STS de 31 de enero de 1995.
- STS de 27 de febrero de 1995.
- STS de 1 de junio de 1995.
- STS de 7 de julio de 1995.
- STS de 31 de enero de 1996.
- STS de 17 de diciembre de 1996.
- STS de 31 de julio de 1997.
- STS de 6 de octubre de 1997.
- STS de 11 de junio de 1998.
- STS de 13 de octubre de 1998.
- STS de 15 de febrero de 1999.
- STS de 28 de junio de 2001.
- STS de 25 de julio de 2002.
- STS de 17 de diciembre de 2002.
- STS de 13 de febrero de 2003.
- STS de 26 de marzo de 2003.
- STS de 6 de noviembre de 2003.
- STS de 28 de mayo de 2004.
- STS de 4 de junio de 2007.
- STS de 16 de noviembre de 2007.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA:

- STSJ del País Vasco, de 29 de junio de 1990.

AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- SAP de Alicante, de 13 de octubre de 2011.
- SAP de Asturias, de 21 de abril de 2008
- SAP de Asturias, de 30 de noviembre de 2009.
- SAP de Badajoz, de 22 de marzo de 2010.
- SAP de Cáceres, de 19 de junio de 2013
- SAP de La Coruña, de 11 de noviembre de 2009.
- SAP de Granada, de 9 de abril de 2010.
- SAP de Gerona, de 11 de junio de 1981.
- AAP de Huelva, de 24 de junio de 1994.
- AAP de Islas Baleares, de 19 de julio de 2006.
- SAP de León, de 29 de mayo de 2007.
- AAP de Madrid, de 29 de mayo de 2007.
- AAP de Madrid, de 24 de junio de 2008.
- AAP de Madrid, de 10 de noviembre de 2010.
- SAP de Madrid, de 29 de mayo de 2007.
- SAP de Madrid, de 3 de octubre de 2007
- SAP de Madrid, de 4 de julio de 2008.
- SAP de Madrid, de 11 de junio de 2012.
- SAP de Madrid, de 26 de febrero de 2013.
- SAP de Oviedo, de 24 de junio de 2008.
- SAP de Palma de Mallorca, de 23 de septiembre de 1992.
- AAP de Pontevedra, de 10 de febrero de 2012.
- AAP de Santa Cruz de Tenerife, de 19 de marzo de 2010.
- SAP de Sevilla, de 14 de abril de 2004.
- SAP de 16 de diciembre de 2005.
- SAP de Valladolid, de 1 de octubre de 2012.
- SAP de Vizcaya, de 2 de julio de 2009.

JUZGADOS

- SJ Mercantil de Oviedo (Asturias), de 19 de abril, de 2007.

NOTAS

* A Carmen-Alicia CALAZA LÓPEZ, Notaria de A. ESTRADA (Pontevedra).

¹ CALAZA LÓPEZ, S., «La división judicial de la herencia», *RCDI*, 740, Madrid, 2013.

² GUASP, J. y ARAGONESES, P., han destacado, en este sentido, que «esta duda no dificulta el reconocimiento de la administración de la herencia como proceso singular, sino simplemente el que deba considerarse como fundamento en una consideración material o en una consideración procesal de las actuaciones en cuestión, tal como ocurre en los procesos cautelares. Lo más que podría pensarse, pues, no es que la administración de la herencia no sea un proceso especial, sino que sea un *proceso precautorio* o de *aseguramiento* que debería ser objeto de análisis por separado. Ahora bien, el ligamen que, doctrinal y positivamente,

hay que establecer entre estas medidas de administración y el supuesto sucesorio a que se refiere, justifica que se incluya, como un tipo de *especialidad material*, dentro del *ámbito del derecho de sucesiones*, en *Derecho procesal civil*, Tomo II, *Procesos declarativos especiales*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, págs. 243 y 244.

³ *Vid.*, al respecto, GUASP, J. y ARAGONESES, P., *Derecho procesal civil*, Tomo II, *Procesos declarativos especiales*, *cit.*, págs. 244 y 245.

⁴ En la SAP de Madrid, de 29 de mayo de 2007, se advierte, de manera muy gráfica, que «la característica más destacable de la intervención judicial de la herencia, es su permanente incidencia durante las tres fases del proceso de división, y, además, con su específica denominación, tanto para cuando no consta la existencia de testamento, como durante la tramitación de la declaración de herederos, y, también en la división judicial de la herencia, según rúlo de los artículos 791 y 792 de la LEC, y, sin esta denominación pero con su contenido propio, para cuando, una vez elegidos el contador y los peritos, el artículo 785 establece que se pongan a su disposición cuantos objetos, documentos y papeles necesiten para practicar el inventario; puesta a disposición que reúne un contenido análogo al que se establece para la intervención judicial en los preceptos mencionados».

⁵ La intervención del caudal hereditario, se afirma en la SAP de Madrid, de 29 de mayo de 2007, «es un trámite supletorio para los supuestos en que no exista testamento, sobre todo cuando la voluntad del testador ha sido instituir heredera universal a la cónyuge supérstite, a quien encomienda competencias de un albacea con facultades para la administración y reparto del caudal hereditario, con la única limitación de que deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de éstos, aparte que, por la misma circunstancia, se ha dejado sin efecto el acta de notoriedad de la declaración de herederos *abintestato*».

⁶ La intervención judicial de la herencia en nada obsta, tal y como se ha señalado, con meridiana claridad, en la SAP de Madrid, de 29 de mayo de 2007, al ejercicio de las acciones que correspondan, para que se declare la ineficacia del testamento o su nulidad, ni la legitimación de las partes, ni la anulación de la declaración de herederos por los trámites establecidos en el artículo 995 y concordantes de la LECiv 1881.

⁷ Para un estudio específico sobre este tema, *vid.*, SEANE SPIEGELBERG, J. L., «La nulidad del testamento», *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho de sucesiones*, CGPJ, Madrid, 1995.

⁸ *Vid.*, AAP de Madrid, de 29 de mayo de 2007.

⁹ En este sentido, BRIONES JURADO, C. y SANCHO GARGALLO, I., citan, entre otros, los siguientes problemas interpretativos: «en primer lugar, no todos los ordenamientos, empezando por el Código Civil, atribuyen esta condición de heredero *abintestato* a la pareja de hecho. Y en segundo lugar, no se especifica en qué consiste esa similitud, acudiendo a una dicción tan genérica como *persona que se halle en situación de hecho asimilable*, que no se sabe si se refiere a las uniones heterosexuales o también a las homosexuales», en *El juicio sucesorio*, Ed. Atelier, Barcelona, 2002, pág. 94.

¹⁰ *Vid.*, en este sentido, GIMENO SENDRA, V., cuando advierte que «se trata de medidas urgentes e interinas que tratan de garantizar la integridad patrimonial del caudal relicto. Estas notas son las que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar cuales son las actuaciones concretas a las que se refiere el precepto con el término *indispensables*, así como el tipo de bienes o efectos que pueden quedar afectados por esta intervención judicial», en *Derecho procesal civil. II. Los procesos especiales*, Ed. Colex, Madrid, 2012, pág. 374.

¹¹ *Vid.*, MONTÓN REDONDO, A., en VV.AA, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 755.

¹² BRIONES JURADO, C. y SANCHO GARGALLO, I., *El juicio sucesorio*, Ed. Atelier, Barcelona, 2002, pág. 103.

¹³ La propiedad es, tal y como declara la STS de 1 de julio de 1988, un derecho real que no se origina a favor de los partícipes en una comunidad hereditaria ni por el testamento ni por la declaración de herederos *abintestato*, habida cuenta de que conforme al artículo 1068 CC, solo la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, lo que hace que al no derivar de la comunidad hereditaria una atribución concreta de bienes carezca, en principio, el heredero de legitimación para reivindicar dada la indeterminación de sus derechos hasta las pertinentes

adjudicaciones, según ha sancionado con reiteración la jurisprudencia, entre otras, en las SSTs de 10 de noviembre de 1965 y de 16 de septiembre de 1985.

¹⁴ *Vid.*, entre otras, las SSTs de 16 de mayo de 1991, de 5 de noviembre de 1992, de 31 de enero de 1995 y de 15 de febrero de 1999.

¹⁵ SAP de Granada, de 9 de abril de 2010.

¹⁶ *Vid.*, MONTÓN REDONDO, A., en VV. AA., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 755.

¹⁷ No se puede confundir, tal y como recuerda la SAP de Madrid, de 11 de junio de 2012, el procedimiento para la división de la herencia con el de intervención del caudal hereditario, pues «este último responde a los condicionamientos previstos en el artículo 790 de la LEC, mientras que el otro responde a la situación general en que, sin otras incidencias que la muerte del causante y la condición de heredero en quien lo solicite, se insta el procedimiento que comienza con una junta para nombrar contador y peritos, quienes, habiendo recibido la documentación necesaria, practican el inventario, el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario. Si concurren las incidencias que se mencionan en el artículo 790 LEC o así se hubiera pedido, se debe seguir el trámite de intervención del caudal hereditario, donde, tras el aseguramiento de los bienes de la herencia y la intervención judicial, se convoca a los interesados para la formación de inventario, tras el que sigue la administración, custodia y conservación del caudal hereditario».

¹⁸ Para un estudio detallado, *vid.*, LASARTE, C., «Derecho de sucesiones», en *Principios de Derecho civil VII*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010; *Vid.*, asimismo, de este mismo autor, *Compendio de Derecho de Familia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

¹⁹ *Vid.*, al respecto, la ilustrativa STS de 28 de mayo de 2004.

²⁰ Para un estudio más amplio, *vid.*, CALAZA LÓPEZ, S., «La división judicial de la herencia», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 740, Madrid, 2013.

²¹ La jurisprudencia del TS suscribe, en efecto, la teoría substitutiva o especificativa de la partición conforme a la cual «la partición sustituye la cuota que cada coheredero tiene en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva en los bienes o derechos que se la adjudican; la partición específica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero». *Vid.*, a este respecto, entre otras, las SSTs de 21 de julio de 1986, de 21 de mayo de 1990, de 5 de marzo de 1991, de 13 de octubre de 1998, y de 28 de junio de 2001.

²² Por medio de la aceptación de la herencia, el heredero viene a adquirir la titularidad de un derecho hereditario abstracto, en el sentido de que la cuota que le pertenece recae sobre el global del caudal hereditario. Un derecho que la STS de 17 de mayo de 1966 calificaba como «un derecho impreciso e inalienable sobre las cosas de que se componga el caudal». Solo la partición atribuirá el dominio de bienes concretos pertenecientes a la herencia, siempre que el dominio esté verdaderamente contenido en el caudal relicto (SSTs 3 de febrero y de 27 de mayo de 1982, de 3 de junio de 1989, de 5 de marzo de 1991, etc.).

²³ La STS de 25 de mayo de 1992 dice explícitamente que «en tanto no se practique la partición de la herencia no puede hablarse de que tal finca sea objeto de una copropiedad por iguales partes entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria» y la STS de 6 de octubre de 1997, en el mismo sentido, dice: «todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición».

²⁴ *Vid.*, el AAP de Madrid, de 10 de noviembre de 2010, donde se señala que «esta proyección legal del proceso responde, sin duda, a la idea de que sin el acuerdo entre los interesados, propio de un acto de jurisdicción voluntaria, su efectividad es más bien escasa, ya que, en cualquier caso, la sentencia que resuelve la aprobación de las operaciones divisorias, carece de la eficacia de cosa juzgada, como establece el artículo 787.5 de la LEC».

²⁵ *Vid.*, al respecto, CALAZA LÓPEZ, S., «La división judicial de la herencia», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 740, Madrid, 2013.

²⁶ Para un estudio pormenorizado sobre la cosa juzgada, *vid.*, CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada*, Ed. La Ley, Madrid, 2009.

²⁷ *Vid.*, AAP de Madrid, de 10 de noviembre de 2010.

²⁸ *Vid.*, sobre estos aspectos, MORETÓN SANZ, M.^a F., «Cuestiones sobre las deudas del causante y el especial supuesto de la responsabilidad del comprador de cuota hereditaria», *RCDI*, 716, págs. 3174 y sigs.

²⁹ *Vid.*, en este sentido, el AAP de Pontevedra, de 10 de febrero de 2012.

³⁰ *Vid.*, la SAP de Alicante, de 13 de octubre de 2011.

³¹ La SAP de Cáceres, de 19 de junio de 2013 señala, en este sentido, que «la Formación del Inventario (contemplado en el art. 794 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) se configura como un trámite procedimental en los Juicios sobre División Judicial de Patrimonios (entre los que se incluye el de División de la Herencia) en el que, con intervención de las partes y del Secretario Judicial, se pretende la concreción, sin ningún tipo de controversia *inter partes*, de los bienes, derechos y obligaciones, que deben integrar el haber partible, a los efectos de que, sobre este extremo, no se genere ningún tipo de duda en el momento de la práctica de las operaciones divisorias. Prevalece y se pretende que impere, pues, la puesta en común de las partes sobre los conceptos que deben integrar el haber objeto de división, procurando el mayor grado de conformidad entre los interesados».

³² *Vid.*, entre otras, las SSAP de Valladolid, de 1 de octubre de 2012 y de Madrid, de 26 de febrero de 2013.

³³ *Vid.* la SAP de León, de 29 de mayo de 2007, cuando señala lo siguiente: «Téngase en cuenta que el testamento, por sí solo no es suficiente para justificar la adquisición de bienes determinados de la herencia, mientras no se haga la liquidación de la misma y, por consecuencia de ella, la partición y adjudicación a cada coheredero de su parte correspondiente, dice la sentencia de 5 de noviembre de 1992, que recoge una reiterada doctrina jurisprudencial; hasta que no se efectúa la partición por cualquiera de los modos admitidos en derecho no adquieren los herederos la propiedad exclusiva, añade la de 31 de enero de 1994».

³⁴ La SAP de Sevilla, de 14 de abril de 2004, señala, asimismo, en aplicación del artículo 794.4 de la CE, conforme a un criterio sistemático, que la formación de inventario, que está prevista como un trámite previo a las operaciones divisorias, o como una medida de aseguramiento de los bienes relictos, antes de proceder a su administración, custodia y conservación, (art. 795), no permite pronunciarse acerca de las cuestiones litigiosas que puedan suscitarse respecto de la titularidad de dichos bienes, ya figuren a nombre del causante y alguien solicite su exclusión del inventario y mucho menos cuando figuran a nombre de un tercero y se solicita su inclusión»; la SAP de Vizcaya, de 2 de julio de 2009, añade que «en la actual LEC, el artículo 787 contiene una regulación similar a la prevista en la anterior legislación para la práctica de las operaciones divisorias, con la diferencia de que ahora, en lugar de dar el trámite del juicio declarativo que por la cuantía corresponda, se ordena continuar el procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal. No cabe sin embargo admitir, que dentro de dicho juicio quepa discutir las mismas cuestiones que antes se ventilaban en el juicio declarativo seguido tras la oposición a las operaciones divisorias, puesto que aquel juicio terminaba con sentencia con autoridad de cosa juzgada, mientras que ahora, el artículo 787.5 niega tal autoridad a la que recaiga en el juicio verbal».

³⁵ Y así, expedida una acción declarativa, reivindicatoria o de nueva declaración según quien posea la cosa, su trámite por el juicio ordinario declarativo es solución más adecuada. *Vid.*, las SSTs de 27 de febrero de 1995, de 31 de enero de 1996, de 17 de diciembre de 1996, de 31 de julio de 1997, entre otras.

³⁶ *Vid.*, el AAP de Islas Baleares de 19 de julio de 2006, donde se señala que «la concurrencia de situaciones jurídicas de pendencia o de incertidumbre sobre las bases fácticas —subjetivas y objetivas— y jurídicas para practicar las operaciones divisorias, pueden imponer o hacer recomendable la suspensión de la partición, y hasta tanto no cesen tales incógnitas cabe que se adopten, necesaria o voluntariamente, las precauciones oportunas para asegurar la custodia y conservación del caudal hereditario, impidiéndose posibles abusos y fraudes (sustracción, ocultación o pérdida de bienes relictos). Obsérvese, sin embargo, que la mayor parte de tales supuestos, no provocan propiamente la suspensión de la partición contractual, sino que obligan temporalmente a diferirla o atribuyen a la realizada carácter provisional, eficacia claudicante, etc.».

³⁷ La exégesis del precepto —conforme a la SAP de Cáceres, de 19 de julio de 2013— resulta clara y diáfana en el sentido de que «la controversia que diera origen al señalamiento de Vista para la continuación del Incidente con arreglo a lo previsto en el Juicio Verbal solo y únicamente puede alcanzar a aquellos bienes, derechos y obligaciones respecto de

los cuales se suscitare el conflicto entre las partes sobre su inclusión o exclusión en el Inventario, pero no a aquellos otros respecto de los cuales ha existido conformidad de las partes sobre su inclusión o exclusión en el Inventario o, simplemente, no ha existido sobre los mismos oposición o impugnación a este efecto. Entender lo contrario significaría privar de toda eficacia a este trámite procedimental de la Formación de Inventario, que carecería de sentido si, no existiendo controversia en su ámbito, pudieran las partes después, en la Vista y en el posterior Juicio Verbal, impugnar la inclusión o exclusión de un determinado bien, derecho u obligación, que en aquel trámite no hubiera sido objeto de discusión ni de controversia; criterio —el indicado— que es el que abraza este Tribunal y conforme al cual —como decimos— resulta extemporáneo —y de imposible examen judicial— las pretensiones de inclusión o exclusión de bienes en el Inventario que no hubieran sido objeto de controversia entre las partes en el Acta de la Formación del referido Inventario».

³⁸ *Vid.*, la SAP de Asturias, de 21 de abril de 2008.

³⁹ *Vid.*, en este sentido, la SAP de Asturias, de 30 de noviembre de 2009, cuando, al propio tiempo señala que «ello se evidencia, además sin género de duda, del contenido del artículo 783, apartados 1 y 2, de la LEC, toda vez que el primero afirma que «la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario se acordará cuando se hubiere pedido y resultare procedente», lo que supone que si no se pide o no es procedente tal petición, no se decretará la intervención judicial de la herencia y, consecuentemente, no se practicará judicialmente el inventario. Por otro lado, confirmando lo anterior, el apartado 2 comienza afirmando que «practicadas las actuaciones anteriores (intervención y formación del inventario judicial) o si no fuera necesario», es decir, cuando no es necesaria dicha intervención judicial de la herencia, el Juez ante la solicitud de procedimiento de división de la herencia convocará a los interesados a la Junta presidida por el Secretario Judicial para nombramiento de contador, pasando así a la Junta mencionada, sin formación alguna de inventario judicial por la simple razón de no haber sido pedida la intervención o, incluso pedida, no ser procedente».

⁴⁰ *Vid.*, en este sentido, la SAP de Madrid, de 11 de junio de 2012, cuando advierte que «lo que se sigue es un procedimiento próximo a la jurisdicción voluntaria, y especialmente caracterizado por su provisionalidad, tanto si materialmente la partición a la que tiende estuviera concertada por los propios coherederos, porque tendría naturaleza contractual y le serían aplicables los artículos 1261 CC, en cuanto a su existencia y validez, y las normas de la nulidad de los artículos 1300 a 1314 CC; como si la partición se hace por contador, pues la sentencia que la resuelve carece de los efectos de cosa juzgada (art. 787.5 LEC), y la que resuelve la controversia sobre la exclusión o inclusión de bienes en el inventario, debe dejar a salvo los derechos de terceros (art. 794.4 2º).

⁴¹ *Vid.*, el AAP de Islas Baleares, de 19 de julio de 2006, donde se señala que «se llama jurisdicción voluntaria a la autoridad y potestad ejercidas por el órgano jurisdiccional en cuya virtud y sin necesidad de proceso contradictorio entre diferentes sujetos se crean, modifican o extinguen estados y situaciones jurídicas, se acredita la existencia de hechos, se pretenden declaraciones a las que se anudan efectos jurídicos, se previene lo que al derecho de los sujetos jurídicos convenga o sea necesario, y se llevan a cabo ciertos negocios jurídicos que requieren la intervención del juez. Son actos de jurisdicción voluntaria los que decide el órgano jurisdiccional, sin que medie juicio contradictorio y sin que la resolución final produzca efectos de cosa juzgada material, incoados a petición de persona interesada o por iniciativa oficial, previas las audiencias o comprobaciones oportunas, en los supuestos limitados en que la intervención venga establecida por la Ley, en garantía de los derechos para constituir o declarar estados o derechos o prevenirlos o asegurarlos o para ordenar la realización de actos de ejecución o proveer a su autenticidad o documentación. La jurisdicción voluntaria desempeña una pluralidad de funciones dirigidas al desenvolvimiento y desarrollo de las relaciones jurídicas privadas mediante un procedimiento no contradictorio. La ausencia del juicio contradictorio sería, pues, la nota diferencial de la jurisdicción voluntaria frente a la contenciosa. La conversión del expediente en contencioso suele darse en los procedimientos de índole patrimonial, en los que solicitante e interesados tienen un poder de disposición absoluto sobre el objeto del acto, en los actos probatorios y, por excepción, en algunos de naturaleza personal, familiar o sucesoria».

⁴² Para un estudio pormenorizado de la Jurisdicción voluntaria, se remite al lector al máximo especialista en la materia, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Vid.*, entre otros, *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, Ed. Reus, 1986, 3ª ed., 1999; *Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.; «Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa», *Actualidad Civil*, núm. 36, 2001.; «La Jurisdicción voluntaria. El anteproyecto de junio de 2006», *El Notario del siglo XXI*, núm. 8, Revista del Colegio Notarial de Madrid, 2006.; «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de octubre de 2006 (I)», *RJE La Ley*, núm. 6599, 27 de noviembre de 2006.; «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de octubre de 2006 (II)», *RJE La Ley*, núm. 6600, 28 de noviembre de 2006.; «Jurisdicción voluntaria», *Tribuna del Diario ABC*, 5 de enero de 2007.; *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria I*, Ed. IUSTEL, Madrid, 2007.; *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria II*, Ed. IUSTEL, Madrid, 2008.; «La Jurisdicción Voluntaria: En busca del tiempo perdido», *Revista Jurídica Registradores*, Madrid, enero de 2008.; «Jurisdicción voluntaria: rectificar es de sabios», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 31, mayo-junio 2010.; «Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 79, julio-septiembre 2011.; «La ley de jurisdicción voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores», *Diario La Ley*, 25 de mayo de 2012.; «Operadores jurídicos competentes en jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica», Estudios en Homenaje al Prof. Juan Manuel BARQUERO, *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid*, RJUAM, 2013.

⁴³ *Vid.*, la SAP de Vizcaya, de 2 de julio de 2009, cuando advierte que «no puede olvidarse que por la vía pretendida podrían dejarse, en el fondo, sin efecto actos jurídicos documentados, como puede ser la compraventa, aunque hubieren prescrito las acciones para su anulación, violentándose así las normas de seguridad jurídica».

⁴⁴ *Vid.*, al respecto, VEGAS TORRES, J., en VV.AA., *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Ed. CEURA, Madrid, 2000, pág. 506.

⁴⁵ *Vid.*, las SSTs de 7 de julio de 1995; de 25 de julio de 1995; de 17 de diciembre de 2002 y de 6 de noviembre de 2003. Como dice la sentencia de 4 de junio de 2007, «en el presente supuesto no se ha acreditado que la poseedora percibiese renta alguna o frutos derivados de la posesión —sea por el título que sea— del bien objeto del caudal relicto, por lo que, independientemente de la buena o mala fe —cuya apreciación corresponde a los tribunales de instancia y está al margen del recurso de casación al tratarse de una cuestión probatoria, únicamente revisable cuando concurre arbitrariedad, error o falta de lógica, lo cual no se ha puesto de manifiesto por el recurrente— no puede exigirse que se aporte al caudal relicto el importe de las rentas o frutos que se podrían haber percibido pero que no lo han sido, puesto que dichos «futuribles», «posibles» o «hipotéticos» frutos quedan al margen de lo dispuesto en el artículo 1063 del Código Civil.»

⁴⁶ *Vid.*, en este sentido, GIMENO SENDRA, V., «Derecho procesal civil. II. Los procesos especiales», *cit.*, pág. 376.

⁴⁷ *Vid.*, MORETÓN SANZ, M^a F: «El contenido de la sustitución pupilar y cuasi pupilar o ejemplar: el patrimonio del menor de catorce años e incapacitados», *RCDI*, 726, págs. 2217 y sigs.

⁴⁸ *Vid.*, GIMENO SENDRA, V., quién, asimismo, señala que «el cargo no puede recaer en quien carece de la formación mínima para hacer una gestión adecuada de los bienes», en «Derecho procesal civil. II. Los procesos especiales», *cit.*, pág. 378.

⁴⁹ *Vid.*, al respecto, BRIONES JURADO, C. y SANCHO GARGALLO, I., quienes al tiempo, destacan que «en estos supuestos es mejor nombrar a alguien ajeno a la familia, que lleve a cabo la administración de forma profesional y rinda cuentas de su gestión frente a todos los interesados. La capacidad profesional del administrador dependerá del contenido y de la complejidad del patrimonio», en «El juicio sucesorio», *cit.*, pág. 121.

⁵⁰ SAP de Madrid, de 29 de mayo de 2007.

⁵¹ *Vid.*, la SAP de Asturias, de 30 de noviembre de 2009.

⁵² *Vid.*, esta definición, con un análisis explicativo de cada uno de estos atributos, en BRIONES JURADO, C. y SANCHO GARGALLO, I., «El juicio sucesorio», *cit.*, págs. 118 y 119.

⁵³ Para un estudio específico, se remite al lector a MEZUITA DEL CACHO, J. L. y MEZUITA GARCÍA-GRANERO, E., «La herencia en administración», en *Instituciones de Derecho privado*, Tomo V, *Sucesiones*, vol. 2º, Títulos sucesorios. Fase dinámica del fenómeno sucesorio. Ineficacia de las disposiciones sucesorias, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2013.

⁵⁴ Para un estudio específico, se remite al lector a JAREÑO GONZÁLEZ, «Adquisiciones hereditarias y Registro de la propiedad», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Derecho de sucesiones, CGPJ, Madrid, 1995.

⁵⁵ *Vid.*, en este sentido, GIMENO SENDRA, V., «Derecho procesal civil. II. Los procesos especiales», *op cit.*, pág. 378.

⁵⁶ *Vid.*, STS de 7 de mayo de 1990.

⁵⁷ *Vid.*, AAP de Huelva, de 24 de junio de 1994.

⁵⁸ Como la herencia yacente no puede ser personificada, a los efectos de ser llamada a un proceso, es la razón por la que se interpela a quienes resulten ser herederos o se crean con derecho a la herencia del causante; es decir, a la masa de interesados a los que se otorga, transitoriamente, y para fines limitados una consideración unitaria; por tanto, pueden ser demandados los herederos del causante (STS de 10 de noviembre de 1981) o bien comparecerá por medio de albaceas o de administradores testamentarios o judiciales (STS de 13 de marzo de 1987); a falta de nombramiento de persona o albacea facultado por el testador —artículo 901 CC— o en los supuestos de sucesión intestada, los llamados a la herencia tienen atribuida legalmente su conservación y custodia, sin que los actos de administración provisional impliquen su aceptación —artículo 999 CC—; se considera que dirigida la demanda, contra los herederos legítimos del causante, se entiende que estos actúan en el proceso, en nombre propio, pero por un interés ajeno, el de la herencia yacente (STSJ del País Vasco, de 29 de junio de 1990).

⁵⁹ *Vid.*, a este respecto, la RDGRN de 17 de marzo 1919.

⁶⁰ La STS de 13 de febrero de 2003 preceptúa que, para suplir la carencia de personalidad jurídica de la herencia yacente, podrán los llamados a la herencia comparecer en juicio en defensa de la herencia yacente en virtud de *ius delationis*; pues la representación corresponde a los coherederos que no hubieran renunciado a la sucesión (SSTS de 1 de junio de 1995 y de 11 de junio de 1998) si ni se alega ni se acredita la repudiación de la herencia, los herederos llamados a la sucesión pueden ser demandados y pueden actuar en representación y defensa de la herencia yacente (SAP de Oviedo, de 24 de junio de 2008), aunque ello se entiende, obviamente, para el caso de inexistencia de Albacea con facultades de administración.

⁶¹ *Vid.*, la STS de 12 de marzo 1987.

⁶² GUASP, J. y ARAGONESES, P., han señalado que «el administrador de los bienes, en realidad, *sustituye a las titularidades indeterminadas* que figuran en la herencia y, con tal carácter actúa en los pleitos que se promuevan o estuvieren principiados al fallecer el causante y ejercerá en dicha representación las acciones que pudieran corresponder al difunto, hasta que se haga la declaración de herederos», en «Derecho procesal civil», Tomo II, «Procesos declarativos especiales», *cit.*, pág. 248.

⁶³ *Vid.*, MONTÓN REDONDO, A., cuando señala que «por lo que se refiere al administrador se le confiere la doble función de administrar los bienes de la herencia y de representarlos, pues al integrar un patrimonio autónomo, con propia personalidad, no solo precisa mantenerse y conservarse, sino que puede actuar jurídicamente como tal, requiriéndose de alguien que actúe en su nombre», en VV.AA, «Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil», *cit.*, pág. 758.

⁶⁴ SAP de Palma de Mallorca, de 23 de septiembre de 1992.

⁶⁵ El futuro titular de los bienes de la herencia está legitimado pasivamente para ser blanco de las pretensiones existentes contra su causante, pues la masa patrimonial del caudal relicto se mantiene como complejo unitario en beneficio de ese futuro titular (SAP de Gerona, de 11 de junio de 1981).

⁶⁶ La jurisprudencia ha venido reconociendo la capacidad para ser parte de la herencia yacente desde antes de la vigente LEC de 2000. Así, la STS, de 20 de septiembre de 1982 decía que la herencia en situación de yacencia puede figurar como término subjetivo de la relación jurídico-procesal y ocupar la posición de demandada; en cuanto masa o comunidad de interesados en relación con el caudal hereditario, a la que, sin ser verdadera persona

jurídica, se otorga transitoriamente y para fines limitados una consideración unitaria, como ya decía la remota sentencia de 21 de junio de 1943, lo que conlleva la necesidad de la citación edictal de los desconocidos herederos, a no ser que la representación de aquella haya sido otorgada al albacea por el testador (art. 901 CC) o exista administrador, como acontece en los supuestos de los artículos 1020 y 1026 del CC o se haya promovido juicio sucesorio.

⁶⁷ STS de 16 de noviembre de 2007.

⁶⁸ En los supuestos de herencia yacente, al carecer la masa patrimonial de personalidad jurídica, no estaríamos, según la SAP de Badajoz, de 22 de marzo de 2010, ante un supuesto de administración, sino de sustitución.

⁶⁹ SAP de La Coruña, de 11 de noviembre de 2009.

⁷⁰ *Vid.*, en este sentido, BRIONES JURADO, C. y SANCHO GARGALLO, I., quiénes, asimismo, han señalado que «una cosa es que el administrador goce de legitimación para representar a la herencia en juicio y fuera de él, y otra muy distinta que goce de facultad para disponer de los derechos que se ventilan en dicho procedimiento», en «El juicio sucesorio», *cit.*, pág. 131.

⁷¹ *Vid.*, BRIONES JURADO, C. y SANCHO GARGALLO, I., «El juicio sucesorio», *cit.*, pág. 131.

⁷² *Vid.*, la SJ Mercantil de Oviedo (Asturias), de 19 de abril, de 2007, dónde, asimismo, se señala que «el artículo 675.I CC reza que *toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento*. Ante la falta de concreción del testador sobre el *dies ad quem* de la administración, este juzgador se inclina por entender que la misma concluye de forma automática al alcanzar la mayoría de edad los herederos (art. 322 CC), sin necesidad de esperar a la rendición de cuentas que prescribe el artículo 1720 CC en sede de mandato, pues lo contrario implicaría hacer depender de la exclusiva voluntad del administrador el fin de la administración u obligar a los herederos a interesarlo judicialmente».

⁷³ *Vid.*, la SAP de Madrid, de 3 de octubre de 2007, cuando se afirma que «según el Tribunal Supremo, el mencionado artículo 907 no dice precisamente que los albaceas deberán rendir cuentas, sino que deberán dar cuenta de su encargo a los herederos y la jurisprudencia (STS de 4 de enero 1991) tiene declarado que dicha obligación queda cumplida con la práctica de las operaciones particionales, que constituyen el medio más adecuado que los albaceas tienen de dar cuenta de su encargo (STS de 7 de enero 1942). En términos análogos se expresa la STS de 11 de abril de 1967. Criterio doctrinal autorizado justifica esa distinción diciendo que el albacea tipo no administra bienes hereditarios, ni tiene sobre ellos poder de disposición y por tanto carece de sentido exigirle una verdadera rendición de cuentas, como la que debe efectuar todo el que gestiona intereses ajenos; a menos que el causante le haya confiado como facultad especial la administración de la herencia, pues en esta hipótesis el dar cuenta del encargo significaría una verdadera rendición de cuentas (ALBÁCAR y CASTRO en *Comentarios al Código Civil*). En definitiva, como hace notar otra opinión (ALBALADEJO), básicamente no existe diferencia en la posición de los albaceas frente a los herederos —párrafo primero artículo 907— y frente al Juez —párrafo segundo—, simplemente se trata de una diversidad de contenido, solo puede haber diferencia por la clase de misión encomendada al albacea. Por consiguiente, no habrá necesidad de «rendir» cuentas, sino meramente de «darlas» cuando el albacea no ha manejado el caudal relicto ni administrado bienes, pero deberá presentar esas cuentas y justificarlas en el caso de que su cometido se haya extendido al ejercicio de actividades de administración».

⁷⁴ *Vid.*, al respecto, el AAP de Las Palmas, de 12 de marzo de 2008.

⁷⁵ *Vid.*, en este sentido, MONTÓN REDONDO, A., en VV.AA, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, págs. 757 y 758.

⁷⁶ *Vid.*, en este sentido, BRIONES JURADO, C. y SANCHO GARGALLO, I., *El juicio sucesorio*, pág. 141.

⁷⁷ *Vid.*, al respecto, el AAP de Santa Cruz de Tenerife, de 19 de marzo de 2010.

⁷⁸ *Vid.*, la SAP de Madrid, de 4 de julio de 2008, donde se advierte que «es cierto que el artículo 804 de la vigente LEC reafirmando la postura del Legislador sobre el régimen retributivo del administrador en la anterior Ley, impide tener en cuenta a tales efectos consideraciones de equidad o de adecuación a la realidad social actual, siendo significativo que se haya mantenido la fórmula imperativa y excluyente con la que se inicia el precepto

(«el administrador no tendrá derecho a otra retribución»), que en todo caso impide acudir a otro sistema de retribución que el legalmente fijado, tal y como expone el TS que en Sentencia de 26 de marzo de 2003 dice que el artículo 1.033 —y por ende el 804 de la nueva Ley— «no atiende para fijar la remuneración del administrador más que a la naturaleza de los bienes que componen el caudal administrado», pero lo que tampoco puede obviarse, es que la circunstancia de que no se hayan percibido ingresos del caudal hereditario, no que no se hayan producido, excluye el derecho del administrador a percibir su remuneración, porque el núm. 4 de dicho precepto dice que «el administrador... tendrá derecho sobre los demás ingresos en administración por conceptos diversos de los expresados en los párrafos precedentes, —cual es el presente caso—...teniendo en consideración el caudal y el trabajo de la administración», de forma que no hace depender dicho derecho del percibo de tales ingresos sino de su existencia y tiene en cuenta el trabajo del administrador. No sería lógico que la remuneración del mismo dependiera del cobro de tales ingresos, como no sería lógico hacer depender los honorarios de un profesional del éxito de su trabajo, sin que su cese le impida reclamar su justa remuneración. Ya la STS de 16 de mayo de 1989 venía a decir que acreditada una situación de administración, deben producirse los efectos prevenidos en el número 4.º del artículo 1.033 de la LEC (hoy art. 804 de la nueva), pues este precepto no lo supedita a una situación de extinción, sino simplemente a la del ejercicio de la actividad de administrador».

⁷⁹ El Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de marzo de 2003, establece que «lo cierto es que el artículo 1.033 no atiende para fijar la remuneración del administrador más que a la naturaleza de los bienes que componen el caudal administrado. Pretender que sean las cualidades profesionales del administrador las determinantes de la remuneración no tiene base racional».

⁸⁰ *Vid.*, AAP de Madrid, de 24 de junio de 2008.

⁸¹ *Vid.*, SAP de 16 de diciembre de 2005.

⁸² *Vid.*, en este sentido, BRIONES JURADO, C. y SANCHO GARGALLO, I., *El juicio sucesorio*, págs. 148 y 149.

⁸³ TAPIA PARREÑO, J. J., ha citado, en este sentido, entre otras, las SSTs de 14 de febrero de 1912, de 4 de junio de 1959 y de 23 de febrero de 1973, «La partición. Concepto y clases», *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho de sucesiones*, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 96.

⁸⁴ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, señalan que el obligado, imperativo e imprescindible agotamiento del proceso especial para acudir ulteriormente al ordinario correspondiente «obedece principalmente a la conveniencia de que para el juicio ordinario exista ya formada una partición, sobre la que se discuta y en relación con la cual se formulen cuestiones litigiosas, por cuánto el procedimiento ordinario sería inadecuado para, en él, efectuar la división de un patrimonio, indicando asimismo que la realización de una partición por el Juez es muy difícil, ya que este actuaría como un contador—partidor. Añade que la dificultad no se salva con la presentación, en la demanda, de un completo proyecto de partición al que se le oponga otro en la contestación, pues estos proyectos de parte no son...sino una mera orientación para un cuaderno particional que habrá de realizar el propio Juez, sin que sea admisible que, en período de prueba, lo redacten por entero unos peritos, que entonces quedarían convertidos en árbitros. El Juez, en su labor particional, habría de apreciar, no ya solo la validez jurídica de los cuadernos propuestos por los litigantes, sino su mayor conveniencia económica: tendría que hacer números, lo cual no es misión ordinaria suya», *Elementos de Derecho civil*, vol. V., *Derecho de sucesiones*, 4ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1991, pág. 154. Esta cita ha sido extraída del estudio de TAPIA PARREÑO, J. J., «La partición. Concepto y clases», nota al pie 211, *cit.*, pág. 96.

⁸⁵ Para un análisis más amplio y detallado de esta reforma, se remite al lector a CALAZA LÓPEZ, S., «La división judicial de la herencia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 740, Madrid, 2013.

1.7. Concursal Civil

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

The fresh start introduced into the Spanish legal system by Law 14/2013 of 27 September, on support for entrepreneurs and their internationalization

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En el presente artículo la autora analiza la reforma introducida en la Ley concursal por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, Ley que trae su origen del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010. Este Auto ha sido seguido por otras resoluciones judiciales, que incluso aplican retroactivamente el mecanismo exoneratorio de deudas introducido por la citada ley en el artículo 178.2 LC. La juventud de esta norma impide que exista todavía una jurisprudencia consolidada que precise muchos extremos dudosos que se plantean en su interpretación. De ahí que se recurra al análisis de la más reciente doctrina producida en torno a la norma y particularmente del documento «Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales», haciendo un comentario crítico y razonado del mismo. El artículo analiza los presupuestos subjetivo, objetivos y formales para la aplicación del “*fresh start*” y las consecuencias que tiene la exoneración *ex lege* de deudas, haciendo también un comentario crítico de las escasas resoluciones judiciales que aplican retroactivamente el “*fresh start*”.

ABSTRACT: In this article, the author examines the reform of the Insolvency Law with the passage of Law 14/2013 of 27 September, on support for entrepreneurs and their internationalization, which originates from the Order of Commercial Court no. 3 of Barcelona, of 26 October 2010. This Order has been followed by other judicial rulings, which have even gone so far as to retroactively apply the mechanism for the write-off of debts introduced by this Law into artículo 178.2 of the Insolvency Law. The newness of this rule means that as yet there is no consolidated caselaw to clarify many of the uncertainties that arise with regard to its interpretation. As such, there follows an examination of the most recent learned opinion generated in connection with this rule, and in particular the document ‘Conclusions of the meeting of the commercial judges of Madrid concerning the criteria for the application of the reform introduced by the Law on Support for Entrepreneurs, with regard to insolvency matters’, with a critical and reasoned commentary on this document. The article examines the subjective, objective, and formal premises for the application of the *fresh start* and the consequences that the *ex lege* write-off of debts has, also providing a critical commentary on the small number of judicial decisions that have applied the *fresh start* retroactively.

PALABRAS CLAVE: Sobreendeudamiento. Consumidor. Emprendedor. *fresh start*

KEYWORDS: *Excess borrowing. Consumer. Entrepreneur. fresh start*

SUMARIO: I.— INTRODUCCIÓN.—II. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL *FRESH START* REGULADO EN EL ARTÍCULO 178.2 LC. 1. PRESUPUESTO SUBJETIVO. 2. PRESUPUESTOS OBJETIVOS. 3. PRESUPUESTOS FORMALES.—III. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL *FRESH START*.—IV. APLICACIÓN RETROACTIVA DEL *FRESH START* POR LA JURISPRUDENCIA.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN¹

En fechas relativamente recientes (29 de septiembre de 2013), entró en vigor la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Dicha Ley introduce una serie de reformas en el ordenamiento jurídico español que afectan al ámbito concursal. Concretamente, la figura del *Emprendedor de Responsabilidad Limitada* (arts. 7 a 11 y 14), el *acuerdo preconcursal extrajudicial de pagos* (art. 21, que añade un Título X a la Ley Concursal, artículos 231 a 242, y una nueva Disposición adicional séptima, sobre el tratamiento de los créditos de derecho público en el acuerdo extrajudicial de pagos y una Disposición adicional octava sobre remuneración de los mediadores concursales y que también modifica los artículos 3.1, 5 bis. 1, 3 y 4, 15.3, 71.6.2.º, 178.2, y 198.1 de la LC) y *finalmente, en el artículo 178.2 LC modificado, la figura del fresh start o segunda oportunidad*. Esta figura estaba presente en otros ordenamientos jurídicos europeos y en el Derecho norteamericano y había sido acogida, de manera condicionada y por vía interpretativa, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010^{2, 3}.

Inicialmente el texto del artículo 178.2 y 3 (referente a los efectos de la conclusión del concurso) señalaba: «2. En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. 3. En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica, la resolución judicial que la declare acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme⁴».

Posteriormente, con motivo de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, dicho precepto quedó redactado del siguiente modo: «2. En los casos de conclusión del concurso por *liquidación o insuficiencia de masa activa*⁵, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. *Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme*. 3. La resolución judicial que declare la conclusión del concurso *por liquidación o por insuficiencia de la*

masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme».

Finalmente, tras la reforma operada por la Ley 14/2013, el artículo 178.2 señala: «2. La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural *por liquidación de la masa activa* declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del CP ⁶ o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concursado y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados». Es con esta nueva redacción que se incorpora en el ordenamiento jurídico español la figura del *fresh start* o segunda oportunidad para el deudor persona natural concursado.

Es relevante para el estudio de esta materia el artículo 231 LC, introducido por la Ley 14/2013⁷, así como la regulación general relativa al acuerdo extrajudicial de pagos⁸.

II. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL *FRESH START* REGULADO EN EL ARTÍCULO 178.2 LC

1. PRESUPUESTO SUBJETIVO

La primera cuestión que se plantea es a qué deudores prevé la ley que se aplique la remisión de las deudas pendientes tras la liquidación concursal. La Ley 14/2013 habría introducido dos sistemas de *fresh start* diferentes, uno aplicable a todo deudor persona natural (sea consumidor o empresario), artículo 178.2 en su primera parte, y otro más amplio, artículo 178.2 *in fine* aplicable a los empresarios personas físicas (pero no a los consumidores). Esto sería así porque *para la aplicación del fresh start amplio, sería preciso que el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, y la celebración de este estaría reservada a las personas indicadas en el artículo 231.1 párrafos primero y segundo, siendo excluido el consumidor*^{9, 10}.

Sentado lo anterior hay que determinar qué se entiende por intentar sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos. Los jueces de lo mercantil de Madrid, por unanimidad, consideran que se trata de expediente que termina sin acuerdo, o cuyo acuerdo es impugnado. No sería el caso, si el Notario o el Registrador Mercantil hubieran rechazado de plano la solicitud (art. 232.3 LC)¹¹ o bien el deudor hubiera incumplido el acuerdo logrado, salvo, en este último caso, cuando se acreditase que tal incumplimiento no es imputable al deudor¹². Por otro lado, consideran que la remisión de deudas del artículo 178.2 LC opera exclusivamente para personas naturales, por lo que, si bien es cierto que personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que cumplan las condiciones del artículo 231.2 LC, salvo que se trate de entidades aseguradoras y reaseguradoras (art. 231.5.3.º LC), pueden solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos, caso de abrirse para ellas concurso consecutivo y concluir por liquidación, se regirían por el artículo 178.3 LC. Ahora bien, si el deudor persona física fuese empresario y no intentase el

acuerdo extrajudicial de pagos, se le aplicaría el *fresh start* restringido del artículo 178.2, primera parte.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 242 LC, como el concurso que concluye tras liquidación, en el caso de haber intentado el deudor sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos, es un concurso consecutivo (art. 242.1 LC), *se exceptúa de la liberación de deudas, a las deudas de Derecho público que no hayan quedado satisfechas mediante el pago de los créditos concursales privilegiados*¹³. Rigiendo, pues, respecto de tales deudas el artículo 1911 CC. Parecería que el legislador ha dado un tratamiento jurídico distinto a las deudas de Derecho público, «dependiendo de que se aplique *el régimen de exoneración de deudas no precedido de un acuerdo extrajudicial de pagos*, en cuyo caso dichas deudas (si derivan de créditos ordinarios o subordinados) quedan remitidas o extinguidas (ex art. 178.2 LC [primera parte]), o *el de la exoneración de deudas en el seno de un concurso consecutivo precedido de un intento de lograr un acuerdo extrajudicial de pagos*, en cuyo caso esta clase de deudas quedan al margen de la exoneración (ex art. 242 y Disp. Adic. 7.^a LC)» (cva. ntra.)¹⁴. La misma opinión sustentan por unanimidad los Jueces de lo Mercantil de Madrid¹⁵. Sin embargo, esta posición es discutible. En la medida en que el “*fresh start*” *excepciona el artículo 1911 CC, y en la medida en que la Ley 14/2013 da un tratamiento especial a los créditos de Derecho Público, una interpretación finalista de aquella norma y restrictiva del artículo 178.2 primera parte, parece imponerse, de manera que la excepción a la excepción (los créditos de Derecho público no son remitidos) se imponga también a todo deudor persona natural, y no solo al deudor empresario, pues no tendría sentido considerar que el ciudadano no empresario es de mejor condición frente al fisco que el empresario. Si los créditos de Derecho Público merecen particular protección lo son por su naturaleza objetiva y no por la condición subjetiva del deudor que debe abonarlos*¹⁶.

2. PRESUPUESTOS OBJETIVOS

La Ley exige para la aplicación de ambos *fresh start* que el concurso concluya por liquidación, no haya sido declarado culpable, ni el deudor haya sido condenado por el delito tipificado en el artículo 260 CP o por otro singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido pagados todos los créditos contra la masa (art. 84 LC), todos los créditos privilegiados (arts. 90 y 91 LC) y el 25% de los créditos concursales ordinarios, exigencia esta que no se aplica en el caso del *fresh start* amplio, que se conceptúa precisamente así, por suponer la remisión de *todos* los créditos ordinarios y subordinados.

El primero de los presupuestos objetivos excluye la remisión de deudas en caso de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa (art. 176.1.3.º y 176 bis LC).

Una segunda cuestión que plantean estos requisitos es la de determinar si en el caso de créditos privilegiados especiales, la ley exige abonar la totalidad del crédito al que la ley anuda el privilegio especial (p.e., el total crédito garantizado con la hipoteca) o solo la parte de crédito que puede satisfacerse con el valor de realización del bien dado en garantía. Los Jueces de lo Mercantil de Madrid consideran que «de acuerdo con las normas generales concursales para el pago de dichos créditos, artículo 157.2 LC, el resto del crédito no cubierto por el valor del bien pasa a recibir el tratamiento de crédito ordinario. Por tanto, para gozar de la exoneración, bastará con la satisfacción del crédito hasta la cuantía cubierta

por el bien sobre el que recae dicha garantía. El resto del crédito, ya como ordinario, será tratado como dispone el artículo 178.2 LC, en orden a determinar si se debe aplicar la exoneración de pasivo o no¹⁷.

Otra cuestión se referiría a la interpretación de la expresión «delitos singularmente relacionados con el concurso». Aquí surge la duda de si el legislador se refiere a delitos cuyo bien jurídico protegido esté relacionado de algún modo con los concursos de acreedores, según su tipificación legal, o a delitos especialmente relacionados con el concurso concreto que se tramita. La mayoría de los Jueces Mercantiles de Madrid opta por esta segunda alternativa, pero indican que no será preciso que el delito esté tipificado dentro de los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, sino que bastaría que por su contenido antijurídico quedase relacionado con la concreta insolvencia tramitada en el concurso (v.gr. delitos contra las relaciones familiares, por impago de pensiones y alimentos)¹⁸. Desde mi punto de vista, cualquier delito, específicamente relacionado con el concurso de que se trata, o relacionado de algún modo con los concursos de acreedores, según su tipificación legal, impediría la aplicación de este beneficio, que se cifra como un privilegio que el legislador concede a ciudadanos, particularmente honrados en la llevanza de su vida patrimonial, pero infortunados. De manera que si en el momento de decidirse sobre la exoneración del pasivo se estuviera incluso instruyendo o juzgando al deudor concursado por uno de esos delitos, debería otorgarse una exoneración *condicionada* al archivo de la causa penal, o a la sentencia absolutoria, en la medida en que la incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de este, *ni por lo tanto, suspendería su conclusión hasta el pronunciamiento de la sentencia penal* (art. 189.1 LC).

Finalmente, en lo relativo a que el concurso no haya sido declarado culpable sino fortuito, se ha señalado que «llama la atención la solución acogida por el legislador español por sus diferencias con la que proporciona el Derecho comparado en la materia. Y es que la exigencia de que el concurso no haya sido declarado culpable sino fortuito no puede equipararse al denominado *test de discharge* presente en otros ordenamientos, *por cuanto que la calificación fortuita del concurso no equivale a la concurrencia de buena fe en el deudor*. En rigor, en la sección de calificación lo que se analiza es únicamente en qué medida el deudor ha contribuido con dolo o culpa grave a la generación o el agravamiento de la insolvencia. Pero una cosa es esto y otra bien distinta acreditar que el concursado ha procedido de buena fe ante la aparición en su vida de circunstancias extraordinarias (paro, enfermedad, etc.) que justifiquen mitigar el alcance y la intensidad del principio de responsabilidad patrimonial universal. Además la solución española se distancia también de otras como la alemana, que establecen controles *a posteriori*, a través de la fijación de un período de prueba a lo largo del cual el deudor habrá de demostrar que su comportamiento es en todo momento honesto y conforme con la buena fe» (cva. ntra.)¹⁹. Entre otros requisitos, para calificar el concurso como fortuito se encuentra, según el artículo 165 LC, la presentación en plazo del concurso.

3. PRESUPUESTOS FORMALES

Verificado el cumplimiento de los presupuestos subjetivos y objetivos, la LC permite que la resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa le remita (o imponga

forzosamente a los acreedores la condonación) del 75 % (*fresh start* restringido) o del 100 % (*fresh start* amplio) del pasivo ordinario y la totalidad del pasivo subordinado. Ello tiene el efecto de que si en el futuro el concursado llega a adquirir nuevos bienes (bienes futuros) estos no se destinarán al pago de tales créditos (como exigiría el art. 1911 CC), pues han sido extinguidos, sino que se emplearán en celebrar contratos de consumo o en el inicio de una nueva actividad empresarial²⁰. Con esta regulación el deudor que actúe conforme a las previsiones de la legislación vigente podrá seguir operando en el tráfico jurídico sin que se produzcan así situaciones de economía sumergida o el recurso a testaferros para el desarrollo de una actividad (opaca a los acreedores)²¹.

En este punto es importante determinar quién, y a través de qué cauces debe verificar el cumplimiento de los presupuestos subjetivos y objetivos. Los Jueces de lo Mercantil de Madrid han señalado que «no se ha previsto de forma especial en la reforma. Se ha de entender que como la exoneración es un efecto de la conclusión del concurso, el informe de la administración concursal donde esta inste la conclusión del mismo, deberá razonar y exponer lo pertinente sobre la exoneración de pasivo, y contener una propuesta de pronunciamiento al respecto. En cuanto al requisito de la condena penal, no rehabilitada, el Juzgado de oficio incorporará al concurso el certificado de antecedentes penales. De la petición de la administración concursal, tanto de la conclusión del concurso como de si debe o no proceder la exoneración de pasivo, se dará a los personados el traslado previsto en el artículo 152.3 LC, que podrán oponerse a ello, con la subsiguiente tramitación de incidente concursal, donde en su caso, se discutirá conjuntamente las cuestiones relativas a la conclusión del concurso y a la exoneración de pasivo. En cuanto a la exoneración podrán oponerse los acreedores a su aplicación, o el propio deudor a su no aplicación, con las justificaciones precisas sobre la ausencia o presencia de los requisitos previstos en la norma»²².

III. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL *FRESH START*

La aplicación del *fresh start* conlleva la exoneración del pago de una serie de créditos (los ordinarios en su totalidad o en un 75 % y los subordinados). La profesora CUENA CASAS considera «un grave error de planteamiento... haber determinado los créditos no exonerables en función de su clasificación en el concurso. Los criterios de la clasificación de un crédito como subordinado o privilegiado se sustentan en razones que *sirviendo para determinada finalidad, pueden no ser aptos para justificar una exoneración de deudas...*». «En la mayoría de los países que acogen el *fresh start*, se excluyen determinadas deudas de la exoneración, singularmente las obligaciones indemnizatorias derivadas de la responsabilidad civil o las deudas de alimentos. En España, las multas penales tienen la consideración de crédito subordinado (art. 92.4.º LC) y serían exonerables y como ya advirtiera el CGPJ en su informe al Anteproyecto, «la remisión de la deuda que recoge el artículo 178.2 LC supondría la eliminación de la pena de multa, al margen de las causas de extinción de las penas que contempla el Código Penal que, por otra parte, es una ley orgánica [Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización, pág. 21²³ www.poderjudicial.es]²⁴». De ahí que la mayoría de los países eliminen expresamente de la exoneración las multas penales, cosa que aquí tampoco ha sucedido. *Determinar las deudas no exonerables en función de su clasificación en el concurso conduce a situaciones lamentables como las descritas*»²⁵.

Concedido el *fresh start* o remisión del pasivo insatisfecho tras la liquidación, en los términos del artículo 178.2.º LC, los acreedores han de soportar esta condonación *ex lege* o forzosa, en la que no se cuenta con su voluntad (a diferencia de lo que ocurre en el acuerdo extrajudicial de pagos o en el convenio que se alcanza en el seno del concurso de acreedores), de modo que vienen a padecer una suerte de expropiación de su crédito sin compensación alguna, lo que presenta numerosos inconvenientes de los que ya advertimos en JIMÉNEZ PARÍS, 2013, (1), al socializar las deudas, pues en definitiva la insolvencia del deudor se hace repercutir sobre el conjunto de la sociedad, en especial, otras personas físicas y pequeñas y medianas empresas (pues la gran empresa, financiera o de otra clase, repercutirá sus pérdidas fácilmente en su comercialización de bienes y servicios). Como la remisión o condonación forzosa extingue los créditos a que afecte, no podrán ejercitarse tras el archivo del concurso, acciones individuales derivadas de tales créditos extinguidos. Por otro lado, aun cuando tuviere lugar una declaración de concurso de deudor persona natural, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por liquidación y con otorgamiento de *fresh start*, el nuevo concurso no tendrá la consideración de reapertura del anterior (pues este se cerró definitivamente) y se referirá exclusivamente a nuevos acreedores y bienes adquiridos tras la conclusión del concurso anterior, a salvo la aparición de bienes que *en fecha anterior a la conclusión del primer concurso, debieron formar parte de aquel, por pertenecer en tal fecha al deudor y deber haber formado parte de su masa activa*. Así por ejemplo, si se tiene noticia de una herencia deferida a favor del concursado en fecha anterior a la conclusión del primer concurso. En este sentido, los magistrados de lo Mercantil de Madrid han indicado que «tales bienes eran del patrimonio del deudor al momento de la conclusión del concurso, y debieron estar integrados formalmente en el concurso. Por ello, ha de procederse a la reapertura del mismo para su realización. Al reabrir el concurso, para la liquidación de esos bienes, y respecto de ellos, los acreedores afectados por la exoneración deben encontrarse en la situación patrimonial de la que gozaban antes de la conclusión, por lo que a dicho reparto del bien realizado concurrirán como si no hubiera existido exoneración. Una vez terminado ello, volverá a operar entonces la exoneración». Pero aun así, aunque haya reapertura del concurso, parece que no podrá procederse en cuanto a la lista de acreedores a indicar la cuantía actual de los créditos insatisfechos y demás modificaciones acaecidas en cuanto a los mismos, como señala el artículo 180 LC, pues tales créditos se extinguieron por resolución de fecha anterior que puso fin al primer concurso, y solo «reviven» *tal y como se encontraban en dicha fecha, a efectos de hacerse valer sobre bienes que en su día formaban formalmente parte de la masa activa, aunque no materialmente*. La reapertura del concurso, pues, tras una concesión de *fresh start*, solo es una reapertura limitada a los meros efectos expresados. Los titulares de los créditos extinguidos por la exoneración ya no tienen legitimación, sobre la base de dichos créditos, para instar una declaración de nuevo concurso del deudor (art. 3 en relación con el art. 179 LC), a salvo la reapertura de efectos limitados explicada.

Un importante problema a dilucidar es el tratamiento de los fiadores y avalistas en caso de concesión de *fresh start* al deudor principal, lo que puede plantear importantes problemas de justicia material²⁶. En el documento «Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a los emprendedores, sobre cuestiones concursales (11 de octubre de 2013)», se aborda esta cuestión, una de las más discutidas, mostrando dos posturas. Según una primera postura, «al tratarse la exoneración

de un efecto *ex lege*, imperativo, cuando concurren los requisitos para su aplicación, no de una concesión o pacto voluntario, ni aun extensivo (*v.gr.*, el convenio, lo que justifica ese diferente trato) entre acreedor y deudor, y cuyo efecto es la extinción del débito, la obligación del fiador u obligados solidarios aparece remitida en el mismo sentido. Además esta conclusión deriva de (i). la esencial naturaleza accesoria de la fianza respecto del crédito garantizado, (ii). no hay modificación convencional del débito, como ocurre en el artículo 135 LC²⁷, sino un efecto *ex lege* que dispone la remisión misma de las deudas; (iii). la disposición del artículo 1853 CC señala que el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que sean inherentes a la deuda, es decir, las que con carácter objetivo afecten al débito, y este resulta remitido por imperativo legal, (iv). el artículo 1847 CC dispone que la fianza se extingue al mismo tiempo que el débito del deudor fiado y por las mismas causas que las demás obligaciones, entre ellas, lógicamente la previsión legal del artículo 178.2 LC; (v). siempre es una opción de política legislativa introducir una salvedad a la exoneración respecto a los fiadores, como hace el Derecho comparado, pero si el legislador no realiza dicha opción, jurídicamente no queda otra posibilidad que aplicar las reglas generales del Derecho, que conducen a la solución apuntada». En contra de lo anterior, la segunda postura analizada por los Jueces de lo mercantil señala que «no parece que aquí sea de aplicación la teoría general de las obligaciones, sino que lo más parecido sería el caso del artículo 135 LC en cuanto al mantenimiento de las acciones para el acreedor que no vota el convenio respecto de fiadores o avalistas. La finalidad de la exoneración de deudas no es extinguir la obligación sino liberar a un deudor concreto en atención a sus especiales circunstancias para recuperarlo para la vida económica, pero si hay otra persona que puede o debe cumplir la obligación el acreedor podrá dirigirse contra él, esto mismo se prevé para los acuerdos extrajudiciales (art. 240 LC)²⁸ y es la regla general del derecho comparado. Otra cosa es que en vía de regreso sí que pueda oponer el deudor concursado la remisión de la deuda ya que la norma no quiere hacer de mejor condición al fiador que al acreedor principal».

En vista de los argumentos esgrimidos por una y otra posición, me decanto por la primera. El supuesto de exoneración del pasivo insatisfecho no es comparable a las quitas concedidas en convenio concursal o en el acuerdo extrajudicial de pagos, en la medida en que si bien en tales casos quedan vigentes las acciones contra fiadores y obligados solidarios, estos sujetos, *en caso de pago al acreedor, cuentan con una vía de regreso, en el caso del fiador, o unas relaciones internas entre obligados solidarios, en la medida en que «el contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos», pero no vincula a fiadores y obligados solidarios*. Por lo tanto, siempre el fiador o el obligado solidario tendrá la posibilidad de ejercitar acciones personales (fuera del concurso) frente al deudor principal que cumplió con el convenio o (dentro del propio concurso) incluso si no cumplió²⁹. Pero en el caso de la remisión de deudas, la vía de regreso estaría cerrada para el fiador, de modo que la deuda habría sido pagada en realidad por un tercero, lo que es ajeno a la esencia de la fianza y a la naturaleza del vínculo obligatorio. Podría pensarse que si la fianza es solidaria, de acuerdo con la jurisprudencia, como apuntan los magistrados de lo Mercantil de Madrid, se equipara *de facto* a la constitución de un vínculo de solidaridad obligacional, por lo que la exoneración de uno de los deudores no debería favorecer a los demás obligados solidarios. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1143 CC «la novación, compensación, confusión o *remisión*

de la deuda hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1146 CC. El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación». Queda claro, pues, que en el régimen jurídico de las obligaciones solidarias la remisión de la deuda hecha a cualquier codeudor solidario extingue la obligación (para todos los deudores solidarios), lo que también es predicable en el caso de la remisión *ex lege*, que surge así como nueva forma de extinción de las obligaciones. No se trata de que otra persona pueda cumplir la obligación, sino de que la identidad en el pago exigiría también que este en definitiva recayera exclusivamente sobre el sujeto pasivo del vínculo obligacional. En efecto, si bien el artículo 1158 del CC señala que «puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor», señala a continuación que «el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso solo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago». De este precepto legal, se deduciría, pues, que aunque sea posible el pago de la obligación principal por persona distinta del sujeto pasivo, si que económicamente tal pago debe terminar recayendo en el deudor, salvo caso de que se hubiese pagado en contra de su voluntad (por ejemplo, porque él podía oponer al acreedor la excepción de compensación y en tal sentido no le interesaba que un tercero realizase el pago). Aun así, si en algo fue útil el pago al deudor, ello puede ser repetido por el tercero frente a él (por ejemplo, la parte de crédito no compensable, siguiendo con el ejemplo anterior). Otra manifestación de que el principio de identidad del pago se extendería también al sujeto sobre el que este debe repercutir, se desprendería del artículo 1161 CC, según el cual, «en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

Por otro lado, si en caso de existir una hipoteca constituida por un tercero sobre sus bienes propios a favor de una deuda ajena, exonerada por aplicación del artículo 178.2 LC, la remisión legal del débito ajeno implicaría la desaparición de la garantía prestada al desaparecer la obligación principal, careciendo ya la garantía real de justificación, la misma solución debería aplicarse en el caso de la fianza y en el caso de la deuda solidaria (pues tanto la fianza como el vínculo solidario constituyen, en definitiva, una *garantía* adicional para el acreedor que ve vinculados dos o más patrimonios personales a la satisfacción íntegra del débito).

Si al deudor no se le hubiera concedido la exoneración del pasivo, por no concurrir los presupuestos para ello, la cuestión que se plantea es si cabrán acciones individuales de los acreedores, en el supuesto de adquisición futura de bienes, pues el artículo 178.2 LC ya no habla de que «en los casos de conclusión del concurso por *liquidación o insuficiencia de masa activa*, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme» (redacción dada por la Ley 38/2011). A estos efectos, los Jueces mercantiles de Madrid, por mayoría, consideran que la finalidad de la reforma no es impedir el ejercicio de las acciones individuales por la mera circunstancia de decaer aquellas referencias en el texto de la nueva norma. «Por lo tanto, venido el deudor a mejor fortuna, conforme a las reglas generales de Derecho (art. 1911 CC, art. 60

LC), se debe entender posible que por los acreedores insatisfechos puedan en el futuro ejercitarse acciones individuales contra el deudor». Ahora bien, si se tratase de constancia de bienes ya pertenecientes al deudor durante el concurso, pero no conocidos ni incluidos en la masa activa de dicho concurso, procederá la reapertura de dicho concurso, y no el ejercicio de acciones individuales³⁰.

Otro problema que puede plantearse, y que han apuntado los Jueces de lo Mercantil de Madrid, es que pueda optarse por la conclusión anticipada del concurso por falta de masa activa (art. 176 bis LC), pero durante la realización de los bienes, se obtuviese inesperadamente un mayor producto de su enajenación, que permitiese alcanzar la cobertura de pasivo exigida en el artículo 178.2 LC para la exoneración. «En tales casos, aun no tratándose de la vía de conclusión al término de la liquidación, artículo 152 LC, a la que se refiere el artículo 178.2 LC, sino del cauce del artículo 176 bis, también sería aplicable esta institución de exoneración de pasivo insatisfecho, siempre que se den los requisitos materiales del artículo 178.2 LC para obtenerla»³¹. La cuestión es si en este caso, debe abrirse previamente la sección de calificación, dado que el artículo 178.2 LC indica que la exoneración procederá *«siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable»*. No bastaría, pues, como señala el artículo 176 bis.3, que una vez distribuida la masa activa, la administración concursal presentase al juez del concurso un informe justificativo que afirmase y razonase inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable. La exoneración de deudas, parece que exigiría mayores garantías, en cuanto a la comprobación de la conducta del deudor, a diferencia de una mera conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, que deja en vigor todos los créditos insatisfechos y las acciones derivadas de los mismos.

Aplicada una exoneración de deudas tras la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, de acuerdo con el artículo 179.3 LC podría ocurrir que en el año siguiente a la fecha de la resolución de conclusión de concurso, los acreedores solicitasen la reapertura del concurso con la finalidad de ejercitar acciones de reintegración, o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación del concurso como culpable. Según los magistrados de lo Mercantil de Madrid, «el caso de la reintegración se equipararía al ya antes señalado de aparición de nuevos bienes, a cuya liquidación concurrirían los acreedores que sufrieron la exoneración como si la misma no hubiera tenido lugar; *ya que eran bienes que de Derecho deberían haberse integrado en la masa activa antes de acordar la exoneración del pasivo restante*. Tras esa liquidación de esos bienes ganados por reintegración, se aplicaría de nuevo la exoneración del pasivo finalmente insatisfecho». En cuanto al segundo supuesto (aportación de hechos relevantes que pudieran conducir a una calificación de concurso culpable), parte de la consideración de que no habrá sido necesario abrir la sección de calificación para aplicar la exoneración de deudas en el caso del artículo 176 bis, cuestión de la que discrepamos. Por ello indican que «de obtenerse una declaración de concurso culpable, *fundada en hechos que debieron tenerse en cuenta antes de la conclusión de aquel concurso, pero que han sido ahora revelados por los acreedores, determinaría que el deudor no debió nunca favorecerse de la exoneración. En tal supuesto, la exoneración se dejará definitivamente sin efecto, y los créditos sometidos a ella quedarán rehabilitados*».

IV. APLICACIÓN RETROACTIVA DEL *FRESH START* POR LA JURISPRUDENCIA

El Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, en sentencia de 22 de enero de 2014, acuerda la conclusión del concurso de dos personas físicas con

liberación de todo el pasivo pendiente tras la liquidación. La administración concursal puso de manifiesto las operaciones llevadas a cabo en la liquidación, mediante las cuales se había adjudicado a los acreedores privilegiados las fincas propiedad de los concursados por mitades indivisas resultando satisfechos los créditos contra la masa y prácticamente el 50 % de los créditos privilegiados (aplicando el importe de la adjudicación). Igualmente puso de manifiesto que no existían acciones de reintegración viables y que habían sido archivadas las respectivas piezas de calificación, por haber solicitado tanto la Administración concursal como el Ministerio Fiscal que los concursos fueran declarados fortuitos. Por todo ello, la Administración concursal solicitó que se declarase la extinción de los créditos que subsistiesen tras la liquidación. El Juzgado señala que, si bien la Disposición Transitoria de la Ley 14/2013 prevé que los concursos *declarados antes de la fecha de entrada en vigor [19 de octubre de 2013] —en cuanto a las normas establecidas en el Capítulo V del Título I— seguirán rigiéndose hasta su terminación por la normativa concursal anterior a esta Ley, tal Ley serviría como interpretación de cuándo debe considerarse que el deudor ha hecho todo el esfuerzo económico posible para considerar canceladas sus deudas y evitar así una indefinida reapertura del concurso. A estos efectos el Juzgado cita el AJM núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010 (cuya resolución, sin embargo, no comparte plenamente). Cfr.: JIMÉNEZ PARÍS, 2012). Igualmente, cita el AJM núm. 10 de Barcelona de 13 de febrero de 2013, según el cual:*

«Adicionalmente y como ha quedado indicado, nos encontramos, en definitiva, ante una situación que la doctrina viene a llamar de «sobreendeudamiento pasivo», en la cual el consumidor actúa responsablemente, pero se ve desbordado por contingencias inesperadas e imprevisibles, habiendo actuado siempre con buena fe, por lo que el Ordenamiento Jurídico no puede penalizar, a los que han solicitado su amparo a través, en este caso, del mecanismo del concurso de acreedores.

Dicha protección es un imperativo constitucional, ya que el artículo 51 de la Carta Magna impone a los poderes públicos el mandato de garantizar la defensa de los consumidores, protegiendo sus intereses económicos mediante procedimientos eficaces.

Además, es sabido que en el Derecho Comparado más avanzado se regulan mecanismos de exención del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso. Es paradigmático, en este sentido, el modelo norteamericano que, a pesar de las correcciones, sigue concediendo el *discharge* al consumidor de buena fe que cumple determinados requisitos, a fin de darle una *second chance o fresh start*. El derecho francés abordó la cuestión hace muchas décadas, haciendo hincapié en mecanismos preventivos de sobreendeudamiento. El Derecho alemán y el Derecho portugués también regulan la liberación de deudas, exigiendo al consumidor, además del cumplimiento de requisitos previos, que se tengan en cuenta otros posteriores, para evitar los llamados planes cero o comportamientos irresponsables con efecto llamada. El Derecho italiano, finalmente, también se ha incorporado recientemente a esta tendencia.

Debemos citar también la guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de UNCITRAL [Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional] de 25 de junio de 2004, que recomienda incorporar a las distintas legislaciones concursales el mecanismo de la *discharge* anglosajona, a fin de “incentivar las solicitudes de procedimientos concursales, al menos voluntarios, y favorecer la recuperación patrimonial del deudor una vez concluido el procedimiento” (capítulo VI A Exoneración).

Dicha necesidad de protección del consumidor ha encontrado también eco en la mejor doctrina española, la cual solicita incorporar al Derecho concursal español mecanismos de liberación de deudas...

Si bien la actual Ley Concursal no prevé explícitamente mecanismos de exoneración del pasivo, dejando formalmente inalterado el principio de responsabilidad universal por deudas del artículo 1911 CC, de acuerdo con el artículo 178.2 LC, es evidente que es necesario dar “un paso más” en este aspecto.

Así, el hecho de que la LC no habilite mecanismos de liberación de deudas para los consumidores no implica que los prohíba tajantemente, si partimos de una interpretación flexible de la misma. *Entiendo que dichos mecanismos son posibles, caso por caso, a la vista de las amplias facultades que la Ley concede al juez del concurso*».

Partiendo de estas premisas, «teniendo en cuenta la vocación del concurso de persona física y el intento en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, de prever una salida a la persona física que haya presentado el concurso y realizado todo el sacrificio patrimonial posible, en atención a las resoluciones dictadas en otros Juzgados de esta ciudad en supuestos de persona física» el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, en la resolución que comentamos, pasa a examinar si se encuentra ante un supuesto que merezca una remisión total o parcial de las deudas pendientes.

En el presente caso se han satisfecho 383.251 euros de crédito con privilegio especial y la suma de 70.546,06 euros en concepto de créditos contra la masa. Según consta en autos D. Victoriano tiene un salario variable de 1500 a 1600 euros y D^a Eugenia un subsidio de 416,98 euros, de los que 1.200 euros se han destinado a alimentos lo que determina que cada uno de ellos, una vez concluidas las operaciones de liquidación, no dispongan de otros activos realizables. La Administración concursal ha cumplido con los requisitos del artículo 176.4 LC en cuanto a la información al juzgado respecto de posibles acciones de reintegración —que descarta—, el concurso se calificó como fortuito, y dado traslado a los acreedores personados no consta oposición a la conclusión del concurso.

«Pues bien, habiéndose realizado por la unidad familiar todo el sacrificio patrimonial realizable, siendo el resultado de la liquidación económica el pago de los créditos contra la masa y casi la mitad de los créditos privilegiados, debemos matizar respecto a los créditos privilegiados que las entidades bancarias con crédito privilegiado no optaron por la dación en pago —ni consecuencia del convenio propuesto ni del plan de liquidación aprobado— y se adjudicaron cada una de las entidades que ostentaban dichos créditos —a través de sus correspondientes filiales inmobiliarias— en subasta por precio muy inferior [al] ... que constaba en el inventario de bienes así como por el que fueron tasadas en su día, a saber:»

Finca A, precio de adjudicación en subasta (140.130 euros), en inventario de bienes (326.000 euros), precio de tasación (415.334 euros); en garantía (332.030,88).

Finca B, precio de remate (243.121,01 €), en inventario de bienes (446.000 euros), precio de tasación (639.000 euros), en garantía (458.974,98 euros)».

«Hay que enfatizar que de haberse optado, por las entidades crediticias, por la dación en pago, se habría satisfecho el 100 % de los créditos privilegiados».

«Pues bien, en el presente supuesto; dado que el origen del sobreendeudamiento es ajeno a la voluntad de los concursados, habiendo sido su comportamiento conforme a la buena fe y a pesar de las dificultades económicas, en fase de liquidación, los concursados, han conseguido hacer pago de parte de su pasivo en la forma que hemos señalado lo que, por otro lado, ha comportado un sacrificio indudable —ha provocado que los concursados hayan perdido todo: su

vivienda habitual y el escaso patrimonio inmobiliario adicional que poseían—; no habiéndose opuesto los acreedores afectados por la medida solicitada y teniendo en cuenta las amplias facultades reconocidas al juez del concurso, así como el merecimiento objetivo que debe reconocerse a los concursados, *la conclusión del concurso debe conllevar la liberación del 100% de las deudas pendientes de pago tras la fase de liquidación*». Esta resolución supone la aplicación del *fresh start* a supuestos no previstos por el régimen transitorio de la Ley 14/2013, pero sobre la base de los siguientes tres argumentos. El primero, la de amplitud de facultades con que la LC inviste al Juez del Concurso; el segundo, sobre la base de que una dación en pago de los inmuebles (por su valor de tasación inicial o por el valor actual con el que se les incluyó en el inventario) hubiese permitido extinguir todo el crédito privilegiado, esto es, el total crédito garantizado con las hipotecas que recaían sobre los inmuebles (pareciendo que no existen otros créditos ordinarios pendientes). Además, se cuenta con la aceptación de los acreedores, conformes en que se conceda la condonación de deudas, que realmente en este caso es voluntaria, y no *ex lege* o judicial. La resolución judicial, fue, pues correcta, pues los acreedores hipotecarios hicieron renuncia expresa al uso del artículo 157.2 LC en el seno del concurso, y por lo tanto, al uso, una vez concluido el concurso, de las ejecuciones ordinarias individuales a las que se refiere el artículo 579 LEC.

Con distinta apoyatura jurídica se pronuncia el AJM núm. 3 de Barcelona, de 2 de abril de 2014. Señala esta resolución, que de acuerdo con la Disposición Transitoria que regula el momento de aplicación de la reforma de la Ley 14/2013 (Capítulo V del Título I), el concurso del Sr. V, que se solicitó en 2009, no podría verse beneficiado por el nuevo régimen legal introducido en el artículo 178.2 LC. El deudor ha pagado el 37,70% del crédito ordinario, el crédito con privilegio general y los créditos contra la masa. No hay acreedores con privilegio especial. El único activo de que dispone el Sr. V es su sueldo de 2.171,15 euros al mes, pues el resto de su patrimonio embargable ha sido realizado. De ese sueldo, 1509,86 euros configurarían conforme a la LEC el patrimonio inembargable, por lo que serían necesarios por lo menos cinco años largos (se llevan ya tres de situación concursal) durante los cuales habría que prolongar la liquidación, para poder terminar de satisfacer el crédito pendiente ordinario, llegando prácticamente el deudor a la edad de la jubilación. Aparte de haberse superado con creces el plazo máximo de duración de la liquidación (un año con arreglo al artículo 153 de la LC), «tanto en la legislación penal como en la legislación laboral se ha permitido la aplicación, con carácter retroactivo, de aquellas disposiciones que resultan más favorables para la parte más débil en los procedimientos judiciales. En el caso de la reforma de la LC el régimen transitorio impide a los deudores acogerse a las novedades de la reforma, hay una remisión genérica a todo el capítulo V del Título I de la Ley de Emprendedores, que parece razonable respecto del nuevo título X de la LC —el acuerdo extrajudicial de pagos— pero no parece tan razonable respecto de otros preceptos ajenos al título X.

Si se da por concluido el concurso y se aprueba la rendición de cuentas que realiza el administrador concursal, el deudor, el Sr. V., se verá sometido de nuevo a las ejecuciones singulares y, como consecuencia de estas (art. 2.4.2.º LC), volverá a quedar en situación de insolvencia actual —cuando se inicien las ejecuciones—, o inminente, por ello el Sr. V podría solicitar de nuevo la declaración de concurso al día siguiente de archivar los presentes autos. *Si solicitara nueva declaración de concurso podría acogerse a los mecanismos de remisión de deudas concursales del artículo 178.2 LC, le bastaría con satisfacer un 25% del crédito ordinario... (pendiente tras el concurso anterior)*

¿Tiene sentido someter al Sr. V a un nuevo proceso concursal para que puedan aplicarse los criterios del nuevo régimen legal?; ¿ha de solicitar de nuevo el concurso asumiendo los gastos de abogado y procurador, someterse a la fase común, a la evaluación de su patrimonio para constatar que percibe un sueldo que apenas supera los 2.000 euros al mes, habilitar una fase de convenio en la que los mismos acreedores que en su día frustraron el convenio concursal tengan la oportunidad de aceptar nuevo convenio, someterle a la capituldisminución de la intervención de la administración concursal, a la asunción de los gastos de justicia como créditos contra la masa, para reencontrarnos con la misma situación dentro de unos meses y poder, entonces, aplicar el nuevo artículo 178.2 LC?

Con estos datos no parece razonable privar al deudor del derecho a ver remitidas sus deudas si ha cumplido con los umbrales del artículo 178.2 LC, si se ha constatado que su concurso no es culpable, que carece de patrimonio realizable en términos y plazos razonables, si no ha sido condenado por el delito previsto por el artículo 260 del CP o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso.

Por ello considero que el régimen transitorio de la Ley 14/2013 impide al deudor poder acudir a un acuerdo extrajudicial de pagos de los del nuevo título X de la LC, pero no impide aplicar la remisión de deudas en los términos que prevé el artículo 178.2 LC».

En vista de la argumentación expuesta el Juzgado dispone la aprobación de la rendición de cuentas presentada por la Administración concursal, ordenando la conclusión del concurso y la remisión de los créditos concursales ordinarios y subordinados pendientes de pago. En este caso, es la resolución judicial la que concede 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 de lo dispuesto en el régimen transitorio de la Ley 14/2013. Ciertamente, razones de equidad, que apunta el juzgador pueden conducir a esta solución, pero no contándose con la aprobación de los acreedores ordinarios y teniendo presentes las desventajas que ocasiona el *fresh start* y a las que hicimos alusión anteriormente, nosotros nos inclinábamos por hacer una interpretación del artículo 178.2 LC y de la Disposición Transitoria de la Ley 14/2013, en sus más estrictos términos, en términos generales, no aplicando, el artículo 178.2 LC a supuestos que no estén previstos por la norma.

V. CONCLUSIONES

1. La Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, da nueva redacción al artículo 178.2 LC, incorporando un *fresh start* o *mecanismo exoneratorio de deudas*, redacción que, en principio, no puede ser aplicada retroactivamente, dados los inconvenientes que presenta para los pequeños acreedores excepcionar el artículo 1911 CC.

2. La primera resolución judicial que habló de la condonación de deudas tras la liquidación concursal fue el AJM núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010. Este Auto ha sido seguido por otras resoluciones judiciales, alguna de las cuales aplica retroactivamente el *fresh start*.

3. En la nueva redacción del artículo 178.2 LC se incorpora a la LC un mecanismo de exoneración de las deudas pendientes tras la liquidación (no tras la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa), amplio o restringido, según que el deudor persona natural haya intentado sin éxito o no, un acuerdo extrajudicial de pagos, el cual está reservado para los emprendedores.

4. En dicho *fresh start*, han de recibir tratamiento especial las deudas de Derecho público y las multas penales, *quedando excluidas de la exoneración, ya provenga la liquidación de un concurso ordinario o consecutivo*.

5. La deuda condonada no podría ser exigida por los acreedores ni al fiador ni a otros deudores solidarios, pues lo contrario alteraría la naturaleza del vínculo jurídico obligacional, al carecer aquellos de vía de regreso o de acciones frente al deudor concursado, en las relaciones internas del vínculo solidario, quedando responsable final del pago un tercero *que no es el sujeto pasivo*, lo que afectaría incluso al principio de identidad en el pago.

6. El legislador no exige la concurrencia de buena fe en el deudor, sino simplemente que no haya sido declarado culpable el concurso y carezca de antecedentes penales por delitos relacionados con las situaciones de insolvencia. Lo cual es considerado por la doctrina como un fallo importante del sistema, convirtiendo el mecanismo exoneratorio español en el más laxo de los existentes en el entorno europeo y norteamericano.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 14 de junio de 2012
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- SAP de Barcelona (Sección 17.^a), de 22 de enero de 2014
- SJM núm. 9 de Barcelona, de 22 de enero de 2014
- AJM núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010
- AJM núm. 10 de Barcelona de 13 de febrero de 2013
- AJM núm. 3 de Barcelona, de 2 de abril de 2014.

Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G. (2014). «Crítica al régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos». *Diario La Ley*, núm. 8327, 6 de junio de 2014.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2013). «De leyes perversas y legisladores bondadosos». *El Notario del Siglo XXI*, núm. 51, págs. 6-9.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2010). «Sobreendeudamiento del consumidor: análisis del marco actual del problema y apuntes sobre su previsible reforma». En: *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*. Cizur Menor: Aranzadi (págs. 160-162).
- BRANCÓS, E. (2013). «El emprendedor de responsabilidad limitada en la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización». *El Notario del siglo XXI*, núm. 52, págs. 44-48.
- CABANAS TREJO, R. (2014). «Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos». *Diario La Ley*, núm. 8285, 3 abril 2014.
- CUENA CASAS, M. (2011). «*Fresh Start* y mercado crediticio». *InDret* [En línea], núm. 3, disponible en www.indret.com

- (2011). «“Fresh start” y mercado crediticio español y estadounidense». *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 15, págs. 565-593.
- (2012). «Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente». *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 125, págs. 289-320.
- (2012). «Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: «intentos» de regulación y ninguna solución». *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 17, págs. 97-110.
- (2013). «Son necesarios cambios en la Ley de Enjuiciamiento Civil y Concursal». *Escritura pública*, núm. 80, pág. 13.
- (2013). «¿Una segunda oportunidad para los emprendedores?» *El Notario del Siglo XXI*, núm. 52, págs. 40-43.
- (2014). «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*». *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, págs. 123-159.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2010). «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal». *Diario*, núm. 7487, 13 de octubre de 2010.
- (2012). «El *fresh start*, o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, págs. 516-557.
- (2013). «La figura del *fresh start*. ¿Es conveniente su incorporación al ordenamiento jurídico español?» En: CUENA CASAS, Matilde (Coord.). *Homenaje a Joaquín Rams Albesa*. Madrid, Dykinson, págs. 543-558.
- (2013). «La reforma del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo “anti-desahucios” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, págs. 3522-3565.
- (2013). «La deuda remanente y la moderación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario ejecutado, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, págs. 4253-4279.
- (2014). «La derogación tácita del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, por el Capítulo I (suspensión de los lanzamientos) de la Ley “Anti-desahucios”». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742, págs. 748-764.
- MIRANDA SERRANO, L. (2014). «¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de persona física?» *Diario La Ley*, núm. 8276, 21 de marzo de 2014.
- PULGAR EZQUERRA, J. (2013). «Ley de emprendedores y segunda oportunidad». *El Notario del Siglo XXI*, núm. 51, págs. 14-21.
- ORTIZ HERNÁNDEZ, A. (2013). «Concurso de acreedores de persona física, *fresh start*, y mediación concursal. La rehabilitación del deudor». *Diario La Ley*, núm. 8172, 17 de octubre de 2013.
- RUBIO VICENTE, P. (2011). «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo. A propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, págs. 229-250.
- Serrano Gómez, E.; ANGUITA VILLANUEVA, L. y ORTEGA DOMÉNECH, J. (2010): «Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física». En: M. CUENA CASAS (coord.). *Familia y Concurso de Acreedores*. Cizur Menor: Aranzadi (págs. 23-96).

NOTAS

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Grupo de Investigación de la UCM «Nuevas perspectivas del Derecho Civil», dirigido por el Catedrático Emérito Dr. D. Joaquín José RAMS ALBESA.

² Se llama sobreendeudamiento a la situación en que se encuentra el consumidor motivada por una asunción excesiva de deudas (sobreendeudamiento activo) o bien desencadenada por eventos imprevistos y sobrevenidos (desempleo, precariedad del trabajo, muerte del cónyuge, problemas de salud, aumento de los tipos de interés...). Una economía basada en el consumo excesivo, así como en la concesión fácil de créditos, incrementan las posibilidades de sobreendeudamiento del consumidor, cuya acuciante situación se hace más patente en situaciones de crisis económica. Para aliviar al consumidor sobreendeudado de buena fe, cuya situación de dificultad financiera tiene cierta permanencia, parte de la doctrina ha venido postulando la concesión al mismo de un *fresh start* o *segunda oportunidad*. Casos claramente reversibles no podrían activar mecanismos específicos de protección del deudor que excepcionasen la aplicación de los principios generales sobre cumplimiento de las obligaciones (1911 CC) (ÁLVAREZ LATA, 2010, págs. 160-162). En efecto, se entiende por *fresh start*, o concesión de una segunda oportunidad al deudor sobreendeudado de buena fe, la liberación o exoneración de las deudas pendientes, tras la conclusión de un procedimiento de insolvencia, lo que supone una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC). España, a diferencia de otros países como EEUU, Francia, Alemania o Portugal carecía de una regulación de este tipo. No obstante, en fechas relativamente recientes una resolución judicial, por vía interpretativa, acogió en cierta manera la figura del *fresh start* en España. Se trata del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010. Vid.: JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2012). «El *fresh start*, o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, págs 516-557. RUBIO VICENTE, P. (2011). «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo. A propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, págs. 229-250. «Básicamente existen dos modelos respecto al tratamiento concursal de la persona física insolvente. El modelo anglosajón “volver a empezar” (*fresh start* o *discharge*), adoptado también en algunos países europeos, se basa en los principios de liquidación inmediata del patrimonio no exento del deudor y la condonación directa de las deudas no pagadas, a excepción de las deudas jurídicamente no condonables... Una vez ejecutado el patrimonio embargable del deudor persona física de buena fe el pasivo restante queda exonerado por decisión judicial y sin consentimiento del acreedor. Aunque el deudor obtenga en el futuro nuevos ingresos, estos no podrán ser utilizados para el pago de deudas anteriores a la declaración de concurso... El otro modelo vigente es el *modelo de la rehabilitación* [p.e. Alemania], que prevalece en algunos países europeos y se basa en la idea de que el deudor ha cometido una falta y merece ser ayudado, pero no por ello debe ser exonerado pura y simplemente del deber de cumplir con sus obligaciones (*pacta sunt servanda*). Este modelo, que se fundamenta en la idea de sobreendeudamiento “culpable”, ya sea por falta de previsión o simple negligencia, se centra en torno a la renegociación de las deudas con los acreedores con vistas a la aprobación de un plan global de reembolso. Este plan puede negociarse en los tribunales o por vía extrajudicial, y es importante el papel que desempeñan los servicios de asesoramiento y mediación en materia de deudas. La condonación de deudas no es nunca automática como en la ley americana. El deudor tendrá que pasar por un período de prueba, durante el que destinará una parte de su renta al reembolso de la deuda restante. Solo después de eso, y a condición de que haya tenido un comportamiento honesto y de buena fe, podrá beneficiarse de la condonación» [CUENA CASAS, 2011, (1)]. Este último sistema se denomina de *earned start*. Un estudio sobre los modelos americano, francés y alemán, es el realizado por SERRANO GÓMEZ, E.; ANGUITA VILLANUEVA, L. y ORTEGA DOMÉNECH, J. (2010): «Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física». En: M. CUENA CASAS (coord.). *Familia y Concurso de Acreedores*. Cizur Menor: Aranzadi (págs. 23-96). Para el estudio del

Derecho norteamericano, *vid.* el trabajo ya citado de CUENA CASAS, M. (2011). «*Fresh Start* y mercado crediticio». *InDret* [En línea], núm. 3, disponible en www.indret.com. Asimismo *vid.*: CUENA CASAS, M. (2011). «“Fresh start” y mercado crediticio español y estadounidense». *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 15, págs. 565-593. CUENA CASAS, M. (2012). «Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente». *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 125, págs. 289-320. CUENA CASAS, M. (2012). «Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: “intentos” de regulación y ninguna solución». *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 17, págs. 97-110. CUENA CASAS, M. (2013). «Son necesarios cambios en la Ley de Enjuiciamiento Civil y Concursal». *Escritura pública*, núm. 80, pág. 13.

³ La Ley 14/2013 contiene también una Disposición adicional primera relativa a las deudas de derecho público del emprendedor de responsabilidad limitada; una Disposición adicional décima relativa a los aranceles registrales para las inscripciones del Emprendedor de Responsabilidad Limitada en el Registro Mercantil y en el Registro de la Propiedad y una Disposición Transitoria según la cual los concursos declarados antes de la entrada en vigor del Capítulo V del Título I (19 de octubre de 2013, según lo previsto en la Disposición final decimotercera), *que es el que contiene todas las modificaciones de la LC, continuarán rigiéndose hasta su terminación por la normativa concursal anterior a esta Ley, lo que significaría que en tales concursos no cabría la aplicación del fresh start de modo retroactivo, aunque como veremos, no es así como lo está interpretando la Jurisprudencia.* En la Disposición final quinta se introduce una modificación importante en el artículo 10.5 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, que queda redactado del siguiente modo: «5. A efectos de la satisfacción y cobro de las deudas de naturaleza tributaria y cualquier tipo de deuda que sea objeto de la gestión recaudatoria del Sistema de la Seguridad Social, embargado administrativamente un bien inmueble, *si el trabajador autónomo acreditara fehacientemente que se trata de una vivienda que constituye su residencia habitual, la ejecución del embargo quedará condicionada, en primer lugar, a que no resulten conocidos otros bienes del deudor suficientes susceptibles de realización inmediata en el procedimiento ejecutivo, y en segundo lugar, a que entre la notificación de la primera diligencia de embargo y la realización material de la subasta, el concurso o cualquier otro medio administrativo de enajenación, medie el plazo mínimo de dos años. Este plazo no se interrumpirá ni se suspenderá, en ningún caso, en los supuestos de ampliaciones del embargo originario o en los casos de prórroga de las anotaciones registrales.*». La Ley introduce también, ante el fracaso del borrador del Anteproyecto de Ley de Reforma Integral de los Registros, la necesidad de llevanza de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en formato electrónico mediante un sistema informático único, en la forma que reglamentariamente se determine (art. 19), previendo la Disposición final décima que en el plazo de 6 meses a contar desde la entrada en vigor (esto es, para el 29 de marzo de 2014), el Gobierno tendría aprobado un nuevo Reglamento del Registro Mercantil y la modificación necesaria del Reglamento Hipotecario. Con posterioridad a la Ley 14/2013, se ha dictado el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, que regula el Registro Público concursal y desarrolla el artículo 198 LC (modificado por Ley 14/2013). Igualmente se ha dictado el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que modifica la regulación de los acuerdos de refinanciación así como el artículo 56 LC (ejecución de garantías reales durante el concurso) y el artículo 568 LEC, relativo a la suspensión de ejecuciones en caso de situaciones concursales o pre-concursales, así como otros preceptos concursales. La norma entró en vigor el 8 de marzo de 2014, determinando como régimen transitorio para los acuerdos de refinanciación, *que aquellos que a la entrada en vigor del RD-Ley se estuviesen negociando al amparo del artículo 71.6 LC, se regirían por el régimen anterior a dicha entrada en vigor, si el deudor ya hubiese solicitado del registrador mercantil la designación de un experto independiente, salvo que las partes opten en el acuerdo de refinanciación por la aplicación del régimen contenido en el artículo 71 bis.1, en la redacción dada por el RD-Ley 4/2014.* Estas normas junto con la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (fruto de la STJUE de 14 de marzo de 2013), constituyen el nuevo panorama legislativo regulador de la insolvencia de la persona física

(consumidora, empresaria o profesional) y jurídica. Cabe añadir a estas normas, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, aprobado por el RD-Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, la cual pretende transponer al Derecho interno la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (por la que se modifica, entre otras, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, con la finalidad de modificar la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores). La Ley 3/2014 procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012 del TJUE, que entendía que España no había adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6.1 de la Directiva 93/13, en el artículo 83 del Texto Refundido de la LGDCU, pues se atribuía al juez nacional facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figurasen en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 CC y el principio de buena fe objetiva, lo que contradecía el tenor del artículo 6.1 de la Directiva que hablaba de eliminación, sin integración, de las cláusulas abusivas. A tal efecto, se modifica el artículo 83 del TRLGDCU quedando redactado con el siguiente tenor: «Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas». Si bien el régimen transitorio prevé que las disposiciones de esta ley serán de aplicación a los contratos con consumidores celebrados a partir del 13 de junio de 2014. Esta Ley entró en vigor el 29 de marzo de 2014.

⁴ Aplica esta redacción del precepto legal la SAP de Barcelona (Sección 17.^a), de 22 de enero de 2014. Gabinete Lesseps, S.L. interpuso demanda de juicio ordinario, derivada de una reclamación monitoria precedente contra D. José Enrique, reclamándole la suma de 7.621,96 euros más los intereses pactados al tipo del 30 % anual. Con carácter previo a este procedimiento el demandado había sido declarado en concurso voluntario por auto de 16 de octubre de 2008, pero una vez tramitado y concluido el mismo, quedó pendiente de pago la deuda reclamada en este presente procedimiento. El demandado se opuso alegando la excepción de cosa juzgada material y subsidiariamente, para el caso de no ser apreciada, el carácter abusivo de los intereses pactados en el préstamo de que derivaba la deuda. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta. Desestimó la excepción de cosa juzgada por entender que tal efecto no podía derivarse del auto por el que se declaraba concluido el concurso y consideró que dicho auto no acordaba la remisión de la deuda subsistente, que en consecuencia, no podía considerarse extinguida al no concurrir ninguna de las causas del artículo 1156 CC. Sin embargo, acogió la alegación relativa al carácter abusivo de los intereses moratorios pactados, procediendo a su moderación (interés legal del dinero a partir de la interpelación judicial). El demandado interpuso recurso de apelación. Insistió en la excepción de cosa juzgada y pretendió que se considerase extinguido el crédito reclamado, invocando la existencia de resoluciones judiciales, que al concluir el concurso por falta de activo, cancelaban los créditos subsistentes allí reconocidos, para evitar con ello inútiles reaperturas de la situación concursal. La Audiencia señala primeramente que resulta de aplicación la LC en su redacción vigente desde el 5 de mayo de 2010 hasta el 10 de junio de 2011, porque la demanda se presentó el 11 de enero de 2011. A continuación indica que la resolución por la que se declaró concluso el concurso por falta de activo no adoptó pronunciamiento alguno de extinción de los créditos subsistentes, por lo que de acuerdo con el artículo 178.2 LC («En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso»), «la literalidad de este precepto impide la apreciación ... de la excepción de cosa juzgada material, y, del mismo modo, en cuanto responde a una previsión legal, no puede acogerse la alegación de extinción del crédito subsistente; de hecho, esa remisión del crédito ni siquiera es posible de modo automático en la redacción actual de la norma, en su modificación dada por Ley 14/2013 ... que si bien permite la remisión de deudas insatisfechas, lo hace sujetando dicha posibilidad a la concurrencia de una serie de condiciones». De haber sido de aplicación la redacción

dada al artículo 178.2 LC por la Ley 38/2011, podría argumentarse que, como quiera que la inclusión de un crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia firme, no hubiera sido necesario un nuevo procedimiento que lo declarase así, pudiendo apreciarse un supuesto de cosa juzgada en vertiente negativa. Todo ello, bien entendido que la consecuencia que se derivaba de tal precepto no era ... la extinción del crédito subsistente, sino la posibilidad de que la lista definitiva de acreedores constituyera un título válido para iniciar la ejecución singular posterior, *que en todo caso se permite, no siendo adecuado la producción de un nuevo título mediante un proceso declarativo. «Pero, en suma, conforme al derecho aplicable en este litigio, es claro que, tras la conclusión del concurso por falta de activo, se mantiene la responsabilidad del deudor en relación con los créditos restantes pudiendo interesar los acreedores su reclamación, disponiéndose expresamente que ello es así en tanto “no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso”, con independencia de la utilidad o no de esta última vía»*. La Audiencia concluye desestimando el recurso de apelación y confirmando la sentencia de instancia.

⁵ Lo que era congruente con la modificación que la Ley 38/2011 hacía del artículo 176 LC, distinguiendo la conclusión del concurso por finalización de la fase de liquidación, de la conclusión por insuficiencia de masa activa, regulada especialmente en el nuevo artículo 176 bis LC. De acuerdo con la disposición transitoria undécima de la Ley 38/2011 «el artículo 176 y el 176 bis —con la salvedad de su apartado 4 [relativo a la posibilidad de acordar la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso, que se aplicaría a los concursos que se declarasen a partir de la entrada en vigor de la norma [Disposición Transitoria primera.1)]— así como los artículos 178 y 179 de la Ley Concursal, modificados por esta ley, comenzarán a aplicarse a los concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor» (1 de enero de 2012, Disposición final tercera.1).

⁶ Artículo 260 CP: «1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre. 2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica. 3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa. 4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal».

⁷ Artículo 231.1 LC: «El empresario persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo [preconcursal] extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que aportando el correspondiente balance, justifique que su pasivo no supera los cinco millones de euros.

A los efectos de este Título [Título X de la LC relativo al acuerdo extrajudicial de pagos] se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos». Parece, pues que el artículo 231 LC se refiere a todo aquél que no sea simple consumidor y trabajador por cuenta ajena, sino que tenga la categoría de persona natural emprendedora, sea o no emprendedor de responsabilidad limitada (art. 7 Ley 14/2013). De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 14/2013, «se consideren emprendedores aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica o profesional en los términos establecidos en esta Ley».

⁸ El deudor que, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 231 LC, pretenda alcanzar con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos solicitará el nombramiento de un mediador concursal, mediante instancia suscrita por el deudor en los términos del artículo 232.2 LC. Si el deudor es empresario o entidad inscribible solicitará la designación de mediador al Registrador Mercantil correspondiente a su domicilio. En los demás casos se solicitará la designación al Notario del domicilio del deudor. Se nombra mediador a la

persona que de forma secuencial corresponda de entre las que figuran en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del BOE, suministrada por el Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia. El Registrador Mercantil o el Notario procederá al nombramiento y comunicará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso, ordenando la publicación de tal apertura en el Registro Público Concursal. En los diez días siguientes a la aceptación del cargo, el mediador concursal comprobará la existencia y cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor con la solicitud inicial, siempre que puedan resultar afectados por el acuerdo, a una reunión que se celebrará dentro de los dos meses siguientes a la aceptación del cargo, en la localidad donde el deudor tenga su domicilio. Se excluirá en todo caso de la convocatoria a los acreedores de derecho público. La reunión tiene por finalidad alcanzar un acuerdo de pago. Con una antelación mínima de 20 días naturales a la fecha prevista para celebrar la reunión, el mediador remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud inicial, en el que la espera no podrá superar los 3 años y en el que la quita no podrá superar el 25 % del importe de los créditos. La propuesta podrá consistir también en la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas. Dentro de los diez días posteriores al envío de la propuesta de acuerdo, los acreedores podrán presentar propuestas alternativas o de modificación. Transcurrido dicho plazo, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos aceptado por el deudor. Si dentro del plazo de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo, los acreedores que representen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente pueda verse afectado por el acuerdo, decidieran no continuar con las negociaciones, el mediador concursal deberá solicitar la declaración de concurso (art. 236.4 LC). Los acreedores convocados a la reunión deben asistir, salvo los que hubiesen manifestado su aprobación u oposición en los diez días naturales anteriores a la reunión. El plan de pagos y el plan de viabilidad podrán ser modificados en la reunión, siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que, por haber manifestado su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores, no hayan asistido. Para que el plan de pagos se considere aceptado, será necesario que voten a favor del mismo acreedores que sean titulares, al menos, del 60 % del pasivo o del 75 % del pasivo si el plan consiste en la cesión de bienes del deudor en pago, siendo preciso contar en este último caso también con la aprobación de los acreedores que tengan constituida a su favor una garantía real sobre estos bienes. El acuerdo no afecta a los titulares de créditos con garantía real, salvo que hubieren consentido expresamente en ello (art. 234.4). Si el plan de pagos es aceptado el acuerdo se eleva a escritura pública, lo que cierra el expediente notarial. Para los expedientes abiertos por el Registrador Mercantil, se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura para que el Registrador pueda cerrar el expediente. Si el plan de pagos no fuera aceptado y el deudor continuara incurso en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso. En su caso, instará también la conclusión del mismo por insuficiencia de masa activa en los términos del artículo 176 bis LC. Dentro de los diez días siguientes a la publicación del acuerdo adoptado (art. 238.2), este podrá ser impugnado por acreedores que no hubieran sido convocados; no hubieran votado a favor o hubieran comunicado su oposición con carácter previo a la reunión, ante el juzgado competente para conocer del concurso del deudor. Solo puede fundarse la impugnación en falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo, en la superación de los límites que el artículo 236.1 LC pone al acuerdo, o en la desproporción de la quita o moratoria exigidas. La anulación del acuerdo, como consecuencia de la impugnación, dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo regulado en el artículo 242 LC. En caso de que el acuerdo extrajudicial de pagos no fuera cumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia. Por lo tanto, procederá el concurso consecutivo, en caso de anulación del acuerdo (art. 239.6), incumplimiento del mismo o en caso de no conseguir alcanzarse el acuerdo extrajudicial de pagos, antes o durante la reunión celebrada al efecto (art. 242.1). En el concurso consecutivo, salvo el supuesto de insuficiencia de masa activa, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación con una serie de especialidades (art. 242.2), entre las cuales se encuentra la de

que «en el caso de deudor empresario persona natural [art. 231.1.1º y 2º], si el concurso se calificara como fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados». (Los créditos de Derecho público reciben un tratamiento especial en el acuerdo extrajudicial de pagos, pues no pueden verse afectados por el acuerdo (art. 231.5), en el fresh start, y en la limitación de responsabilidad del Emprendedor de Responsabilidad Limitada (Disp. Adic. 1.ª de la Ley 14/2003, que señala: «1. Lo dispuesto en el Capítulo II del Título I [relativo a la inembargabilidad de la vivienda habitual del Emprendedor de Responsabilidad Limitada, que cumpla determinados requisitos] no resultará de aplicación respecto de las deudas de derecho público de las que resulte titular el emprendedor de responsabilidad limitada para cuya gestión recaudatoria resulte de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y en el Real Decreto-legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. 2. En el caso de las deudas de derecho público a las que se refiere el apartado anterior, la Administración Pública competente podrá desarrollar las actuaciones de cobro establecidas en la normativa en el mismo indicada, con las especialidades reguladas en el siguiente apartado. 3. Cuando entre los bienes embargados se encuentre la vivienda habitual del emprendedor de responsabilidad limitada en los términos del apartado 2 del artículo 8 de esta Ley, su ejecución será posible cuando: a) No se conozcan otros bienes del deudor con valoración conjunta suficiente susceptibles de realización inmediata en el procedimiento de apremio. b) Entre la notificación de la primera diligencia de embargo del bien y la realización material del procedimiento de enajenación del mismo medie un plazo mínimo de dos años. Este plazo no se interrumpirá ni se suspenderá, en ningún caso, en los supuestos de ampliaciones del embargo originario o en los casos de prórroga de las anotaciones registrales»).

⁹ Como señala ALCOVER GARAU, 2014, 6, solo puede acogerse al acuerdo extrajudicial de pagos un pequeño o mediano empresario persona natural, o profesional o trabajador autónomo, pero no un particular (pese a que este procedimiento pre-concursal podría ser especialmente útil a los particulares). De manera que como el consumidor normalmente queda excluido del ámbito del concurso sobre la base del artículo 176.bis.4 por insuficiencia de su masa activa, las insolvencias de los particulares quedarían muchas veces sin tratamiento concursal. El consumidor quedaría normalmente sujeto a un procedimiento de ejecución hipotecaria (a salvo la posibilidad de hacer uso de las medidas del Código de Buenas Prácticas) y a las previsiones, al término del mismo, del artículo 579 LEC, se produjera o no el lanzamiento del deudor de su vivienda. Vid.: JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2013). «La reforma del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo “anti-desahucios”» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, págs. 3522-3565. JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2013). «La deuda remanente y la moderación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario ejecutado, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, págs. 4253-4279. JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2014). «La derogación tácita del Real-Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, por el Capítulo I (suspensión de los lanzamientos) de la Ley “anti-desahucios”». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742, págs. 748-764. Si tuviese lugar un concurso de persona física consumidora, con ejecución hipotecaria separada de su vivienda familiar, el crédito garantizado con hipoteca, no satisfecho totalmente en la ejecución hipotecaria separada, devendría crédito ordinario (art. 157.2 LC), que podría entenderse solo sería exigible en la liquidación concursal en los términos del artículo 579 de la LEC. Pero como el artículo 178.2 LC es aplicable al consumidor y regla especial en el ámbito concursal, debiera aplicarse este precepto (dándose su presupuesto) y su *fresh start*. En todo caso, siendo dos vías (la del art. 579 LEC y la del art. 178.2 LC) de las que dispone el deudor para ver moderada su responsabilidad patrimonial universal, en el ámbito del concurso se aplicarían cumulativamente ambas (primero la del art. 579, y dando como resultado la aplicación de dicho precepto el pago del 25 % del crédito concursal ordinario, seguidamente la del art. 178.2 LC). CUENA CASAS, desde otra perspectiva, considera:

«No es exonerable la deuda hipotecaria (ni aquí ni en ningún país), en tanto que es deuda garantizada, pero ejecutada la hipoteca antes o durante el proceso concursal, si queda pasivo pendiente, será crédito ordinario y podrá exonerarse. A estos efectos, hay que tener en cuenta el artículo 579 LEC que establece otra exoneración para la deuda pendiente tras la ejecución de la hipoteca (si el deudor en 5 años paga el 65 % de la deuda, se le exonerará el 35 % y si en 10 años paga el 80 % de la deuda, se le exonera el 20%), *que nada tiene que ver con la recogida en el artículo 178.2 LC. El artículo 579 LEC no exige buena fe, ni incapacidad económica ... norma que será difícil de conciliar con la segunda oportunidad concursal, sobre todo cuando se inicie una ejecución hipotecaria mientras se tramita el concurso ...*». CUENA CASAS, 2013, (2), págs. 42-43.

¹⁰ Para acudir al acuerdo extrajudicial de pagos «se exige ser empresario, aunque en un sentido muy amplio, que desvirtúa su genuina acepción técnico/mercantil, un poco como ocurre también con la nueva noción de «emprendedor» (art. 3 Ley 14/2013). Por eso a los efectos del AEP se considerarán empresarios personas naturales, no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil (únicos sujetos a inscripción —voluntaria— y deber de contabilidad, ...), también quienes ejerzan actividades profesionales (tradicionalmente excluidas del ámbito mercantil) o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la S.S., así como los trabajadores autónomos, siempre que el pasivo no supere los cinco millones de euros. Ciertos sujetos como los agricultores o los artesanos entran por estas últimas vías, lo que nos conduce a una noción de empresario muy amplia, identificable con cualquier forma de participación en el mercado en nombre propio, con independencia de que la actividad sea mercantil en sentido estricto, o pueda considerarse como civil. El sujeto parece solaparse así con el que puede acceder a la condición de Empresario de Responsabilidad Limitada ... aunque no se emplea en este título el término emprendedor (art. 7 Ley 14/2013). En todo caso, queda fuera el consumidor que solo sea trabajador por cuenta ajena o funcionario, que sí se beneficia del nuevo régimen de exoneración de las deudas en la liquidación (art. 178.2 LC), pero dentro del Concurso Ordinario ... por el que ha de pasar inexorablemente». CÁBANAS TREJO, 2014, págs. 2-3.

¹¹ Artículo 232.3 LC: «... La solicitud se inadmitirá cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para alcanzar un acuerdo extrajudicial [presupuestos del art. 231 LC], cuando el deudor se encuentre en alguna situación de las previstas en los apartados 3 ó 4 [ó 5] del art. 231 de esta Ley y cuando faltare alguno de los documentos exigidos o los presentados fueran incompletos [art. 232.1 y 2]».

¹² Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales.

¹³ «Conviene recordar que los créditos de Derecho público pueden ser privilegiados generales (art. 91.2º y 4º LC), ordinarios (en cuanto excedan del 50 % a que se refiere el art. 91.4º LC) e incluso subordinados (así, recargos). El pago de los primeros constituye en todo caso requisito *sine qua non* para que pueda producirse la remisión judicial de deudas». MIRANDA SERRANO, 2014, 18.

¹⁴ MIRANDA SERRANO, 2014, 18.

¹⁵ Lo que también podría apoyarse en que en el texto del Proyecto de Ley de Emprendedores, de 3 de julio de 2013, contemplaba como deudas que quedaban fuera del mecanismo exoneratorio, ya fuera por la vía del concurso consecutivo o por la vía del artículo 178.2, primera parte, únicamente las deudas de naturaleza pública. Sin embargo, «en el artículo 178.2 LC, en su nueva redacción, se establece que la resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, habiéndose suprimido la excepción a dicha remisión referida a las deudas de naturaleza pública contenida en la redacción de dicho precepto en el Proyecto de Ley de Emprendedores, en que se añadía *«salvo las deudas de derecho público a que se refiere el artículo 91.4º de esta Ley»*. PULGAR EZQUERRA, 2013, 19.

¹⁶ La profesora PULGAR EZQUERRA pone de relieve cómo no se excluyen de la exoneración, deudas alimenticias, deudas derivadas de obligaciones extracontractuales [o de actos u omisiones ilícitos penados por la Ley, salvo lo indicado en el artículo 91.5º.2, «créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», que tienen la consideración de créditos con privilegio general] y señala

que ello junto con la ausencia de cautelas en los presupuestos *ex ante* y *ex post* de la exoneración, hace del modelo español de exoneración un modelo con nuevos requisitos para lograr aquella (en relación a los que son exigidos en ordenamientos jurídicos del entorno) y en el que la remisión de deudas se obtiene de un modo más laxo y amplio de lo que acontece en otros modelos de Derecho comparado, concluyendo que tras la aprobación de la Ley de Emprendedores constituimos «el ordenamiento de Derecho comparado más liberal en el acceso a mecanismos exoneratorios de responsabilidad». PULGAR EZQUERRA, 2013, págs. 20-21. La profesora CUENA CASAS considera, desde otra perspectiva que «el umbral mínimo de pasivo satisfecho que se exige para obtener la exoneración o *fresh start* es extraordinariamente alto, lo que dejará fuera del ámbito de protección de la norma a muchos deudores que no tendrán activo suficiente para abonar todos los créditos contra la masa, privilegiados y 25% pasivo ordinario. Los casos de concurso por insuficiencia de masa quedan fuera de la exoneración de deudas: concluido el concurso, los acreedores podrán reiniciar las ejecuciones singulares y el deudor seguirá condenado a la exclusión social». CUENA CASAS, 2013, (2), 41.

¹⁷ Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid, *cit*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ MIRANDA SERRANO, 2014, 12. De forma similar señala PULGAR EZQUERRA: «En relación a ambos mecanismos exoneratorios y no obstante las diferencias señaladas, sorprende la falta de exigencia del denominado “*test de discharge*” que filtra generalmente en el marco del Derecho Comparado con requisitos previos y a veces también *a posteriori*, el acceso a los mecanismos exoneratorios. Es cierto que en ambos casos se condiciona la exoneración a la calificación fortuita del concurso, pero ello en modo alguno es equivalente al “*test de discharge*” contemplado en otros modelos, pues dicha calificación fortuita en modo alguno equivale a la concurrencia de buena fe en el deudor [Art. 1104.2 CC: Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia]. En efecto, en la sección de calificación se analiza tan solo en qué medida el deudor ha contribuido con dolo o culpa grave a la generación o agravamiento de la insolvencia, pero ¿conlleva ello un merecimiento de la exoneración? ¿cómo se valora la buena fe exigida en otros modelos de Derecho Comparado? En efecto, en otros modelos se exige superar un test en el que el acaecimiento de circunstancias “extraordinarias” ... justifiquen la conculcación de un principio básico del derecho de obligaciones *ex artículo 1091 CC* [«las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos»]... justificándose la exoneración en el marco de prestaciones de un estado de bienestar solo cuando concurren circunstancias extraordinarias. Tampoco se exigen requisitos *a posteriori*, como en el modelo alemán actualmente en proceso de revisión en esta materia, en el que, sobre la base de un perdón progresivo, también se recogen controles *a posteriori* (temporales, cuantitativos y de obligación de desarrollar una actividad económica), a los que se condiciona la exoneración». PULGAR EZQUERRA, 2013, 19. En la misma línea señala CUENA CASAS que «en España se permite la exoneración “directa” tras la liquidación del patrimonio del deudor, sin un adecuado control de su comportamiento, lo que convierte a nuestra regulación en un “coladero”, ya que deudores que pueden no merecerlo por haber actuado de manera irresponsable, podrán beneficiarse de esta medida. Muy diferente de la ley española, es la recientemente aprobada en Italia ley de sobreendeudamiento de los consumidores [Ley de 17 de diciembre de 2012 n. 221 que introduce un procedimiento para la *Composizione della crisi da sovraindebitamento*] que regula la exoneración de deudas (*esdebitazione*) también para consumidores, excluyéndola “cuando el sobreendeudamiento del deudor es imputable a un recurso culposo al crédito y desproporcionado respecto de su capacidad patrimonial”, circunstancia que será valorada por el juez. El legislador español debería haber incluido una cláusula de cierre que permitiera al juez valorar en el caso concreto la actuación del deudor en aras a determinar si es o no merecedor de la exoneración. Ni siquiera se establece un requisito común en la mayoría de los países de nuestro entorno y es que haya transcurrido un determinado período de tiempo desde que se obtuvo una exoneración y que suele fijarse en 8 años». CUENA CASAS, 2013, (2), 42.

²⁰ *Cfr.*: MIRANDA SERRANO, 2014, 11.

²¹ ORTIZ HERNÁNDEZ, 2013, 6. Pero en cuanto a los inconvenientes que presenta el *fresh start* vid.: JIMÉNEZ PARÍS, T. A. «La figura del *fresh start*. ¿Es conveniente su incorporación al ordenamiento jurídico español?» En: CUENA CASAS, Matilde (Coord.). *Homenaje a Joaquín Rams Albesa*. Madrid, Dykinson, págs. 543-558.

²² Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid, *cit*.

²³ Esta última consideración hace impensable la remisión de la pena de multa por la vía del artículo 178.2 LC, en la medida en que una Ley ordinaria no puede modificar una Ley Orgánica, como el CP, que enumera de forma taxativa en el artículo 130 las causas por las que se extingue la responsabilidad criminal. De manera que sería preciso realizar una interpretación restrictiva del artículo 178.2 LC, excluyendo del ámbito de la exoneración las multas penales.

²⁴ Esta última consideración hace impensable la remisión de la pena de multa por la vía del artículo 178.2 LC, en la medida en que una Ley ordinaria no puede modificar una Ley Orgánica, como el CP, que enumera de forma taxativa en el artículo 130 las causas por las que se extingue la responsabilidad criminal. De manera que sería preciso realizar una interpretación restrictiva del artículo 178.2 LC, excluyendo del ámbito de la exoneración las multas penales.

²⁵ CUENA CASAS, 2013, (2), págs. 41-42. *Vid.*, más extensamente: CUENA CASAS, M. (2014). «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*». *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, págs. 123-159.

²⁶ *Vid.*: JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2010). «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal». *Diario*, núm. 7487, 13 de octubre de 2010.

²⁷ Artículo 134 LC: «1. El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos. Los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Queda a salvo su facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones, o cuotas sociales, o en créditos participativos. 2. Los acreedores privilegiados solo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquella se hubiere computado como voto favorable. Además, podrán vincularse al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez, mediante adhesión presentada en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento, en cuyo caso quedarán afectados por el convenio». Artículo 135 LC: «1. Los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos. 2. La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubiesen contraído o por los convenios, que sobre el particular hubiesen establecido». Artículo 136 LC: «Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio».

²⁸ Este precepto, similar al artículo 134, 135 y 136 LC, indica: «1. Ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente [en el Registro Público concursal, art. 233.3 LC]. El deudor podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado. 2. Por virtud del acuerdo extrajudicial, los créditos quedarán aplazados y remitidos conforme a lo pactado. En caso de cesión de bienes a los acreedores, los créditos se considerarán extinguidos en todo o en parte, según lo acordado. 3. Los acreedores conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor».

²⁹ Si el deudor principal incumplió el convenio, pero pagó al acreedor el deudor solidario o el fiador, de acuerdo con los artículos 140, 97.4.3.º, 87.6, 97 bis y 97 ter LC, podrá modificarse la lista de acreedores para hacer constar al fiador o deudor solidario en ella, y que cobre su crédito en la liquidación, aunque producida la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador.

³⁰ Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid, *cit.*

³¹ *Ibidem.*

2. DERECHO MERCANTIL

Reflexiones sobre la reciente jurisprudencia mercantil y la supletoriedad o no del Derecho autonómico a la luz del Anteproyecto de Código Mercantil. La supresión del concepto «*Derecho común*» por el de «*legislación civil*»

Reflections on Recent Commercial Case-law and When Regional Law Is Applicable in a Supplementary Capacity in the Light of the Preliminary Draft of the Commercial Code Bill. The Change from the Concept of General Law to the Concept of Civil Legislation

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: El hecho de que en el Anteproyecto de Código Mercantil desaparezca el concepto jurídico de «Derecho común» en detrimento del de «legislación civil», hace que la integración normativa de una laguna que derive de un contrato mercantil pero referente a un concepto de derecho civil suscite de nuevo el problema sobre la aplicación supletoria o no del derecho civil autonómico correspondiente.

ABSTRACT: *The preliminary draft of the Commercial Code Bill eliminates the legal concept of “general law” to the detriment of the concept of “civil legislation”. The legislative integration of a loophole stemming from a contract under commercial law but referring to a concept of general law again poses the problem of whether or not the pertinent regional law would apply in a supplementary capacity.*

PALABRAS CLAVE: Derecho contractual. La supletoriedad del Derecho autonómico respecto del Derecho mercantil

KEY WORD: *Contract law. The supplementary nature of regional law in respect of commercial law*

SUMARIO: I. SOBRE LA INNECESARIEDAD DE ESTA NUEVA CODIFICACIÓN MERCANTIL.—II. EL DEBATE DE LA SUPLETORIDAD DEL DERECHO AUTONÓMICO PESE A LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE SEGUROS.—III. EL SIGNIFICADO DE LA PROYECTADA DEROGACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 50 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.—IV. UNA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO «LEGISLACIÓN CIVIL» USADO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. SOBRE LA INNECESARIEDAD DE ESTA NUEVA CODIFICACIÓN MERCANTIL

Dado que la supresión del término Derecho común en favor del de legislación civil en el Anteproyecto de Código de Mercantil («ACM») presentado el día 30 de mayo de 2014, nos ha suscitado la cuestión sobre la integración del Derecho mercantil proyectado que planteamos en este trabajo, no podemos por menos que, con anterioridad a abordar lo anterior, posicionarnos también en favor de la nutrida opinión contraria a esta nueva codificación mercantil, sobre todo en relación —por lo que ahora nos ocupa— en cuanto a la difícil dualidad y coexistencia que supondrá la misma con nuestro Código Civil, por la problemática que generará con las Comunidades Autónomas de derecho foral o derecho civil especial, así como por el hecho del alejamiento que supone a nuestro juicio de lo que conocemos como armonización del Derecho privado europeo y lo que deberían ser las bases de su construcción.

Así, continuamos creyendo en lo que exponíamos su momento¹, la construcción de la Ciencia europea del Derecho privado ha de efectuarse, también en nuestra opinión, tomando en cuenta la tradición romanística, la labor comparada de los diferentes derechos privados europeos y desde un análisis histórico de las instituciones jurídico privadas. De ahí que el viejo «*Ius Commune*», pueda servir como punto de partida a estos efectos. Enormemente reveladoras son las palabras de Zimmerman² al respecto: «...Ya ha existido una cultura jurídica europea con una ciencia jurídica común orientada a las mismas fuentes como norte. Este «viejo» derecho privado recibe la denominación de *ius commune* romano-canónico, y tiene su base en la recepción del derecho romano en la Europa medieval. Constituye el punto de partida más próximo y natural para —en palabras de Savigny— una «organización progresiva de la ciencia del Derecho». A diferencia de Savigny, por supuesto, no podemos acudir directamente al *ius commune*. Al fin y al cabo, ni el *Specimen usus moderni pandectarum* de Samuel Stryck ni el *Lehrbuch des Pandetenrechts* de Bernanrd Windscheid contienen el derecho actualmente vigente. Pero también cabe preguntarse si, a pesar de la fragmentación nacional del derecho y de la ciencia jurídica, bajo el manto de la desconcertante diversidad de nuestras modernas reglas jurídicas no se esconden unos fundamentos sistemáticos, conceptuales, dogmáticos e ideológicos comunes, capaces de formar el núcleo del derecho europeo. Una especie de derecho natural, como lo llamó Paul Korschaker, no el sentido de un sistema de reglas de pretensión de validez axiomática, sino de principios, razonamientos e instituciones que comparten los ordenamientos jurídicos europeos como consecuencia de su desarrollo común».

Además, la investigación histórica de los dogmas «no solamente posibilita la comprensión del pasado, sino también la del Derecho vigente, porque muestra cómo y por qué el Derecho se ha desarrollado como lo ha hecho, como hoy lo encontramos; porque deja claras las premisas en las que se apoya el Derecho moderno; porque pone a nuestra disposición un rico tesoro de experiencias, que son tan importantes para la política del Derecho como para la dogmática jurídica, y porque hace posible que se descubran desarrollos defectuosos avisando ante su repetición»³.

Por otro lado, la codificación proyectada también resulta plenamente contradictoria a los loables esfuerzos de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, ya que en su seno han visto la luz dos trabajos importantísimos por la trascendencia de los mismos en cuanto al calado de las modificaciones

del Código civil que con ellos se pretenden⁴, entre los que se encuentran un primer trabajo titulado «*Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Contrato de Compraventa*»⁵ motivado principalmente por la incorporación al Ordenamiento español de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, a través de una ley especial, la Ley 23/2003, de 10 de julio de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo (hoy ubicada en el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) y un segundo trabajo con el título de «*Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*»⁶, la cual después de razonar los motivos de la misma recoge como precedentes la meritada Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías de 1980, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo (UNIDROIT), los Principios del Derecho Europeo de Contratos y las directivas comunitarias sobre protección de consumidores.

Sumamente interesante nos parece la acertada crítica de la civilista García Rubio⁷ a la entonces Propuesta de Código Mercantil, quien concluye la misma de la siguiente forma: «Por ello y para terminar estas notas me sumo al llamamiento que se hace en el documento de ACTUALIZA⁸; que se eliminen del texto de la PCM de los Libros IV, V y VII, por ser propios del Código Civil y no de un Código mercantil, y que de una buena vez se proceda a la modernización del derecho de obligaciones español en Código civil siguiendo la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos presentada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación en 2009 y con base en la competencia legislativa estatal en materia de bases de las obligaciones y contratos. Como es sabido en esta Propuesta de la Sección Primera se integran las normas de protección de los consumidores y deja para el Código mercantil las normas especiales que, por las necesidades del tráfico mercantil, se aparten del Derecho privado general, tal como se ha hecho en algunos países más avanzados de nuestro entorno».

Asimismo, mercantilistas de la talla de ÁLFARO AGUILA-REAL⁹ también se han ocupado de mostrar su disconformidad con esta nueva codificación mercantil, diciendo que: «No hay ninguna buena razón para promulgar un Código de Comercio. La única de peso que se ha dado es política: ocupar el espacio legislativo reservado por la Constitución al Estado («legislación mercantil») para evitar que las Comunidades Autónomas, especialmente las que tienen competencia en materia de Derecho Civil foral, desborden sus competencias. Es una actitud cobarde por parte del Gobierno y demuestra una enorme falta de confianza en el mercado (que rechazará las disposiciones de las Comunidades Autónomas que sean ineficientes) y en las instituciones (el Tribunal Constitucional) encargadas de que tal cosa no ocurra. La unidad de mercado no exige, en general, la unidad de Derecho supletorio como lo prueba el caso de los EEUU. El problema de España es la falta de lealtad constitucional del Estado y de las CCAA que no cooperan en la medida necesaria cuando hay competencias compartidas.»

En fin, si Ihering dijo en su momento que «*la posesión es el juguete que el hada del Derecho ha puesto en la cuna de la doctrina*», de forma similar podemos sostener que este ACM es otra especie de juguete puesto en la cuna de sus autores que nos aleja de aquellas enseñanzas que imprimiera la mejor doctrina mercantilista española, como por ejemplo, GIRÓN TENA¹⁰, en cuanto a la correcta

dogmática sobre el entendimiento de la mercantilidad de una determinada relación jurídica y su adecuación a la praxis.

II. EL DEBATE DE LA SUPLETORIDAD DEL DERECHO AUTONÓMICO PESE A LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE SEGUROS

El conocido debate doctrinal¹¹ y jurisprudencial existente sobre cual era el plazo de prescripción aplicable cuando se ejercite la acción directa contra el asegurador, o en su caso, contra el Consorcio de Compensación de Seguros ha sido resuelto, no ha mucho, por dos sentencias del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2013 —sentencia del Tribunal (Sala de lo Civil)—, núm. 533-2013 de 6 septiembre (RJ 2013/5927) y sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 534-2013 de 6 septiembre (RJ 2013/5928), en favor de la aplicación del plazo anual estatal de prescripción de la acción civil prevista en el artículo 7.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, en detrimento del plazo trienal de la acción de responsabilidad extracontractual previsto en el artículo 121-21 d) del Código Civil de Cataluña, sobre la base de la competencia exclusiva estatal en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6 de la Constitución española) creando la siguiente doctrina jurisprudencial:

«En el caso de que el perjudicado por un accidente de tráfico ocurrido en Cataluña ejercite acción directa contra la aseguradora del vehículo conducido por el responsable del accidente o, en su caso, contra el Consorcio de Compensación de Seguros, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, el plazo de prescripción de dicha acción es el de un año previsto en el artículo 7.1 de dicha Ley y no el de tres años a que se refiere el artículo 121-21 d) del Código Civil de Cataluña para las reclamaciones derivadas de culpa extracontractual».

Así pues, dicho debate debería considerarse cerrado como de hecho ha reconocido la propia sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia de 4 de noviembre de 2013 (Sección 1ª) (JUR 2013/381428); sentencia de 10 de diciembre de 2013 (Sección 16ª) (JUR 2014/21578) y sentencia de 7 de abril de 2014 (Sección 1ª) (JUR 149/652), por lo que en principio el tan controvertido problema sobre la aplicación del Derecho Civil Autonómico como supletorio del Derecho Mercantil, parece que había de seguir los cauces admitidos por la mayoría de la doctrina, es decir, permitiendo en base a las conocidas (SSTS, Civil, 28.6.1968 [RJ 1968/3607] y 16.2.1987 [RJ 1987/698] considerar como *Derecho común* en los términos de los todavía vigentes artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885 a cualquiera de los derechos civiles aplicables en España, a saber, el estatal y los conocidos tradicionalmente como derechos civiles forales o especiales.

GULLÓN BALLESTEROS¹², de forma gráfica expuso la esterilidad del debate citado al razonar lo siguiente: «...Las razones acabadas de exponer debilitan considerablemente la eficacia práctica del artículo 4.3.º. Todavía más las pretensiones de los foralistas de que sus Compilaciones del Derecho Foral, Derecho Civil Especial o Fueros desempeñen en las Comunidades Autónomas que lo poseen el valor de Derecho Común en lugar del CC. El exacerbado sentimiento regionalista, autonomista o nacionalista que hoy se vive desde la Constitución de 1978, hace inútil cualquier argumento a contrario, como los que empleó el profesor DE CASTRO al comentar la STS 28-VI-1968, que en contra de otras anteriores, aceptó aquel criterio (ADC 1969, págs. 839-873)¹³.»

Pese a ello, a nuestro juicio, destaca el trabajo de ÁLVAREZ GONZÁLEZ¹⁴, quien realizó un meritorio análisis de la cuestión, afirmando la aplicación del Derecho Autonómico para integrar las lagunas de una materia mercantil solo para determinadas cuestiones típicamente civiles y no en relación con las mercantiles, razonando al respecto lo siguiente: «En este marco de exigencia, el recurso al Derecho común estatal, aunque se pueda calificar de políticamente incorrecto, es una solución perfectamente viable. Baste señalar que sería absolutamente legítima, si así lo estableciese el legislador estatal, único competente para legislar sobre, por ejemplo, legislación mercantil, y sobre cómo colmar sus lagunas. Vuelvo a repetir que no estoy pensando en supuestos en los que la legislación mercantil aplicable (u otra de exclusiva competencia del legislador estatal) depende de una cuestión incidental, previa, accesorio o simplemente se aplica junto a una cuestión distinta de Derecho civil. En estos casos la cuestión de Derecho civil estaría sometida a las reglas ordinarias de Derecho interregional. De hecho, creo que no debe pasarse por alto la circunstancia cierta de que en las dos sentencias que han servido para, en cierta medida, sacralizar la idea de que el “Derecho común” respecto del Derecho mercantil es cualquiera de los Derechos civiles españoles [SSTS, Civil, 28.6.1968 (RJ 1968/3607) y 16.2.1987 (RJ 1987/698; MP: Cecilio SERENA VELLOSO)], lo que realmente subyacía eran problemas típicamente civiles. En la primera de ellas la cuestión civil se resolvió mediante la aplicación del Derecho catalán “atendida la regionalidad de los cónyuges contratantes... la capacidad contractual de los cónyuges recurridos debe regirse por su ley personal (art. 14 en relación con el 9.º)” del Título Preliminar del CC. En la segunda, en un razonamiento realmente desafortunado que en todo caso no afecta a lo que aquí defendemos Código de Comercio, lo que se hizo fue resolver un tema “netamente civil”, aplicando —erróneamente— el CC a un caso sujeto al Derecho civil navarro. Esta STS no planteaba propiamente ningún problema en el que hubiera que acudir al Derecho común para suplir al (en adelante, CCom), sino meramente una cuestión civil distinta: qué bienes comunes respondían de determinadas deudas de los cónyuges. Así pues, la propuesta que hago en este apartado no contraría en modo alguno la “jurisprudencia” del TS, sencillamente porque ninguna de las dos sentencias se refería al supuesto de hecho que ahora contemplo»¹⁵.

Sin embargo si las anteriores reflexiones de ÁLVAREZ GONZÁLEZ puedan considerarse acertadas de *lege data*, según el término *Derecho común* que aparece en los vigentes artículos 2,50 y 943 del Código de Comercio, a nuestro juicio, el hecho de que en el ACM¹⁶ desaparezca dicho concepto jurídico de *Derecho común* en detrimento del de «legislación civil», hace que la proyectada codificación mercantil, nos haga revivir la conclusión de la tesis del profesor DE CASTRO¹⁷, si bien desde un prisma constitucional conceptual desde lo que ha de entenderse por competencia exclusiva del Estado al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.6 para la legislación mercantil y 149.1.8 para la «legislación civil», que lógicamente por la fecha de su trabajo (*Anuario de Derecho Civil*, 1969) no realizó el insigne jurista, pese a las lógicas dificultades interpretativas de dichos conceptos constitucionales, así como lo que al problema propuesto añade la proyectada derogación de los artículos 2 y 50 del Código de Comercio¹⁸.

En este sentido, el artículo 001-4 del ACM prevé lo siguiente:

«Artículo 001-4. Jerarquía de las normas.

1. En las materias mercantiles que se rijan por legislación específica en razón de la naturaleza de la persona o de la actividad, serán de aplicación supletoria las disposiciones de este Código.

2. A falta de normas en este Código, se aplicarán los usos de comercio y, en su defecto, las normas de la legislación civil, según su sistema de fuentes»¹⁹.

Lo anterior se justifica del siguiente modo en el apartado I-18 del ACM:

«I-18. El Código no se plantea ninguna cuestión de fuentes ni de autonomía legislativa del Derecho mercantil, sino que, partiendo de su carácter de Derecho especial, se limita a acotar su propia materia, a la que son aplicables, en primer lugar, las normas del Código y, en su defecto, los usos de comercio, en reconocimiento de la importancia de estos, no ya en el origen de esta rama del Derecho sino en el moderno tráfico; solo en defecto de reglas especiales mercantiles, legales o consuetudinarias, se aplicarán a esta materia las de la legislación civil, según su sistema de fuentes»²⁰.

Por tanto, la supletoriedad de la norma mercantil viene definida en el ACM como «legislación civil», lo que consideramos que supone o entraña una gran labor interpretativa, respecto de la cual no puede predicarse un claro resultado sobre el alcance y contenido del referido concepto.

La Exposición de Motivos del ACM sí que se ha preocupado de aclararnos la relación entre la legislación mercantil representada por el futuro Código Mercantil y la legislación civil, del siguiente modo:

«2) Relación con la legislación civil.

V-3. Aunque se han concretado al máximo las especialidades de los contratos mercantiles, entre las nuevas normas hay algunas que expresan, como ya ocurría con el texto del Código de comercio que se deroga, principios también reconocidos en la legislación civil, junto con normas que contienen regulaciones diferenciadas; ello es así porque la regulación establecida ha de tener una coherencia sistemática que permita su aplicación. Dichas normas, como todas las establecidas en este Código, aparecen como parte de la legislación mercantil, de manera que los participantes en el mercado tienen la seguridad de que son aplicables, como parte de la legislación mercantil, a todo el territorio nacional y de que su posible coincidencia con otras de ámbito civil no les priva de su carácter mercantil».

La vocación generalista del futuro Código Mercantil en cuanto a su relación con los derechos civiles forales o especiales, nos lo presenta el siguiente apartado de la Exposición de Motivos del ACM de la siguiente forma:

«VI-31. La proliferación de normativas autonómicas que disciplinan de forma diversa idénticos supuestos de hecho impone barreras artificiales a los intercambios de bienes y servicios, al tiempo que dificulta las relaciones comerciales con evidente perjuicio para empresarios y consumidores amenazando la unidad de mercado que promueve la Constitución. La nueva disciplina nace con vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, incluido el atribuido a las Comunidades Autónomas con legislación civil propia».

El término «legislación civil» aparece en el ACM no solo en las referencias efectuadas en su Exposición de Motivos, sino también a lo largo de los siguientes artículos del mismo:

- Artículo 111-1, respeto a las limitaciones establecidas en la legislación civil para el ejercicio en nombre propio de la actividad empresarial por parte de menores emancipados y de personas sujetas a curatela.

- Artículo 132-14, sujeción a la legislación civil en los casos de enajenación de bienes inmuebles o bienes de extraordinario valor que no sean objeto de la actividad empresarial por parte del arrendatario o del usufructuario de empresa.
- Artículo 231-2, posibilidad de constituir empresas mercantiles por parte de las personas físicas que tengan capacidad de obligarse conforme a la legislación civil.
- Artículo 231-30, sujeción a la legislación civil en defecto de lo previsto en el título constitutivo de las relaciones entre el nudo propietario y el usufructuario de acciones y participaciones sociales.
- Artículo 511-16, indemnización de daños y perjuicios conforme a la legislación civil que procediere al comprador de bienes muebles y bienes inmateriales.
- Artículo 511-21, indemnización de daños y perjuicios conforme a la legislación civil que procediere al vendedor de bienes muebles y bienes inmateriales.
- Artículo 512-11, indemnización de daños y perjuicios conforme a la legislación civil y mercantil por incumplimiento del comprador en las ventas con precio aplazado.

Por su parte el término «Derecho Civil» se encuentra en el Artículo 341-3 del ACM para sujetar al mismo el régimen de las acciones de resarcimiento y de enriquecimiento injusto en materia de actos de competencia desleal.

Por último, las referencias al «Código Civil» se efectúan en los apartados VI-13 (contrato de obra por empresa, contrato de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales con particularidades propios del contrato de arrendamiento de obra o de servicios regulado en el Código Civil) VI-55 (contrato de obra por empresa) y VI-59 (contrato de obra por empresa).

Pero la cuestión que pretendemos tratar no se completa solo con el conocimiento del concepto «legislación civil», sino con indagar las consecuencias de la proyectada derogación de los artículos 2 y 50 del Código de Comercio²¹ puedan suponer a la cuestión tratada, que no es otra, que la clarificación del ordenamiento jurídico llamado a integrar el futuro Código Mercantil ante la existencia de una laguna legal mercantil o civil, es decir, si un Derecho civil autonómico pueda cumplir o no dicha función integradora.

Como hemos tenido ocasión de comprobar el transcrito Artículo 001-4 del ACM se refiere a la jerarquía de las normas y a un claro supuesto de integración normativa, mientras que el artículo 2 del Código de Comercio, tiene como función la integración del contrato mercantil²², por lo que evidentemente, no solo la sustitución del término «*Derecho común*» por el de «*legislación civil*» sino el cambio de finalidad de la norma, es decir, de la integración contractual prevista en el artículo 2 del Código de Comercio pasando a una integración normativa distinta a la prevista en el artículo 50 del Código de Comercio, supone a nuestro juicio la existencia de importantes consecuencias a tener presente en cuanto a la regulación supletoria del futuro Código Mercantil, en los términos apuntados.

En suma y a la vista de lo anterior ¿qué supone pasar de una integración contractual a una integración normativa en términos diferentes? y ¿qué debe entenderse por «legislación civil» en el ACM? En relación con esta última pregunta que nos hacemos, sin duda, ofrecer una respuesta verdaderamente científica a este interrogante, se nos antoja por menos que casi imposible en función no solo de la complejidad intrínseca del entendimiento de dicho concepto, sino de

la dificultad al mismo que se han encargado de imprimirle las tensiones entre centralistas y foralistas, sin que por otro lado el propio Tribunal Constitucional nos haya ofrecido una completa y a la vez aceptable solución a dicha tarea interpretativa.

III. EL SIGNIFICADO DE LA PROYECTADA DEROGACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 50 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

En primer lugar, para conocer la función del artículo 2 del Código de Comercio, cabe decir *a priori* que el vigente artículo 57 del Código de Comercio no cumple las funciones de nuestro artículo 1258 del Código Civil²³, además y en cuanto a las diferentes cometidos que cumplen los artículos 2 y 50 del Código de Comercio, coincidimos con ALFARO ÁGUILA-REAL cuando razonadamente expuso lo siguiente:²⁴ «En el artículo 2 C de c y en el artículo 50 C de c se regulan distintos sistemas de prelación de fuentes. Mientras en el artículo 2 C de c se recogen las fuentes de integración de los contratos, en el artículo 50 C de c se regula un supuesto de integración de normas legales por remisión a otras normas. Por lo tanto, las normas de «Derecho común» a las que se refieren uno y otro precepto no pueden ser las mismas. Si el artículo 2 C de c se ocupa de la integración contractual, hay que entender que al referirse al derecho común lo hace a las normas integradoras de los contratos del Derecho común, es decir, a normas dispositivas reguladoras de cada tipo contractual (arts. 1445 y ss CC) y normas dispositivas sobre obligaciones (arts. 1088 ss) normas a las que se refiere igualmente el artículo 1258 CC. Por el contrario, la referencia al Derecho común del artículo 50 debe entenderse realizada —como se deduce del propio tenor literal — a «lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes», es decir, a las normas (imperativas) generales sobre contratos que después serían arts. 1261ss CC. La función de una y otras normas es muy diferente y el codificador era consciente de ello».

Por lo tanto, el Artículo 001-4 del ACM (Jerarquía de normas) es claramente una norma de integración legal, en el que desaparece la referencia al «Derecho común», para adoptar la de «legislación civil», como «cláusula de cierre» de dicha función integradora normativa.

La importancia de lo anterior se revela si entendemos efectivamente que la integración de la norma jurídica es una de las labores que conocemos dentro de lo que se denomina como «aplicación de la norma jurídica», como de hecho revela el rótulo del Título Preliminar del Código Civil: «De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia»²⁵, con la que el jurista cuenta para colmar las lagunas del Derecho, por ello de acuerdo con una interpretación —con utilización de los criterios que nos proporciona el artículo 3 del Código Civil— de lo previsto en el artículo 149.1.6 de la Constitución española que reserva como competencia exclusiva del Estado la legislación mercantil y entendiendo dentro de dicha competencia la meritada función integradora normativa (puesto que además, observamos que en relación con la legislación civil, se prevé en el artículo 149.1.8 en cuanto a la conocida reserva de competencia exclusiva en favor del Estado²⁶, «En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas...»), podamos deducir que en el Artículo 001-4 del ACM se está ejercitando una competencia exclusiva estatal para determinar que la integración normativa del futuro Código Mercantil ha de hacerse conforme a «...la legislación civil, según su sistema de fuentes».

IV. UNA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO «LEGISLACIÓN CIVIL» USADO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

Ubicada la cuestión dentro de la supletoriedad o no del derecho foral o derecho civil especial para integrar al Derecho mercantil, dado que el sistema de fuentes de nuestro Ordenamiento Jurídico español se encuentra previsto en el artículo 1 del Código Civil, una posible interpretación del concepto «legislación civil» en el Anteproyecto de Código Mercantil ha de pasar a nuestro juicio y en la materia que nos ocupa por el significado que al mismo haya de atribuírsele en el artículo 149.1.8 de la Constitución española²⁷ cuando reserva como competencia exclusiva del Estado dicha «legislación civil» y del que en sede de jurisprudencia constitucional se haya realizado.

En primer lugar, a nuestro juicio, es necesario poner de manifiesto que la referencia que hace el artículo 149.1.8 de la Constitución española al concepto «legislación civil» lo es a la legislación del Estado, ya que el concepto «derechos civiles forales o especiales» se utiliza en relación con el correspondiente Derecho autonómico²⁸.

Sin embargo, la idea del concepto «legislación civil», en cuanto a la delimitación del campo «civil» desde los albores de la historia de nuestra jurisprudencia constitucional ni ha sido fácil ni se ha llevado a cabo con claros frutos²⁹.

Para intentar contraponer el concepto «legislación civil» del concepto «legislación mercantil», la sentencia del Tribunal Constitucional de núm. 37-1981 de 16 noviembre (RTC 1981/37), ya nos ponía sobre aviso de la polémica doctrinal, al pronunciarse del siguiente tenor:

«La cuestión acerca de la congruencia o incongruencia de los artículos 25.1, 28 y 29 (según veremos después, también del 34) de la Ley impugnada con la reserva establecida en el artículo 149.1.6, de la Constitución no tiene, a primera vista, respuesta fácil, porque el contorno de los grandes sectores sistemáticos del ordenamiento no es en modo alguno preciso y la referencia a estos sectores como criterio de delimitación competencial hace depender tal delimitación de la opción que se tome dentro de una polémica doctrinal siempre viva. Como es obvio, toda la actividad económica y, dentro de ella, la actividad que, en el sentido más amplio, podemos designar como actividad mercantil, aparece disciplinada hoy en las sociedades que siguen el modelo de la economía de mercado, por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el derecho público y el derecho privado, dentro del cual hay que situar sin duda el derecho mercantil. En efecto, aquellas concepciones del mismo que lo definen como «la parte del derecho patrimonial privado que regula el Estatuto profesional de los titulares de las Instituciones de producción económica características del sistema capitalista, los empresarios mercantiles, así como el tráfico que estos realizan para colocar en el mercado los bienes y servicios producidos», o, mas sucintamente, «el derecho privado de la actividad económica desarrollada por los empresarios», que cuentan sin duda entre los más autorizados de nuestra doctrina, trasladan en último término el problema de la delimitación conceptual del derecho mercantil, al menos en la dimensión que ahora nos importa, al de la delimitación entre derecho privado y derecho público.»

Dicha polémica doctrinal sobre la mercantilidad se ve reflejada en el ACM —como hemos apuntado—, aunque si lo anterior no es claro, menos lo es el auténtico sentido de «legislación civil» en el ACM en cuanto a si el mismo comprende no solo el Derecho civil estatal sino también el Derecho civil autonómico, con el consabido problema en cuanto a la labor integradora de lo regulado en el Código Mercantil proyectado.

Ni siquiera, creemos, que la polémica sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31-2010 de 28 junio (RTC 2010/31) sobre la constitucionalidad de determinados preceptos del Estatuto de Cataluña, en su Fundamento Jurídico núm. 76 nos revela claridad sobre el concepto de «legislación civil», cuando razona lo siguiente:

«Por ello, “la competencia exclusiva en materia de derecho civil” a que se refiere el artículo 129 EAC ha de entenderse ceñida estrictamente a esas funciones de “conservación, modificación y desarrollo” del derecho civil catalán que son “la medida y el límite primero de las competencias... atribuibles y ejercitables” por las Comunidades Autónomas en virtud del artículo 149.1.8.ª CE (STC 88/1993, F. 1).

Obviamente, el hecho de que el artículo 129 EAC no se refiera expresamente a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil no perjudica, en absoluto, a la prescripción del primer inciso del artículo 149.1.8 CE, pues es evidente que las competencias atribuidas por la Constitución al Estado no precisan de confirmación alguna en los Estatutos de Autonomía (fundamentos jurídicos 59 y 64). Con mejor propiedad, el Estatuto ha de limitarse a la atribución de competencias a la Comunidad Autónoma respectiva, siendo así que la única que el Estatuto catalán puede atribuir a la Generalitat, en el ámbito de la legislación civil, es la que tenga por objeto la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil de Cataluña, debiendo pues entenderse que “la competencia exclusiva en materia de derecho civil” se contrae a ese específico objeto, sin extenderse al propio de la “legislación civil” como materia atribuida al Estado, a título de competencia exclusiva, por el primer inciso del artículo 149.1.8 CE.

De otro lado, el artículo 129 EAC no deja de señalar los límites constitucionales a los que está en todo caso sometida la competencia autonómica en relación con el Derecho civil catalán, pues la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre ese Derecho no puede en ningún caso afectar a las materias referidas en el inciso segundo del artículo 149.1.8 CE, según dispone expresamente el precepto enjuiciado.

En fin, la previsión de que la competencia autonómica atribuida por el artículo 129 EAC “incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña” no supone una infracción del artículo 149.1.8 CE en el punto en que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la “determinación de las fuentes del Derecho” en todo el territorio nacional. En efecto, esta competencia del Estado no es incondicional u omnímoda, sino expresamente sometida al “respeto... a las normas de derecho foral o especial” (art. 149.1.8 CE), lo que implica, necesariamente, que en la determinación del sistema de fuentes del Derecho la legislación civil del Estado habrá de tomar en consideración y respetar aquellas normas. La competencia exclusiva sobre el Derecho civil de Cataluña, en tanto que Derecho foral o especial, comprende, pues, la competencia para la determinación de las fuentes de ese específico Derecho, siendo claro que esa competencia autonómica ha de sujetarse en su ejercicio a la competencia que corresponde al Estado para la “determinación de las fuentes del Derecho” en todo el territorio, por más que en dicho ejercicio el Estado venga siempre obligado a respetar los sistemas normativos privativos de los distintos Derechos civiles forales o especiales [STC 47/2004, de 25 de marzo (RTC 2004, 47), F. 13].

En definitiva, el artículo 129 EAC no se refiere, ni podría hacerlo, a la totalidad del Derecho civil español, sino solo al Derecho civil privativo de Cataluña, respecto del que la Generalitat puede perfectamente ostentar una competencia exclusiva que tenga por objeto la conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho, en los términos establecidos en nuestra doctrina, y en la que se comprenda la determina-

ción de su propio sistema de fuentes. Determinación que, como función normativa, solo puede tener el alcance que es propio de las funciones de “conservación, modificación y desarrollo” del Derecho civil existente en Cataluña al constituirse esta en Comunidad Autónoma, que son las que constitucionalmente le reconoce y garantiza el artículo 149.1.8 CE. Sistema privativo de Derecho civil, por tanto, que el legislador del Estado debe respetar al ejercer su competencia exclusiva para la determinación de las fuentes del Derecho en su integridad y para el conjunto del Estado, esto es, articulando en un sistema general los diferentes sistemas normativos vigentes en el ámbito civil por razón de la especialidad o foralidad, “allí donde existan” (art. 149.1.8 CE).

Interpretado en esos términos, el artículo 129 EAC no es contrario a la Constitución, y así se dispondrá en el fallo»³⁰.

Sin embargo, DÍEZ-PICAZO³¹ analiza con rigor el concepto «legislación civil» al que hace referencia el artículo 149.1.8 de la Constitución española, al razonar que: «Creo que podemos decir, sin duda, que es la legislación civil contenida en el Código Civil o en las leyes civiles especiales que se refiere a la ordenación jurídica de la persona, capacidad, estados civiles, derechos de la personalidad, la que regula el sistema del derecho de propiedad y de los derechos reales sobre los bienes, la que regula los contratos en general y los contratos típicos, que no han pasado a formar parte de otras disciplinas pertenecientes a la órbita del Derecho privado, así como el régimen de la responsabilidad civil o Derecho de daños y, de forma indiscutible, la que regula el Derecho de familia, matrimonio y relaciones paterno-filiales e instituciones tutelares y el Derecho de sucesiones. Ocurre, sin embargo, que en el Derecho civil y en el Código Civil hay más cosas. Hay una serie de técnicas que pertenecen a la parte general, que no es ya del Derecho privado, sino del Derecho en general. Recordemos los conceptos y las teorías del derecho subjetivo o del negocio jurídico. ¿Puede decirse, desde el punto de vista de la Constitución y del Derecho constitucional, que la utilización de estas técnicas constituye materia de la legislación civil y, por consiguiente, competencia exclusiva del Estado? Me parece que sería muy aventurado sostenerlo así. El problema se suscitó en la STC 37/1987, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado sobre la Ley de la Reforma Agraria de Andalucía. En alguno de los preceptos de dicha Ley se hacía alguna alusión a un posible fraude de ley, para decretar su ineficacia o su invalidez. Los recurrentes opinaban que la utilización de la idea de fraude de ley violaba el artículo 149.1.8.^a, y la sentencia, con buen criterio, dijo que no. Efectivamente, la técnica del fraude de ley es examinada especialmente en los libros de Derecho civil, pero nada permite entender que sea una institución exclusivamente civil. La misma técnica puede ser utilizada por otras leyes (*v.gr.*, fiscales o administrativas), sin que el hecho de esta utilización de algunas técnicas de calificación de diferentes actos o situaciones (p. ej., como derecho subjetivo o como negocio jurídico) o de sanción (p. ej., nulidad, anulabilidad, indemnización, etc.). La utilización de estas técnicas originariamente civiles, en una concepción académica del Derecho civil, no significa que desde el punto de vista constitucional haya vulneración de las competencias sobre legislación civil. Para medir las competencias y delimitar el concepto hay que atender más a las instituciones reguladas que a las técnicas utilizadas para ello. La utilización de los conceptos de abuso del Derecho o de prescripción de las acciones nos conduce a reflexiones semejantes.

Algún problema de no fácil solución plantean, en la misma línea de delimitación del concepto central del artículo 149.1.8.^a, algunas de las normas que afectan al derecho de propiedad. No puede dudarse que la propiedad es una institución

de Derecho civil. Es una de las instituciones centrales. Sin embargo, el régimen jurídico de las limitaciones del dominio es uno de los puntos fronterizos, clásicamente entre el Derecho civil y el Derecho administrativo. Por eso, si bien la regulación general del derecho de propiedad pertenece a la legislación civil, no puede decirse lo mismo de la regulación de lo que tradicionalmente llamábamos propiedades especiales. Algunas de estas propiedades especiales aparecen en muchos de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas regidas por el artículo 148. Así, por ejemplo, las referencias a la caza y a la pesca, al régimen minero, a los montes o al patrimonio histórico-artístico, sin que nada permita entender que la referencia se haga únicamente a las cuestiones que sean solo de Derecho administrativo»³².

V. CONCLUSIONES

Como consideramos, ha de sostenerse que la integración normativa de una laguna típicamente mercantil ha venido y debería seguir haciéndose mediante el recurso a la aplicación única y exclusivamente de la norma mercantil estatal que el intérprete jurídico encuentre para dicha integración legal, de acuerdo con la competencia constitucional estatal mercantil existente, máxime a la luz de la jurisprudencia citada en materia de seguros.

Ahora bien, en nuestra opinión puede sostenerse interpretativamente que el hecho de que en el ACM desaparezca el concepto jurídico de *Derecho común* en detrimento del de «legislación civil», hace que la integración normativa de una laguna que derive de un contrato mercantil pero referente a un concepto de derecho civil haya de realizarse igualmente desde la aplicación por el intérprete de la norma civil estatal que pueda sustentar el caso analizado en función del alcance constitucional de dicho concepto y de la distribución competencial que realiza al respecto nuestra Carta Magna, sin que pudieren utilizarse en su contra los consabidos argumentos de la aplicación territorial de la norma civil autonómica.

Un resultado hermenéutico contrario al aquí propuesto —de acuerdo con la redacción expuesta del ACM—, nos llevaría a tener que plantearnos en un contrato mercantil cuestiones propias del Derecho Interregional, que como sabemos adolece en numerosos aspectos de una adecuada regulación.

Dado la mercantilidad de la materia y la especial incidencia de la persona jurídica de tipo mercantil en el tráfico, el hecho de tener que acudir a la solución conflictual del Derecho Interregional supondría, por ejemplo, tenernos que plantear problemas como el de la vecindad civil de la persona jurídica y si la misma puede determinarse conforme al domicilio o al ámbito territorial donde desempeñan sus actividades³³, lo que nos hace recordar inevitablemente el voto particular que pusieran Díez-PICAZO y RUBIO LLORENTE a la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 72-1983 de 29 julio (RTC 1983\72), con el siguiente tenor:

«2. Por otra parte, consideramos que no se ha profundizado debidamente en la idea de la posible regionalidad (?) de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico resultante de la Constitución. En la Ley que aprobó la *Compilación del Derecho Foral de Navarra* en 1973 (RCL 1973/408, 456; RCL 1974/1077 y NDL 22212) se admitió la posible consideración de una persona jurídica como titular de la condición foral navarra. El artículo 9.11 del Código Civil dice que la Ley personal correspondiente a la persona jurídica es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. Y como el artículo 9.11 es aplicable según

el artículo 16 del mismo Código para resolver los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones en el territorio nacional, no resulta difícil entender que la ley correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su condición regional. Es verdad que el artículo 16 del Código Civil habla de coexistencia de distintas legislaciones civiles. Obedece ello, como es sabido, a que en el momento de dictarse el pluralismo jurídico existente en España era exclusivamente el de orden civil, lo que no impide la aplicación de las mismas normas a los conflictos determinados por la coexistencia de legislaciones de otro orden, dado que el sistema de derecho interregional que allí se encuentra es el único existente en el Derecho español, prescindiendo del carácter común que se pudiera atribuir al Código Civil».

En fin, quizás una de las múltiples cuestiones que a buen seguro sería necesario o conveniente que fueran objeto de aclaración durante el proceso codificador del ACM sea la que aquí hemos tenido ocasión de plantear, lo cual debería tratarse desde un punto de vista estrictamente jurídico dentro del marco constitucional competencial correspondiente sin que decisiones o motivaciones de otra índole interfieran en dicha labor.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLFARO AGUILA-REAL: *El papel en los usos en el Código de Comercio* (notas para una reinterpretación del art. 2 C de c). www.uam.es
- ÁLFARO AGUILA-REAL: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/06/el-ante-proyecto-de-codigo-mercantil-i.html>
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ: «La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho Común dentro del pluralismo jurídico español». *Indret*. 1/2012.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ: «Extensión de la plurilegislación civil española». *La competencia en materia de derecho civil en la STC 31/2010. Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum*: José Luis IGLESIAS BUHIGUES/coord., por Carlos ESPLUGUES MOTA, Guillermo PALAO MORENO, Manuel Alejandro PENADÉS FONS, 2012.
- BARRAL VIÑALS: «Los indeterminados límites del Derecho Autonómico Civil», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo I. Semblanzas. Derecho Civil. Parte General. Thomson-Civitas, 2003.
- DE CASTRO Y BRAVO: «El término Derecho Común en el Código de Comercio». *Anuario de Derecho Civil*, 1969, págs. 839 y sigs., en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico DE CASTRO*. Centro de Estudios Registrales, Tomo II.
- *Derecho Civil de España*. Editorial Civitas, 1985.
- DELGADO ECHEVARRÍA: «Comentario conjunto a la STS de 19 de enero de 1987 y a la STS de 16 de febrero de 1987», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 13.
- DÍEZ DEL CORRAL: «El Derecho foral como supletorio del Derecho mercantil» (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968), *Anuario de Derecho Civil*, XXIII.
- DÍEZ-PICAZO: «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en Materia de Derecho Civil [en, *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*», Editorial Tecnos, Madrid, 1989], en *Ensayos Jurídicos*. Tomo I. Thomson Reuters, Civitas, 2011.
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. Tecnos, 12.^a edición (2012).

- ESPIAU ESPIAU: «L'aplicació del dret supletori i la regulació de la prescripció en el Codi civil de Catalunya», *Indret* 2/2013.
- ESPIAU ESPIAU: «Comentario a la Sentencia de 6 de septiembre de 2013», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94/2014.
- GARCÍA RUBIO: «Una propuesta de Código Mercantil sin modelo comparado». *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, núm. 1/2013.
- GIRÓN TENA: «El concepto del Derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y derecho comparado». *Anuario de Derecho Civil*, 1954-III.
- GULLÓN BALLESTEROS: *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993.
- JIMÉNEZ CAMPO: «Interpretación de la Constitución», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III. Editorial Civitas,
- LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, I. Editorial Bosch, 1988.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ: «Comentarios a las reformas del Código Civil». *El nuevo título preliminar del Código y la Ley 2 de mayo de 1975*. Ed. Tecnos, 1975.
- MORALES MORENO: *La Modernización del Derecho de Obligaciones*. Thomson-Civitas. 2006.
- REDONDO TRIGO: «De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado europeo. Hacia un nuevo *Ius Commune*». *Anuario de Derecho Civil*. Vol 64, núm. 4, 2010.
- ROCA I TRIAS: «El antiguo artículo 12 del Código Civil y la historia del derecho supletorio». *Centenario del Código Civil*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Vol. II.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ: «Competencia de los Parlamentos autonomicos en la elaboración del Derecho civil». Estudio del artículo 149.1.8 de la Constitución. *Anuario de Derecho Civil*, 1986, IV.
- ZIMMERMAN, R.: *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Editorial Civitas, 2000, pág. 58.
- (ed.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC núm. 72-1983 de 29 julio (RTC 1983/72).
- STC núm. 37-1981 de 16 noviembre (RTC 1981/37).
- STC núm. 31-2010 de 28 junio (RTC 2010/31).
- STC de 28 de junio de 1968 (RJ 1968/3607).
- STC de 16 de febrero de 1987 (RJ 1987/698).
- STC núm. 533-2013 de 6 septiembre (RJ 2013/5927).
- STC núm. 534-2013 de 6 septiembre (RJ 2013/5928).
- SAP de Barcelona de 4 de noviembre de 2013 (Sección 1.^a) (JUR 2013/381428).
- SAP de Barcelona de 10 de diciembre de 2013 (Sección 16.^a) (JUR 2014/21578).
- SAP de Barcelona de 7 de abril de 2014 (Sección 1^a) (JUR 149/652).

NOTAS

¹ REDONDO TRIGO. «De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado europeo. Hacia un nuevo *Ius Commune*». *Anuario de Derecho Civil*. Vol 64, núm. 4, 2010, págs. 1643-1682.

² ZIMMERMAN, R. *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Editorial Civitas, 2000, pág. 58.

³ ZIMMERMANN, R. (ed.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999.

⁴ Sobre estos aspectos, *vid.* MORALES MORENO. *La Modernización del Derecho de Obligaciones*. Thomson-Civitas. 2006.

⁵ Boletín del Ministerio de Justicia núm. 1998, págs. 108 y sigs.

⁶ Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIII. Enero de 2009.

⁷ GARCÍA RUBIO. «Una propuesta de Código Mercantil sin modelo comparado». *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, núm. 1/2013.

⁸ *Actualiza*: Grupo para la Reforma y Actualización del Derecho Privado en España.

⁹ ÁLFARO AGUILA-REAL. <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html>

¹⁰ *Id.*, al respecto, el magistral trabajo del profesor GIRÓN TENA: «El concepto del Derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y derecho comparado». *Anuario de Derecho Civil*, 1954-III, págs. 695 y sigs.

¹¹ La bibliografía al respecto es extensísima, baste citar, por ejemplo y como recientes los trabajos críticos de Espiau Espiau: «L'aplicació del dret supletori i la regulació de la prescripció en el Codi civil de Catalunya», *Indret* 2/2013, y «Comentario a la Sentencia de 6 de septiembre de 2013», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 94/2014 parte Sentencias.

¹² GULLÓN BALLESTEROS. *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, pág. 31.

¹³ Sobre la supletoriedad del Código Civil, con abundante bibliografía al respecto, *vid.* por ejemplo, LALAGUNA DOMÍNGUEZ. *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley 2 de mayo de 1975*. Ed. Tecnos, 1975, págs. 239 y sigs.; ROCA I TRIAS. «El antiguo artículo 12 del Código Civil y la historia del derecho supletorio». *Centenario del Código Civil*. Editorial Centro de Estudios Ramón ARECES, Vol. II, págs. 1777 y sigs.

Sobre la cuestión foral, *vid.*, DE CASTRO Y BRAVO. *Derecho Civil de España*. Editorial Civitas, 1985, págs. 211 y sigs.; LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho Civil*, I. Editorial Bosch, 1988, págs. 89 y sigs.

¹⁴ ÁLVAREZ GONZÁLEZ. «La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho Común dentro del pluralismo jurídico español». *Indret*. 1/2012.

¹⁵ *Id.*, la crítica a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1987, realizada por DELGADO ECHEVARRÍA. «Comentario conjunto a la STS de 19 de enero de 1987 y a la STS de 16 de febrero de 1987», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 13, págs. 4325-4344.

¹⁶ Nos referimos al texto aprobado por el Gobierno el día 30 de mayo de 2014.

¹⁷ DE CASTRO Y BRAVO. «El término Derecho Común en el Código de Comercio». *Anuario de Derecho Civil*, 1969, págs. 839 y sigs., en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*. Centro de Estudios Registrales, Tomo II, págs. 1069 y sigs., quien mantiene en contra de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968 que el término *Derecho Común* en el Código de Comercio de 1885 no puede referirse a otra cosa que a lo que se entendía por él en el Código de Comercio de 1829, razonando al efecto (*vid.* págs. 1074 y 1075) lo siguiente: «Los hechos recordados permiten ya obtener las siguientes conclusiones. El Código de 1829 no pudo utilizar la denominación "Derecho Común" en el sentido del Derecho romano, pues en la doctrina y en la práctica se le había negado que tuviera en España tal carácter. Menos aún puede pensarse que la referencia del Código se hiciera en favor de los Fueros Provinciales y Locales; en la época, hubiera sido inconcebible, una *contradictio in terminis*, ya que sería calificar de común a lo que era considerado Derecho particular singular. Parece, por tanto, que la remisión hecha por el Código de Comercio de 1829 al "Derecho común", habrá que entenderla realizada al "Derecho civil llamado de Castilla"».

DE CASTRO se aparta así del criterio de dicha sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968 y de la prematura opinión que sobre la misma hiciera DÍEZ DEL CORRAL en su trabajo: «El Derecho foral como supletorio del Derecho mercantil (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968)», *Anuario de Derecho Civil*, XXIII, págs. 399-404. De Castro construye su teoría sobre la realización de un sobresaliente análisis del elemento histórico de la norma, así como de la opinión de la doctrina mercantilista de la época y de los postulados de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que se ocuparon del particular:

sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1866; 27 de diciembre de 1888, 5 de octubre de 1894 y 28 de abril de 1899.

¹⁸ Sin embargo, sí hemos encontrado dos únicas al Derecho Común en el ACM, aunque no lo han sido en su articulado, sino en los siguientes apartados de su Exposición de Motivos:

«VII-5. Por lo que se refiere a los documentos que merecen la calificación de título-valor, se considera que la documentación de un derecho patrimonial en un título-valor y la aplicación del régimen especial que lo caracteriza solo tienen un mero valor instrumental. De ahí que se haya destacado que el título valor no «incorpora» el derecho al documento, si no que la esencia del título valor es la de representar, documentar derechos patrimoniales que por decisión del Ordenamiento jurídico quedan sometidos a normas especiales distintas de las del derecho común. En esta línea se incluyen tanto los títulos emitidos de forma singular como los emitidos en serie; se han desechado, por tanto aquellas concepciones disgregadoras para las que ambas clases de títulos no debían regularse de una manera unitaria ni someterse a un régimen común Y por otro lado, dado el carácter especial de su régimen legal se ha optado por cerrar el ámbito de los documentos que merecen esta caracterización solo se consideran títulos-valores los reconocidos como tales por la ley.»

«VII-15. Pero ello no supone que esta sea una nueva forma de entrega; la eficacia traslativa que resulta del título de tradición es la mera consecuencia de aplicar las normas generales del Derecho privado, si bien estas se ven modalizadas porque el derecho a la restitución se documenta en un título-valor, lo que comporta normas especiales de tutela de los terceros adquirentes de buena fe. Y son también las reglas del Derecho común las que determinan el alcance y límites que deben reconocerse a la tradición realizada a través de los títulos, de forma que en caso de conflicto entre el adquirente de buena fe del título y de la posesión inmediata de las mercancías mismas, prevalecerá el segundo.»

¹⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL critica la construcción del mismo, del siguiente modo: «La regulación de las “fuentes del Derecho Mercantil” es, también, decimonónica. Han reproducido el artículo 2 del Código de Comercio que, como expusimos en un trabajo, es producto de un error o, mejor, de una voluntad política muy concreta. Su contenido debería incluirse en la parte de obligaciones y contratos pero los codificadores querían tener un precepto que enumerara las fuentes del Derecho Mercantil e incluyeron el artículo 2 que, bien entendido, no hace sino reproducir el contenido del que sería el artículo 1258 CC (los contratos obligan a lo pactado, y a lo que sea conforme con los usos y la buena fe). Resulta ridículo afirmar en 2014 que las “materias” mercantiles se rigen por las normas del Código —una tautología— “en su defecto (por) los usos de comercio” (que solo existen en el ámbito de la contratación) y que la aplicación del Derecho Civil solo se produce “en defecto de reglas especiales mercantiles”, lo que es otra obviedad ya que es lo que resulta de la aplicación del principio *lex specialis derogat generalis*.

En definitiva, puesto a copiar las memorias de cátedra sobre “Concepto y Método” de la asignatura de Derecho Mercantil, podrían haber copiado alguna más moderna». <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html>

²⁰ Ni el artículo 001-4 del ACM ni su justificación realizada en el apartado I-18 de su Exposición de Motivos han sufrido variación alguna en relación con la supletoriedad de la «legislación civil» respecto de lo que aparecía en la Propuesta de Código Mercantil («PCM») elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación en 2013 en función del encargo que le realizara el entonces Ministro de Justicia Excmo. Sr. D. Juan Fernando López Aguilar en virtud de Orden de 7 de noviembre de 2006.

En este sentido el apartado I-14 de la Exposición de Motivos de la PCM expresaba que: I-14. El Código no se plantea ninguna cuestión de fuentes ni de autonomía legislativa del Derecho mercantil, sino que, partiendo de su carácter de Derecho especial, se limita a acotar su propia materia, a la que son aplicables, en primer lugar, las normas del Código y, en su defecto, los usos de comercio, en reconocimiento de la importancia de éstos, no ya en el origen de esta rama del Derecho sino en el moderno tráfico; solo en defecto de reglas especiales mercantiles, legales o consuetudinarias, se aplicarán a esta materia las de la legislación civil, según su sistema de fuentes.»

Por otro lado, el Artículo 001-5 de la PCM, Jerarquía de las normas, preveía lo siguiente: «A falta de normas en este Código, se aplicarán los usos de comercio y, en su defecto, las normas de la legislación civil, según su sistema de fuentes.»

Resulta interesante comprobar como la sustitución del concepto «Derecho común» por «legislación civil» ya nace en la Propuesta de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (Boletín del Ministerio de Justicia núm. 2006, págs. 203 y sigs.) que pretendió la reforma del artículo 50.2 del Código de Comercio, con la siguiente redacción:

«Los contratos mercantiles se regirán por las disposiciones contenidas en este Código y en las leyes mercantiles que lo complementan, en su defecto por los usos mercantiles observados en el sector económico de que se trate y a falta de éstos por las disposiciones de la legislación civil. Serán aplicables a los contratos mercantiles con los consumidores las normas para la protección de éstos, establecidas en este Código o en Leyes especiales.»

²¹ El artículo 2 del Código de Comercio prevé expresamente que: *«Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.»* Por su parte, el artículo 50 del Código de Comercio establece que: *«Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común.»*

²² Sobre la función del artículo 2 del Código de comercio, con abundante bibliografía y exposición de la cuestión en la doctrina mercantilista, *vid.*, ÁLFARO AGUILA-REAL. «El papel en los usos en el Código de Comercio (notas para una reinterpretación del art. 2 C de c)». www.uam.es

²³ La norma general de interpretación de los contratos mercantiles que dedica el ACM es la siguiente:

«Artículo 414-1. Norma general.

El contrato mercantil debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. Para determinar esta intención común se tendrán en cuenta todas las circunstancias y, en particular, los términos del contrato, las negociaciones previas, las prácticas entre los contratantes, la conducta de estos después de celebrado el contrato, la naturaleza y finalidad del mismo y los usos y el sentido comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo sector de actividad económica.»

²⁴ *Vid. op. cit.* págs. 19 y 20.

²⁵ DIEZ-PICAZO Y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. Tecnos, 12.^a edición (2012), pág. 164, sobre dicho rótulo del Título Preliminar del Código Civil, lo critican diciendo que: «...El Título Preliminar no ha sido afortunado al rotular con el pomposo título “De la aplicación de las normas jurídicas” dos preceptos que solo se ocupan de una parte de esa tarea, en la que la interpretación de la norma es una fase destacada, pero de ninguna manera la que absorbe a todas las demás», para más tarde (pág. 176) ofrecernos el significado de la integración de la norma jurídica como método para suplir las lagunas del Derecho, del siguiente modo: «Si la interpretación es la atribución de sentido a una norma de formulación conocida (v. gr., un texto legal), la integración constituye una actividad de signo diferente. Mediante ella no se trata de establecer el significado de una norma, sino de suplir o salvar un defecto del material normativo del que de modo inmediato se dispone. Por ello, el tema general de la integración de las normas se conoce en la técnica con el nombre de lagunas del Derecho, y abarca también el modo o procedimiento para suplir o llenar tales lagunas».

²⁶ JIMÉNEZ CAMPO. «Interpretación de la Constitución», voz de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III. Editorial Civitas, págs. 3685 y siguientes, se refiere al respecto de la siguiente forma: «Interpretación “de la Constitución” (...) e interpretación “constitucional” no son, pues, nociones coincidentes, (...). La interpretación de la que se trata (la primera) es, ante todo, interpretación jurídica, por más que (...) la misma difiera no poco, en aspectos de relieve, de aquella de la que son objeto otros textos normativos». Así, «Los criterios tradicionales que, sobre la base de la inicial construcción de Savigny, así enuncia el artículo 3.1 del CC puede y deben ser empleados, desde luego, en la interpretación de las normas

constitucionales; pero ni se agota en ellos (...) el elenco de los que están a disposición del intérprete ni tales criterios han de proyectarse sobre la norma sin identificar antes algunos principios que deben orientar la labor del intérprete y otorgar preferencia, en su caso, a uno u otro de aquellos puntos de vista».

²⁷ DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *vid. op. cit.* pág. 77, ya nos advierten de la dificultad del problema hermenéutico en cuanto al significado global de dicha norma jurídica y nos ofrecen una interpretación correcta de la misma, de la siguiente forma: «El precepto transcrito ha sido siempre de difícil inteligencia, porque se produce a través de una serie de rodeos. En nuestra opinión, la mejor comprensión del precepto aconseja distinguir en el tres reglas:

1ª. La regla general, que es la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, que debe entenderse como un principio general.

2ª. La regla de salvaguarda sobre la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos forales en ellas existentes, con una atribución de competencias a estas Comunidades Autónomas.

3ª. Finalmente, lo que se puede llamar la «reserva final», pues el precepto dice que «en todo caso» son competencia exclusiva del Estado las que la segunda parte del precepto menciona.

Ello, no obstante la inteligencia del precepto, ha dado lugar a variantes de interpretación. Para la primera, que coloca el centro de gravedad en lo que hemos llamado «cláusula de salvaguarda», cualquier competencia regional en materia de Derecho civil pasa, como presupuesto imprescindible, por la preexistencia, en el momento de la promulgación de la Constitución, de Derecho foral en tal Comunidad, y lo que hemos llamado «reserva final» es el límite infranqueable de las competencias de desarrollo del Derecho foral. De esta suerte, como hemos visto, la preexistencia del Derecho foral es presupuesto de la competencia de cualquiera de las Comunidades Autónomas y, por tanto, no puede ni podrá tener competencia en materia de Derecho civil aquella Comunidad Autónoma donde no existía (ni, más aún, donde nunca hubiera existido) Derecho foral.

Una segunda forma de entender el precepto, que encuentra su fundamento en los antecedentes y en los trabajos de las Cortes Constituyentes, entiende que la competencia exclusiva del Estado se encontraba y se encuentra en lo que antes hemos llamado «reserva final», mientras que la «cláusula» de salvaguarda se introdujo para despejar los recelos de los foralistas, aunque, lógicamente, atribuyó a alguna Comunidad Autónoma competencias que de otra suerte no parece que pudiera haber tenido.

La conclusión de todo este proceso de interpretación del precepto es que los antiguos Derechos civiles especiales han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico de las Comunidades Autónomas y son, por consiguiente, Derechos autonómicos. La segunda conclusión, que resulta obvia también, es que, a partir de la aprobación de los Estatutos de Autonomía, las competencias legislativas, en orden a la modificación o al desarrollo y en general a la legislación que los Estatutos permitan, son obra de las Asambleas Parlamentarias de las Comunidades Autónomas. La tercera conclusión es que la delimitación de las competencias en materia de Derecho civil, a salvo siempre lo que hemos llamado «reserva final», está en función de los Estatutos de Autonomía».

²⁸ *Vid.*, BARRAL VIÑALS. «Los indeterminados límites del Derecho Autonómico Civil» en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo I. Semblanzas. Derecho Civil. Parte General. Thomson-Civitas, 2003, pág. 238, quien se pronuncia al respecto del siguiente modo: «La distribución competencial en derecho civil utiliza dos conceptos distintos en el artículo 149.1.8: *legislación civil* para referirse a la competencia del Estado y *derechos civiles forales o especiales* para referirse a los derechos autonómicos».

²⁹ *Vid.*, SÁNCHEZ GONZÁLEZ. «Competencia de los Parlamentos autónomos en la elaboración del Derecho civil. Estudio del artículo 149.1.8 de la Constitución». *Anuario de Derecho Civil*, 1986, IV, págs. 1124 y sigs., quien ya afirmaba (pág. 1124) que: «la expresión “legislación civil” del artículo 149.1.8 dista mucho de ser clara, por lo que es necesario conocer los límites de este bloque de competencia».

³⁰ *Vid.*, el interesante comentario que sobre la STC 31/2010, realiza Álvarez González. «Extensión de la plurilegislación civil española. La competencia en materia de derecho civil en la STC 31/2010». *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum*: José

Luis IGLESIAS BUHIGUES (coord.) por Carlos ESPLUGUES MOTA, Guillermo PALAO MORENO, Manuel Alejandro PENADÉS FONTS., 2012, págs. 23-40. Coincidimos con este autor cuando afirma que la STC 31/2010, en su particular interpretación constitucional, atribuye la misma materia «derecho civil» (Comunidad Autónoma de Cataluña) y «legislación civil» (Estado) a dos competencias legislativas diferentes, de forma incorrecta ya que con claridad la competencia de la misma es exclusiva del Estado.

³¹ Díez-PICAZO, «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en Materia de Derecho Civil» [en, *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, págs. 13 y sigs. Editorial Tecnos, Madrid, 1989], en *Ensayos Jurídicos*. Tomo I. Thomson Reuters, Civitas, 2011, págs. 335 y sigs.

³² Para un desarrollo de la cuestión, *Vid.* BARRAL VIÑALS. «Los indeterminados límites del Derecho Autonómico Civil» en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo I. Semblanzas. Derecho Civil. Parte General. Thomson-Civitas, 2003.

³³ *Vid.*, VAQUER ALOY y las posiciones doctrinales citadas por este autor en «Algunas consideraciones sobre la vecindad civil de las personas jurídica». *Revista de Derecho Privado*. 1996, tomo 80, núm. Septiembre, pp. 615-634», quien concluía razonando lo siguiente (págs. 633 y 634): «De *lege data*, ninguna norma de vigencia estatal contempla una posible vecindad de las personas jurídicas (aparte del juego de los arts. 9.11 y 16.1.1.ª del CC, únicamente lo hace el artículo 15 de la Compilación navarra). Si se admite nuestro razonamiento anterior en el sentido de que la vecindad civil de las personas jurídicas la determina su sumisión al «Derecho Civil Común» o a uno de los «derechos civiles, forales o especiales», del análisis de los preceptos a partir de los cuales, en todo caso, podría deducirse tal vecindad, se observa que se dibujan criterios distintos de sumisión a los «derechos civiles» según las concretas personas jurídicas. Para asociaciones y fundaciones, creemos que, a la vista del derecho vigente, el único dato legal que aporta un mínimo de seguridad al tema es el del «ejercicio principal de funciones» sobre todo si coincide su ámbito territorial con el de vigencia de la ley conforme a la cual se haya constituido la persona jurídica, mientras que para las Cajas de Ahorro, de la normativa vigente parece desprenderse como criterio el del domicilio.

Por consiguiente, de *lege ferenda*, se hace necesario, por más que el problema sea probablemente más teórico que práctico, que el legislador estatal proceda a establecer legalmente los criterios de atribución y de pérdida-cambio de vecindad civil también para las personas jurídicas, aunque parece difícil que pueda establecerse un criterio uniforme para todas las personas jurídicas, puesto que no cabe obviar la distribución de competencias sobre ellas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en la medida en que los criterios son distintos según las concretas personas jurídicas de que se trate. Y no solo de las personas jurídicas de Derecho civil, sino que incluso, sería conveniente que comprendiera las sociedades mercantiles, puesto que debe recordarse que la S.T.S de 28 de junio de 1968 (Ponente, FRANCISCO BONET RAMÓN) interpretó el término «derecho común» de los artículos 2 y 50 Código de Comercio como abrazando los derechos civiles «forales o especiales», que serían «Derecho común» en su respectivo territorio de vigencia. En definitiva, en atención a la pluralidad de ordenamientos jurídico-civiles en España y a la remisión que el artículo 16.1.1.ª hace al artículo 9.11 del Código civil, consideramos oportuno que el legislador proceda a regular de una manera unitaria la vecindad civil en relación a todas las personas jurídicas».

3. URBANISMO

Sobre la caducidad y posibilidad de prórroga de la nota marginal de inicio del expediente de equidistribución y de la afección real de las fincas de resultado al pago de los gastos de urbanización

On Marginal Notes Reporting the Start of Equal Distribution Proceedings and the Encumbrance of the Resulting Properties to Secure the Payment of Development Costs: Marginal Note Expiration and the Possibility of Extension

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESOLUCIÓN de 31 de enero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad por la que se deniega la prórroga de la afección real que grava diversas fincas procedentes de un proyecto de reparcelación urbanístico.

RESUMEN: Análisis comparativo del régimen legal de duración de la nota marginal de inicio de un expediente de equidistribución y el de la afección de las fincas de resultado a los gastos de urbanización.

ABSTRACT: *Comparision between the legal regime of the duration of the marginal note recording the commencement of plot-redivision procedures and the encumbrance of properties as a result of a plot-redivision project.*

PALABRAS CLAVE: Afección urbanística. Nota marginal

KEY WORDS: *Encumbrance for development reasons. Marginal note*

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA CADUCIDAD DE LA NOTA MARGINAL DE AFECCIÓN Y SU PRÓRROGA. 3. LA IMPOSIBILIDAD DE PRÓRROGA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA AFECCIÓN REAL DE GARANTÍA.—IV. CONCLUSIONES.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

PRIMERO. Mediante instancia suscrita el día 7 de octubre de 2013 por don L. C. C., en nombre y representación y en calidad de administrador de una sociedad mercantil, que a su vez ostenta la condición de agente urbanizador del Programa de Actuación Integrada de la Unidad de Ejecución A-11 del Plan Gene-

ral de Ordenación Urbana del municipio correspondiente, se solicitó la prórroga de la nota marginal de afección que se extendió con fecha 6 de noviembre de 2006, por la que determinadas fincas registrales quedan afectas con carácter real al cumplimiento de las cargas y al pago del saldo de la liquidación de la cuenta definitiva del proyecto de reparcelación, correspondiéndoles un importe en el saldo de la cuenta provisional y una cuota en el pago de la liquidación definitiva.

SEGUNDO. Dicha instancia fue presentada el día 10 de octubre de 2013 en el Registro de la Propiedad, siendo objeto de la siguiente calificación: «De conformidad con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, le comunico que el despacho del documento antes referido, presenta la siguiente calificación desfavorable: Circunstancias de hecho: I). En virtud del escrito de referencia, L. C. C. (...) solicita la prórroga de la afección real que grava las siguientes fincas resultantes del Proyecto de Reparcelación (...). II). Que el expediente de reparcelación de la Unidad de Ejecución A-11 fue inscrito en este Registro en fecha 6 de noviembre de 2006, habiendo sido: aprobado por el Ayuntamiento Pleno en sesión celebrada con carácter ordinario el 3 de marzo de 2005, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia número 44 de 12 de abril de 2005 y notificado a todos y cada uno de los propietarios de terrenos afectados, siendo firme en vía administrativa. Si bien el proyecto de reparcelación aprobado en fecha 3 de marzo de 2005 presentaba una serie de errores, los cuales fueron subsanados en el «Texto Refundido diciembre/2005, Proyecto de Reparcelación de la UE A-11 del PGOU, el cual es objeto de inscripción y que fue: Aprobado por la Alcaldía Presidencia por resolución de fecha 6 de junio de 2006; publicado en el Boletín Oficial de la Provincia número 79 de 4 de julio de 2006 y notificado a todos y cada uno de los propietarios de terrenos afectados; siendo firme en vía administrativa. Dicha reparcelación ha sido ejecutada. (...). III). En fecha 25 de enero de 2011, de todas las fincas de las que se solicita la prórroga de la afección real (...), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio; artículo 416 del RD 67/2006, de 12 de mayo del Consell y el artículo 177 de la Ley 16/2005 de 30 de diciembre de la Generalitat, Urbanística Valenciana, a solicitud de L. C. se expidió por mí, certificación en relación al dominio y las cargas, al haberse iniciado el Programa de Actuación Integrada de la unidad de ejecución A-11 del PGOU en ejecución de la sentencia número 260 de 26 de junio de 2007 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 2 de Castellón, dictada en el PO 191/2005, que lo modifica. IV). En las fincas 55950 y 55952, existe anotado un embargo a favor del Ayuntamiento, por débitos en concepto de «costes de urbanización». V). Si bien en las fincas 55943, 55944, 55946, también se presentaron mandamientos de la Unidad de Recaudación Servicio Gestión Tributaria del Ayuntamiento de Burriana, ordenando la anotación de embargo sobre dichas fincas por «costes de urbanización», dichas anotaciones fueron objeto de suspensión por defectos subsanables y a fecha de hoy se encuentran, los asientos caducados y pendientes de anotar. VI). En las fincas 55943 y 55944, existen asientos posteriores que han sido objeto de cancelación en las fincas de origen con las que se corresponden, por lo que no podrá practicarse asiento alguno sobre las mismas en tanto no se lleve a cabo el traslado de dichos derechos. De conformidad con el artículo 16 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio. Defectos y fundamentos de derecho.—1. Se deniega la prórroga de la afección real solicitada al resultar que, la Legislación, tanto Estatal como Autonómica, no prevé ninguna prórroga de la misma sino duración máxima de siete años, de conformidad con el artículo 20 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre

inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística. En consecuencia debe entenderse que si la Ley hubiera querido establecer una prórroga de la afección real lo hubiera indicado expresamente, y que en consecuencia se aplica la regla general de la caducidad del asiento que opera automáticamente y frente a todas las partes. No obstante debe significarse que, en las actuales circunstancias económicas, sería muy conveniente que pudiera existir algún sistema para prorrogar la duración máxima de la nota marginal de forma que los intereses legítimos del Ayuntamiento, del urbanizador y de los propietarios que hayan costado efectivamente las cargas, no queden perjudicados, perjuicio que tendría lugar si por la caducidad de la afección ganaran preferencia y rango cargas y derechos inscritos con posterioridad. 2. Se suspende además por el defecto subsanable de que la solicitud de prórroga presentada por el administrador de la empresa urbanizadora carece de legitimación de firma, lo que podrá subsanarse notarialmente o ratificando dicha solicitud ante el propio registrador. Otras cuestiones de interés registral: A efectos informativos se hace constar que: A) Se solicita la prórroga de la afección real de todas las fincas resultantes del proyecto de reparcelación a excepción de las fincas 55902, 55903 y 55947, por lo que no se practicaría prórroga de la nota marginal de afección real sobre las mismas por no solicitarse expresamente. B) Tal y como anteriormente se ha indicado de la registral 59336, no se ha expedido la certificación en relación al dominio y las cargas, de haberse iniciado el Programa de Actuación Integrada de la unidad de ejecución A-11 del PGOU en ejecución de la sentencia número 260 de 26 de junio de 2007 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 2 de Castellón, dictada en el PO 191/2005, que lo modifica. C) Si bien hay en las fincas 55943 y 55944 asientos posteriores pendientes de traslado con paralización del historial registral de las mismas entre tanto no se realice dicho traslado de los derechos correspondientes, esta paralización no operaría en este caso al ser la afección real preferentes a los mismos y afectar a todos los derechos inscritos durante el expediente urbanístico o inscritos con posterioridad, siempre que tal afección este vigente dada la especial naturaleza de dicha afección urbanística. Contra la anterior calificación, (...)».

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 16.2 y 51.1.h del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; 72 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, reguladora de la actividad urbanística (vigente hasta el 1 de febrero de 2006); 181 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana; 19 y 20 del Real Decreto 1093/1997; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 y 17 de octubre de 2009 y 27 de junio y 1 de octubre de 2013.

PRIMERO. Son datos relevantes en el presente recurso los siguientes:

- Con fecha 3 de marzo de 2005 se produce la aprobación del Proyecto de Reparcelación que desarrolla el Programa de Actuación Integrada de la Unidad de Ejecución A-11 del Plan General de Ordenación Urbana, del que la sociedad solicitante resultó adjudicataria en concepto de urbanizador con carácter firme y definitivo mediante aprobación del citado programa con fecha 8 de enero de 2004.

- El Proyecto de Reparcelación se inscribe en el Registro de la Propiedad con fecha 6 de noviembre de 2006, fecha en la que se extendió la correspondiente nota marginal por la que determinadas fincas registrales quedan afectas con carácter real al cumplimiento de las cargas y al pago del saldo de la liquidación de la cuenta definitiva del Proyecto de Reparcelación.
- Posteriormente, diversos propietarios afectados por la reparcelación, interpusieron recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Castellón contra la resolución del Ayuntamiento desestimatoria del recurso de reposición interpuesto por aquéllos frente al acuerdo de aprobación del Proyecto de Reparcelación, recayendo sentencia de fecha 26 de junio de 2007, número 260/2007, por la que se estimaba el recurso y declarando la resolución recurrida contraria a Derecho en el extremo en que incluye las parcelas de los demandantes. Dicha sentencia fue confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, mediante sentencia dictada con fecha 30 de junio de 2009, número 917/2009 (*JUR* 2009, 376235).

Como consecuencia de lo anterior, debe procederse a la modificación de la reparcelación inicialmente aprobada, excluyendo determinadas fincas y procediendo a modificar otras, alterando tanto las adjudicaciones como los costes de urbanización atribuibles a cada parcela.

SEGUNDO. Es objeto de debate en este recurso si es posible prorrogar a solicitud del agente urbanizador la nota marginal de afección a las cargas urbanísticas y al pago de la cuenta de liquidación extendida al margen de determinadas fincas con fecha 6 de noviembre de 2006, habida cuenta de la imposibilidad de elaborar la cuenta definitiva de liquidación, en tanto no se proceda a la inscripción del modificado del Proyecto de Reparcelación, ya aprobado por el Ayuntamiento pero aún no documentado ni presentado a inscripción.

TERCERO. La afección urbanística derivada de la ejecución de los proyectos de reparcelación produce efectos de garantía real, según resulta de los artículos 16.2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y 19 del Real Decreto 1093/1997 y esta afección se extiende no solo a los titulares de derechos y cargas en la finca de resultado, por efecto de la subrogación legal operada, sino también sobre aquellos constituidos sobre dicha finca con posterioridad a la constancia registral de la afección, con excepción del Estado en cuanto a los créditos a que se refiere el artículo 73 de la Ley General Tributaria y a los demás de este carácter, vencidos y no satisfechos, que constasen anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica de la afección. Este mismo carácter de carga real de la afección se recoge en la legislación autonómica aplicable en el artículo 72 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, reguladora de la actividad urbanística, vigente hasta el día 1 de febrero de 2006 y, por tanto, en el momento de aprobación del proyecto de reparcelación, actual artículo 181 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana, disponiendo: «Una vez aprobado el proyecto de reparcelación, las parcelas sujetas al pago de cuotas de urbanización se afectarán a este, como carga real a hacer constar en el Registro de la Propiedad, por el importe cautelar estipulado en su cuenta de liquidación provisional. El urbanizador podrá solicitar, en cualquier momento posterior, que se practique nueva afección, en la cuantía que apruebe la Administración actuante, hasta cubrir el importe total adeudado por cuenta de cada parcela...».

CUARTO. Por su parte el artículo 20 del Real Decreto 1093/1997 en su apartado primero establece: «La afección caducará a los siete años de su fecha. No obstante, si durante su vigencia se hubiera elevado a definitiva la cuenta provisional de liquidación del proyecto de reparcelación o compensación, dicha caducidad tendrá lugar por el transcurso de dos años, a contar de la fecha de la constatación en el Registro de la Propiedad del saldo definitivo, sin que, en ningún caso, pueda el plazo exceder de siete años desde la fecha originaria de la afección».

Es de significar que la regulación de la inscripción de los actos de naturaleza urbanística y por tanto la de los plazos de duración de los asientos registrales, así como la existencia en su caso de prórrogas, queda dentro de la competencia estatal en base al artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española, y por lo tanto dichos plazos serán aplicables independientemente de que, como en este caso, la legislación autonómica prevea la posibilidad de practicar una nueva afección.

QUINTO. El hecho de que las fincas no queden afectas por más de siete años previsiblemente se produce porque el legislador consideró que es un plazo suficiente para la ejecución de la urbanización y para exigir las cantidades correspondientes. Bien es cierto que puede ocurrir y más en situaciones de ralentización de la actividad inmobiliaria como la actual, que dicho plazo resulte insuficiente.

Este plazo de caducidad hay que computarlo desde la fecha de inscripción de la afección, si bien dicha cancelación no conlleva la extinción de la obligación legal del propietario de hacer frente a los gastos de urbanización puesto que en tanto que el suelo no haya sido objeto de la completa transformación urbanística está vinculado al pago de los gastos de urbanización por imperativo legal, sin embargo respecto a los titulares del dominio u otros derechos reales o cargas cuya inscripción o anotación se haya producido sobre las fincas de resultado, sin intervención en el expediente de equidistribución, y que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización, hay que entender que la afección urbanística solo podrá perjudicarles en la medida en que resulte inscrita y no haya caducado.

El plazo especial de caducidad de dos años solo se aplica en el supuesto de que conste en el Registro de la Propiedad la liquidación definitiva pero sin que pueda exceder de los siete años desde la fecha originaria de la afección.

Los plazos de caducidad de la afección urbanística establecidos en el artículo 20.1 del Real Decreto 1093/1997 tienen directa relación con en el artículo 128 del Reglamento de Gestión Urbanística a que alude el recurrente en su escrito. Este precepto establece que la liquidación definitiva de la reparcelación tendrá lugar cuando concluya la urbanización de la unidad reparcelable y, en todo caso, antes de que transcurran cinco años desde el acuerdo aprobatorio de la reparcelación.

SEXTO. En cuanto al caso específico planteado, el recurso no puede prosperar puesto que no existe previsión legal de prórroga de la nota marginal practicada, por lo que esta caducará transcurrido su plazo. Tampoco se anotaron las sentencias recaídas en los procedimientos reseñados y que habrían tenido sus propios plazos de vigencia por lo que los titulares que no hayan intervenido en el expediente no resultarán obligados al pago de las cuotas urbanísticas por haber caducado el plazo legal de la afección.

No obstante, y puesto que en cumplimiento de las sentencias relacionadas se ha producido una sustancial modificación del proyecto de reparcelación, nada obsta a la extensión de una nueva nota de afección, permitida por otra parte en la legislación autonómica, ya que necesariamente en cumplimiento de la sentencia debe rehacerse la reparcelación excluyendo las fincas que en ella se reseñan,

reiniciándose el expediente, con notificación a los afectados, que serán todos aquellos que consten inscritos en ese momento, y recalculándose las cuotas de afección, si bien para ello será necesario que se inscriba, una vez documentado, el modificado aprobado.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

III. COMENTARIOS

1. PLANTEAMIENTO

Se rechaza por la Dirección General la posibilidad de prórroga de la afección real de las fincas de resultado de un proyecto de reparcelación al cumplimiento de la obligación legal de urbanizar.

Sin embargo, es de destacar que para referirse a esta afección real la Resolución parece diluir la neta distinción existente entre dicha afección real y la nota marginal de afección al sistema de actuación correspondiente. En efecto, al aludir a la primera dicha resolución hay constantes referencias al asiento concreto de nota marginal, lo que ha de ser interpretado como un *lapsus* ya que la afección real de las fincas de resultado se hace constar mediante el asiento de inscripción¹.

Son múltiples las diferencias entre uno y otro asiento denominados de afección. El Real Decreto 1.093/1.997, por el que se dictan Normas Complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística contempla la nota marginal de afección al sistema de actuación urbanística en sus artículos 5 y 14 y siguientes, en tanto que la auténtica afección real de fincas se regula en los artículos 19 y 20.

La nota marginal se practica en el momento inicial del expediente de equidistribución y recae sobre las fincas de origen afectadas por el sistema de actuación, en tanto que la inscripción de la afección real se practica una vez aprobado el proyecto y recae sobre las fincas de resultado.

En cuanto a la forma en que acceden al Registro, la citada en primer lugar se hace constar mediante una nota marginal (llamada tradicionalmente «nota de afección»), mientras que la verdadera afección real se hace constar en el propio cuerpo de la inscripción de las fincas de resultado.

Por otro lado, los efectos de uno y otro asiento son radicalmente diferentes. La nota marginal pone en conocimiento de eventuales terceros que la finca cuyo contenido registral consultan se encuentra afectada por el expediente que va a dar lugar, en su momento, a la sustitución de esa finca de origen por una nueva finca, denominada de resultado, o incluso a la expropiación forzosa de la misma, por ejemplo, por no adhesión de su titular a la Junta de Compensación que, en su caso, se constituya. El efecto más importante de la misma nota marginal se contempla en los artículos 14 y siguientes del Real Decreto de 1.997 que recoge un ingenioso sistema de cancelaciones «formales» de los asientos posteriores a la fecha de dicha nota para evitar que se paralice la inscripción del proyecto de equidistribución por incumplimiento del principio de tracto sucesivo.

Por su parte, la afección real objeto de inscripción en el folio de las fincas de resultado del proyecto de equidistribución es, como señala GARCÍA GARCÍA², una auténtica garantía real de la obligación de ejecución de la urbanización. Es

una afección de garantía y no de mera publicidad y tiene por objeto asegurar el pago del saldo de la liquidación definitiva de la reparcelación correspondiente a cada finca. Su importancia es, pues, mayor que la de la nota marginal, hasta el punto de que gran parte de la doctrina, con LASO MARTÍNEZ, la cataloga dentro de la categoría de las hipotecas legales tácitas³.

2. LA CADUCIDAD DE LA NOTA MARGINAL DE AFECCIÓN Y SU PRÓRROGA

La duración de la nota marginal de afección al sistema de actuación se regula en el artículo 5.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, del siguiente modo: «La nota marginal tendrá una duración de tres años y podrá ser prorrogada por otros tres a instancia de actuante o de la entidad urbanística colaboradora».

Así pues, el propio precepto determina la caducidad y consiguiente cancelación por el Registrador, en los términos del artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario, de la nota marginal por el transcurso de tres años desde su fecha, si bien contempla de manera expresa la posibilidad de solicitar y obtener la prórroga de la misma antes del transcurso de ese plazo.

Se ha discutido sobre si dentro de los términos en los que se desenvuelve la norma cabe o no la posibilidad de prórrogas sucesivas de manera similar a la que para las anotaciones preventivas establece como regla general el artículo 86 de la Ley Hipotecaria.

Existen opiniones enfrentadas al respecto, pudiendo citarse en contra de tal posibilidad a ARNAIZ EGUREN⁴, para quien, una vez efectuada una primera prórroga, «lo lógico es pensar que no es posible prorrogar de nuevo la nota, si se piensa en que la correspondiente a la iniciación de expedientes de expropiación forzosa prevista en los artículos 32 del Reglamento Hipotecario y 22 de las Normas Complementarias solo puede extender sus efectos más allá de su duración ordinaria y si se presenta algún título que haga referencia al propio expediente. Pues bien, por aplicación analógica de estos preceptos, por vía de la remisión general del sistema reparcelatorio al de expropiación forzosa que antes hemos visto, no parece posible que la dilación y la tardanza del órgano actuante pueda dar lugar a una mención en el folio que, en alguna medida, supone una limitación dominical».

Sin embargo, otros autores admiten abiertamente la posibilidad de ulteriores prórrogas. Así, GARCÍA GARCÍA⁵, en relación con la posibilidad de que un proceso reparcelatorio se extienda más allá de los siete años, sentencia que «si se diese el supuesto, lo lógico sería admitir una nueva prórroga a instancia de la Administración actuante o de la entidad urbanística colaboradora pues el presente apartado, aunque guarda silencio sobre ello, no la excluye».

Por su parte, LASO BAEZA⁶, tras invocar la analogía con el artículo 86 de la Ley Hipotecaria añade: «En ambos casos lo que se pretende es el acceso al Registro de una mutación jurídico-real, neutralizando la aparición de terceros cuando ignoran la responsabilidad que asumen. En la reparcelación, mediante la traslación al tercero de la responsabilidad de comunicar su nueva condición; en la anotación de demanda, garantizando la oponibilidad de la Sentencia frente al tercero y dando al tercer adquirente la oportunidad de personarse en el proceso del que la anotación dimana».

Además, el artículo 5.2. del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no se pronuncia en términos taxativos en el sentido de autorizar una única prórroga.

Lo que dice es que la nota, que siempre ha de ser entendida al servicio del proceso de gestión, es prorrogable por otros tres años, prórroga que debe en-

tenderse respecto de la nota vigente en cada momento, tanto la inicial como la resultante de una eventual prórroga precedente (...).

De lo que se trata por lo tanto es de favorecer el acceso del proyecto al Registro mediante la utilización de aquella medida, la nota, creada a tal fin con un carácter meramente instrumental, lo que se facilita claramente a través del reconocimiento de las prórrogas precisas hasta su inscripción, posición que en el caso de la reparcelación queda además equilibrada con el ya referido carácter formal de la cancelación de los asientos posteriores y de su posible reconstrucción en los términos reglamentarios».

3. LA IMPOSIBILIDAD DE PRÓRROGA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA AFECCIÓN REAL DE GARANTÍA

El régimen temporal de la afección real de las fincas de resultado a los gastos de urbanización difiere notablemente del previsto para la nota marginal inicial. El artículo 20 del Real Decreto 1093/1997 establece un plazo de caducidad de siete años desde su fecha. No obstante, si durante su vigencia se hubiera elevado a definitiva la cuenta provisional de liquidación del proyecto de reparcelación o compensación, dicha caducidad tendrá lugar por el transcurso de dos años, a contar de la fecha de la constatación en el Registro de la Propiedad del saldo definitivo, sin que, en ningún caso, pueda el plazo exceder de siete años desde la fecha originaria de la afección.

Además, el apartado 2.º del mismo artículo 20 contempla la posibilidad de cancelación de la afección incluso antes de su fecha de caducidad: a) En caso de reparcelación, a instancia de cualesquiera de los titulares del dominio u otros derechos sujetos a la misma, acompañando a la solicitud certificación del órgano actuante expresiva de haber sido satisfecha la cuenta de la liquidación definitiva referente a la finca de que se trate. b) En caso de compensación, cuando a la instancia del titular se acompañe certificación del órgano actuante expresiva de haber sido recibida la obra de urbanización, y, además, cuando se hubiese constituido Junta de Compensación, certificación de la misma acreditativa del pago de la obligación a favor de la entidad urbanística; y esta misma regla se aplicará en todos los casos en los que la legislación urbanística atribuya la obligación de realizar materialmente la urbanización a los administrados.

GARCÍA GARCÍA⁷ justifica este plazo de caducidad de la siguiente manera: «lo que pretende el Reglamento es que las fincas no queden afectas por más de siete años, porque considera que es un plazo suficiente para exigir las cantidades correspondientes. Además, el artículo 128.1 del Reglamento de gestión Urbanística prevé un plazo de cinco años como tope para la liquidación definitiva, por lo que el establecimiento de dos más como plazo de caducidad cubre ya cualquier contingencia que se pueda producir». En sentido análogo, la Resolución que comentamos señala en su fundamento quinto que «el hecho de que las fincas no queden afectas por más de siete años previsiblemente se produce porque el legislador consideró que es un plazo suficiente para la ejecución de la urbanización y para exigir las cantidades correspondientes».

La posibilidad de obtener la prórroga de este plazo, a diferencia de lo que sucede con la nota marginal, no se contempla expresamente en el Real Decreto, lo que plantea la cuestión de la admisibilidad de tal prórroga.

En contra de ella cabe argumentar el carácter excepcional de la afección, que como vimos bien podría ser calificada como un supuesto de hipoteca legal tácita, de tal modo que su regulación ha de ser interpretada en sentido

restrictivo, como impone para toda norma excepcional el artículo 4.2 del Código Civil.

Debe entenderse que si la Ley hubiera querido establecer una prórroga de la afección real lo hubiera indicado expresamente, y que en consecuencia se aplica la regla general de la caducidad del asiento que opera automáticamente y frente a todas las partes. Así lo entiende la Registradora, cuya nota de calificación es aceptada por la Resolución. Ahora bien, siendo esta la solución que se impone desde una perspectiva de *lege ferenda*, no está tan claro en la actualidad que el plazo de siete años sea tan suficiente como afirma la Resolución. Por eso resultan de gran interés las reflexiones que hace la Registradora en su calificación cuando afirma que «debe significarse que, en las actuales circunstancias económicas, sería muy conveniente que pudiera existir algún sistema para prorrogar la duración máxima de la nota marginal de forma que los intereses legítimos del Ayuntamiento, del urbanizador y de los propietarios que hayan costado efectivamente las cargas, no queden perjudicados, perjuicio que tendría lugar si por la caducidad de la afección ganaran preferencia y rango cargas y derechos inscritos con posterioridad».

Tal vez no sea del todo ajena al sentir del Centro Directivo la idea de la posible insuficiencia del plazo legal, ya que la Resolución, aun sin ser objeto de las discrepancias por ella dirimidas, hace un esfuerzo para dejar abierta a los interesados la posibilidad de generar un efecto similar al pretendido: «No obstante, y puesto que en cumplimiento de las sentencias relacionadas se ha producido una sustancial modificación del proyecto de reparcelación, nada obsta a la extensión de una nueva nota de afección, permitida por otra parte en la legislación autonómica, ya que necesariamente en cumplimiento de la sentencia debe rehacerse la reparcelación excluyendo las fincas que en ella se reseñan, reiniciándose el expediente, con notificación a los afectados, que serán todos aquellos que consten inscritos en ese momento, y recalculándose las cuotas de afección, si bien para ello será necesario que se inscriba, una vez documentado, el modificado aprobado».

Por último, es esencial la distinción entre la constancia registral de la afección y la obligación cuyo pago garantiza, distinción que queda claramente reflejada en la Resolución cuando señala al respecto que «este plazo de caducidad hay que computarlo desde la fecha de inscripción de la afección, si bien dicha cancelación no conlleva la extinción de la obligación legal del propietario de hacer frente a los gastos de urbanización puesto que en tanto que el suelo no haya sido objeto de la completa transformación urbanística está vinculado al pago de los gastos de urbanización por imperativo legal, sin embargo respecto a los titulares del dominio u otros derechos reales o cargas cuya inscripción o anotación se haya producido sobre las fincas de resultado, sin intervención en el expediente de equidistribución, y que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización, hay que entender que la afección urbanística solo podrá perjudicarles en la medida en que resulte inscrita y no haya caducado».

IV. CONCLUSIONES

No puede confundirse la nota marginal de inicio del expediente reparcelatorio con la afección de las fincas de resultado al pago de los gastos de urbanización. La Resolución que se comenta distingue claramente una y otra, aunque parece incurrir en una confusión puramente formal en lo atinente a la clase de asiento

a practicar, ya que, como vimos, habla en repetidas ocasiones de nota marginal para referirse en realidad a la afección constatada en forma de inscripción propiamente dicha.

Entre otras diferencias ya apuntadas, se encuentran las atinentes a su cancelación por caducidad y a la posibilidad de prórroga, predicable respecto de la nota marginal pero que parece que ha de ser excluida en relación con la afección real de garantía.

NOTAS

¹ El indicado lapsus se pone de manifiesto, entre otros, en el párrafo tercero del Fundamento Primero, o en el Fundamento Segundo; según este último, «Es objeto de debate en este recurso si es posible prorrogar a solicitud del agente urbanizador la nota marginal de afección a las cargas urbanísticas y al pago de la cuenta de liquidación extendida al margen de determinadas fincas».

² GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V, Civitas 1999, pág. 182.

³ LASO MARTÍNEZ José Luis, *Afecciones Registrales, Aplicaciones Tributarias y Urbanísticas*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores, 2005.

⁴ ARNAIZ EGUREN, Rafael, *La inscripción registral de los actos urbanísticos*, Ed. Marcial Pons, 1999, págs. 76 y 77.

⁵ GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *op. cit.*, pág. 85.

Por el contrario, ARNAIZ EGUREN, Rafael, en su obra *La inscripción registral de los actos urbanísticos* Ed. Marcial Pons, 1999, págs. 76 y 77, afirma que, en el caso de excederse el plazo de seis años, «lo lógico es pensar que no es posible prorrogar de nuevo la nota, si se piensa en que la correspondiente a la iniciación de expedientes de expropiación forzosa prevista en los artículos 32 del Reglamento Hipotecario y 22 de las Normas Complementarias solo puede extender sus efectos más allá de su duración ordinaria y si se presenta algún título que haga referencia al propio expediente. Pues bien, por aplicación analógica de estos preceptos, por vía de la remisión general del sistema reparcelatorio al de expropiación forzosa que antes hemos visto, no parece posible que la dilación y la tardanza del órgano actuante pueda dar lugar a una mención en el folio que, en alguna medida, supone una limitación dominical».

⁶ LASO BAEZA, Vicente, «El Régimen Temporal de la Nota Marginal de Iniciación de los Procesos Reoparcelatorios», *RCDI* núm. 710, noviembre-diciembre 2008.

⁷ GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *op. cit.*, pág. 197.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ARAGÓN

El día 8 de mayo, tuvieron lugar las VI JORNADAS *DERECHO FORAL ARAGONÉS, APLICACIÓN Y ANÁLISIS COMPARATIVO CON OTROS DERECHOS CIVILES*, organizadas por la Dirección General de Desarrollo Estatutario del Gobierno de Aragón con el siguiente programa:

- «Experiencia histórica y aspectos sociológicos sobre legítima y viudedad», por don Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de Zaragoza.
- «Límites al principio de libertad de testar; los derechos del cónyuge viudo en el derecho común, en Aragón y en otros derechos forales», por doña Pilar PALAZÓN VALENTÍN, Registradora de la Propiedad de Zaragoza.
- «Límites al principio de libertad de testar; la legítima en el derecho común, en Aragón y en otros derechos forales», por don Tomás GARCÍA CANO, Notario del Ilustre Colegio Notarial de Aragón.
- «La Constitución y el Derecho foral aragonés; anteproyecto de ley de la Comisión aragonesa de derecho foral», por don José M.^a BESCÓS RAMÓN, Abogado del Estado.

Los días 21 y 22 de mayo, con motivo del 25 Aniversario del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, tuvieron lugar las CONFERENCIAS *LA REAL AUDIENCIA DE ARAGÓN Y SUS MINISTROS*, impartida por el Profesor don Juan Francisco BALTAR RODRÍGUEZ, Catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Zaragoza y *EL TSJ DE ARAGÓN: 25 AÑOS DE ILUSIONADA Y COMPLEJA APLICACIÓN DEL DERECHO*, impartida por el Profesor don Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Catedrático Emérito de Derecho Administrativo.

El día 6 de junio, organizada por el Instituto de Estudios Altoaragoneses, tuvo lugar la JORNADA *LOS MONTES DE SOCIEDADES DE VECINOS EN LA PROVINCIA DE HUESCA; UN PATRIMONIO COLECTIVO A REVITALIZAR*, con el siguiente programa:

Presentación: a cargo de don Fernando ALVIRA BANZO, Director del IEA e Ignacio PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL, Decano del Colegio de Ingenieros de Montes en Aragón.

Ponencias:

- «Origen histórico y problemas jurídicos de los montes de socios», por don Ignacio PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL.
- «El programa piloto ‘Montes de Socios’ en España, por don Pedro Agustín MEDRANO CEÑA, Ingeniero de Montes y director del proyecto *Montes de Socios*.
- «Experiencias de constitución de juntas gestoras de montes de socios en España», por don Amador MARTÍN GUTIÉRREZ, Ingeniero de Montes de la Asociación Forestal de Soria (ASFOSO) y don Pedro GRACIA JIMÉNEZ, Licenciado en Derecho de la ASFOSO.

Proyección del documental *El monte, nuestro más viejo amigo*, dirigido por don Lorenzo SOLER.

El día 11 de junio, organizada por la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, dentro de su programa de actividades para el 2014 tuvo lugar la JORNADA *LA TRANSPARENCIA: CULTURA DE GOBIERNO Y CULTURA SOCIAL*, con el siguiente programa:

- «Perspectivas de la Ley de Transparencia», por don Benigno PENDÁS GARCÍA, Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Consejero de Estado, Letrado de las Cortes Generales.
- «Transparencia y contratación pública. Retos pendientes», por don José María GIMENO FELIÚ, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza. Presidente del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón.
- «¿Es la transparencia la solución a la deslegitimación de lo público?» por don Manuel VILLORIA MENDIETA, Catedrático de Ciencia Política y de la Administración, Universidad Rey Juan Carlos.
- «Parlamento y transparencia: una exigencia cualificada», por doña María Dolores LLOP RIBALTA, Interventora de las Cortes de Aragón y del Justicia de Aragón, miembro del Comité Ejecutivo de la Fundación Manuel Giménez Abad.

GALICIA

Del 15 al 17 de octubre de 2014, se celebró en A Coruña el *ENCUENTRO CRÍISIS ECONÓMICA Y DERECHO*, en la sede de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en colaboración con la Diputación de A Coruña.

Director del Encuentro: Domingo BELLO JANEIRO, Director de la UIMP de Galicia

Miércoles 15:

Inauguración, por José Antonio COBACHO GÓMEZ, Director del Encuentro y Domingo BELLO JANEIRO, Director de la UIMP de Galicia.

Ponencias:

- «Una nueva comunicación jurídica», por Javier BORREGO BORREGO, Exjuez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Pío CABANILLAS ALONSO, Exministro Portavoz del Gobierno.
- «Alternativas legales y judiciales ante la crisis hipotecaria», por M.^a Ángeles ZURILLA CARIÑANA, Catedrática de Universidad. Vicerrectora de Cultura y Extensión Universitaria. Universidad de Castilla-La Mancha.
- «Control de transparencia de las condiciones generales de la contratación», por Ana CAÑIZARES LASO, Catedrática de Universidad. Dpto. Derecho Civil, Eclesiástico del Estado y Romano. Universidad de Málaga.
- «Algunas consideraciones sobre los viejos y nuevos mecanismos para la contención de los intereses desmesurados», por Jacinto GIL RODRÍGUEZ, Catedrático de Derecho Civil. Universidad del País Vasco.

Jueves 16:

- «Los principios generales de Derecho privado y su influencia en el desarrollo económico», por Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad.
- «El impulso de la resolución extrajudicial de conflictos. La descongestión jurisdiccional», por Miguel TEMBOURY REDONDO, Subsecretario del Ministerio de Economía y Competitividad.
- «El endeudamiento y la evolución de medidas a favor de deudores», por Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Valladolid. Vocal del Consejo General del Poder Judicial.

- «El fomento del contrato de arrendamiento de vivienda como solución a la crisis inmobiliaria», por Laura GÁZQUEZ SERRANO, Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Granada.

Viernes 17:

- «La respuesta legislativa de Cataluña ante la repercusión de la crisis en el derecho a la vivienda», por Carles Enric FLORENSA I TOMÀS, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Lleida.

Conferencia de clausura, por Francisco MARÍN CASTÁN, Presidente Sala Primera del Tribunal Supremo.

Clausura y entrega de diplomas, por José Antonio COBACHO GÓMEZ.

VALENCIA

El día 23 de julio de 2014, el Decanato de la Comunidad Valenciana de Registradores de la Propiedad y Mercantiles ha presentado en Castellón una GUÍA DIDÁCTICA CON LAS CARGAS QUE LOS CIUDADANOS PUEDEN ENCONTRARSE AL ADQUIRIR UNA VIVIENDA, editada en castellano y valenciano, pretende ofrecer una información clara, práctica y comprensible sobre las cargas más frecuentes y su alcance, explicando con un lenguaje sencillo las diferentes situaciones jurídicas que pueden afectar a la vivienda.

María EMILIA ADÁN, decana autonómica de los registradores, ha explicado que el objetivo de la guía es acercar al ciudadano de la calle la explicación de la terminología jurídica y registral en lo que se trata, para muchos, de la inversión más importante de su vida. «Hay cargas que hacen desaconsejable la adquisición de la vivienda o un terreno, hay otras que se pueden cancelar sin excesivos problemas y las hay que no merece la pena tener en cuenta dada su escasa trascendencia. La guía trata de dar respuesta a todas estas situaciones».

La presentación ha tenido lugar en el transcurso de la reunión de trabajo de la *Comisión para el análisis, impulso y reactivación de la actividad productiva y el empleo, mediante el incremento de la adquisición, arrendamiento y uso de viviendas por ciudadanos del resto de Europa*, celebrada en la sede de la Cámara de Comercio de Castellón. El acto ha sido presidido por la consellera de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente, Isabel BONIG, y ha contado con la presencia del delegado del Gobierno en la Comunidad Valenciana, Serafín CASTELLANO, el director general de Obras Públicas, Proyectos Urbanos y Vivienda, Vicente DÓMINE, el diputado de Promoción Económica de la Diputación de Castellón, Vicente SALES, además de otras autoridades locales, alcaldes de dife-

rentes municipios de Castellón y representantes del mundo jurídico, empresarial y cameral que conforman la citada Comisión de Vivienda.

Pilar GARCÍA GOYENECHÉ, directora del Centro de Estudios Registrales del Decanato y coordinadora junto con Rosa NAVARRO DÍAZ de la presente edición, ha precisado que las guías —de las que de momento se han editado 1.500 ejemplares— estarán próximamente a disposición de los ciudadanos en todos los registros de la propiedad y mercantiles de la Comunidad. Además, se ha colgado su contenido íntegro en la página web del decanato (<https://registradorescomunidadvalenciana.org/>) para facilitar su divulgación. M.^a Lorena SANTAMARÍA ARA y Marta GOZALBES FERNÁNDEZ-PALENCIA son las autoras de esta guía.

GARCÍA GOYENECHÉ ha señalado que esta iniciativa editorial se enmarca «dentro de la política de los registradores de velar por la seguridad jurídica, así como de garantizar los intereses de los consumidores y usuarios, ofreciéndoles las herramientas básicas imprescindibles para la toma de decisión». Por ello, ha invitado a los consumidores a consultar a su registrador cuantas dudas pueden tener acerca de la adquisición de una vivienda.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

PASTOR GOSÁLBEZ, M.I.; ROMÁN MARTÍN, L; GIMÉNEZ COSTA, A. (coords.): *Integración Europea y Género*, editorial Tecnos, Madrid, 2014, 290 páginas

por

ELISABET CERRATO GURI
Profesora Lectora de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili

Uno de los aspectos más relevantes que de manera progresiva ha ido introduciendo el ordenamiento jurídico de la Unión Europea es la igualdad entre hombres y mujeres. Esta preocupación por las cuestiones de género, en esencia, la eliminación de las desigualdades por razón de sexo, explica que desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la Unión Europea haya tenido la voluntad de integrar el principio de igualdad entre mujeres y hombres en todas sus políticas y acciones, si bien, no siempre con el éxito deseado.

Esta realidad ha despertado el interés y preocupación de muchos colectivos de nuestra sociedad, siendo de destacar la implicación y compromiso de las autoras de esta obra, que tratan de dar difusión de la cuestión que nos ocupa con el objetivo de hacer su propia contribución en la lucha por incorporar la perspectiva del género en el contexto de la universidad y, de manera específica, en el ámbito de las distintas asignaturas universitarias y de los proyectos de investigación.

En concreto, este libro es la culminación del proyecto educativo *Jean Monnet* que se ha llevado a cabo en la Universidad Rovira i Virgili desde el curso académico 2011-2012, con la finalidad de dar a conocer a la comunidad universitaria (en especial, a los futuros profesionales de nuestra sociedad), a través de la participación de especialistas de máximo nivel, el marco normativo que en materia de igualdad de género se ha seguido en el ámbito de la Unión Europea, tanto desde una perspectiva teórica como práctica, así como las políticas de integración llevadas a cabo en el proceso de integración europea. Así, a través de sus páginas, las once especialistas que han participado de esta obra han realizado, desde una óptica transversal y multidisciplinar, un riguroso estudio que abarca las vertientes jurídica, sociológica y politóloga.

Este libro se estructura en nueve grandes bloques, que se corresponden con cada uno de los capítulos que la integran, y que vienen a reflejar la transversalidad e interdisciplinariedad de la materia objeto de estudio poniendo, sin duda, de manifiesto la complejidad pero, a su vez, innegable interés de la obra que nos ocupa. Entrando en el detalle de su contenido, el capítulo I se dedica a la igualdad de mujeres y hombres en el derecho de la Unión Europea, haciendo especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El capítulo II, que lleva por título «Mu-

jer, constitución y tratado de Lisboa», hace un recorrido por los distintos tratados europeos para analizar la evolución que ha seguido el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo hasta la actualidad. A continuación, el capítulo III del trabajo centra su atención en la Orden Europea de protección, haciendo especial mención a las víctimas de violencia de género. En el capítulo IV, el objeto de análisis es la igualdad de género y su incorporación en el ámbito de la negociación colectiva. Seguidamente, el capítulo V abre un nuevo tema de estudio, dedicado a la democracia paritaria en el marco de la Unión Europea, que encuentra su justificación en el desigual trato que ha existido entre hombres y mujeres, y que en demasiadas ocasiones permanece vigente, siendo un claro ejemplo de esta realidad el ámbito político. En el capítulo VI se lleva a cabo una reflexión crítica sobre las políticas de igualdad de género que en el marco de la Unión Europea se han realizado entre los años 2006 y 2012. El capítulo VII se hace eco del concepto de «interseccionalidad» de género en la política de la Unión Europea, siendo necesaria su conexión con otras desigualdades que así mismo tienen lugar en este ámbito. Para ir cerrando, el capítulo VIII se preocupa de examinar los medios de tutela ante una actuación contraria al principio de no discriminación por razón de género y las consecuencias jurídicas que de esta se pueden derivar. Finalmente, el capítulo IX dedica el último eje temático del libro al principio de no discriminación por razón de sexo en el derecho contractual europeo.

En definitiva, la lectora o lector tiene en sus manos una magnífica obra que da luz a la actual realidad de las políticas de igualdad entre mujeres y hombres en el marco de la Unión Europea. La excelente documentación y riguroso estudio que llevan a cabo sus autoras hacen de este trabajo un punto de referencia ineludible para entender la problemática que en ella se plantea.

Íñigo MATEO Y VILLA, *El sistema inmobiliario suizo – Estudio comparado de los sistemas suizo y español, Traducción de la Ordenanza de 23 de septiembre de 2011*, Comares, Granada, 2013, 129 págs.; e Íñigo MATEO Y VILLA, *Derecho inmobiliario registral suizo*, Comares, Granada, 2013, 163 págs.

por

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO
Profesor titular de Derecho civil
Universidad de Málaga

Sé que no es habitual realizar la recensión conjunta de dos obras. Pero me parece que en este caso los hechos exigen esta solución, no solo por la coincidencia de la persona del autor, sino mucho más por la complementariedad de las obras reseñadas, que haría de otra solución un expediente parcial. En efecto, razones que desconozco han llevado a que Íñigo MATEO publique, en el mismo año, dos libros necesariamente llamados a complementarse y leerse juntos. En el primero de ellos, *El sistema inmobiliario suizo – estudio comparado de los sistemas suizo y español, traducción de la Ordenanza de 23 de septiembre de 2011* nos presenta una cuidada traducción de la Ordenanza registral suiza de esa fecha y que entró en vigor el 1 de enero de 2012, junto a una breve exposición de las

líneas maestras de ese texto. El segundo de ellos, «Derecho inmobiliario registral suizo», constituye en realidad un apretado tratado de Derecho inmobiliario registral suizo escrito en lengua castellana. Uno y otro se exigen mutuamente, pues el texto de la ley da paso al estudio sistemático, mientras que el tratado ha de ser confrontado con el texto legal.

En el prólogo de uno de los mencionados libros, «El sistema inmobiliario suizo», dice Antonio PAU que el Registro de la propiedad, por ser institución contingente de creación legislativa, es uno de los campos más fecundos para el Derecho comparado. Y si en los últimos años se había producido una floración de estudios de derecho registral comparado —Alemania, Francia, Portugal, Australia, por citar algunos—, se echaba en falta un trabajo pausado sobre el Derecho registral suizo, ya que, en palabras de Carlos PETIT recogidas por Antonio PAU en el mencionado prólogo, *Helvetia de iure docet*. Su sistema registral, síntesis de influencias alemanas y francesas, actualizado *ex novo* pero sin rupturas con la mencionada Ordenanza del Registro de la Propiedad de 2011, puede ser un modelo para el desarrollo de otros sistemas. Más aún para el nuestro, que coincide con él en tantos puntos: baste con recordar que Suiza y España, junto con Austria y Holanda, son los últimos y afortunados sobrevivientes de un sistema de título y modo que el siglo XIX no vio con simpatías; y que igualmente compartimos el principio de fe pública registral.

Entrando ya en el comentario de los dos libros objeto de recensión, merece destacarse de antemano el carácter teórico-práctico de la obra. El autor, registrador de la propiedad y doctor en Derecho, logra una fecunda armonía entre los dos aspectos, de forma que ni el aplicador del Derecho ni el estudioso quedarán defraudados. Se abordan, en particular en el «Derecho inmobiliario registral suizo», las cuestiones de principios del Derecho registral y los orígenes del sistema, junto con otras de marcado carácter práctico, como la identificación gráfica de las fincas registrales, el procedimiento de inmatriculación o los recursos contra la calificación. Con ello se obtiene una visión viva del Derecho registral suizo, lograda, según reconoce el autor en su prólogo, a través de numerosas conversaciones con registradores suizos, que le han permitido llegar «hasta el límite de los problemas prácticos» (véase, a modo de ejemplo, la página 18 de «El sistema...», en la que el autor expone con honestidad encomiable que los registradores suizos no le han sabido explicar cómo realizar la teóricamente posible inmatriculación de fincas sin dueño conocido).

Otra característica de ambos libros es su efectivo carácter de obras de Derecho comparado: con frecuencia, el autor, junto con la exposición del sistema suizo, nos remite la solución arbitrada en la práctica española, así como las ventajas de una u otra, abriendo numerosas propuestas de mejora a nuestro sistema. Y ello, huyendo a la vez tanto del «patriotismo de campanario» como de la minusvaloración de lo propio, extremos tan desgraciadamente habituales en la práctica hispana. En ese sentido, la obra ofrece también una valoración externa de nuestro propio sistema registral, al confrontarlo con uno de los más técnicos y modernos de nuestro entorno. Comparación que nuestro sistema supera con nota en sus aspectos principales —remito al lector interesado al capítulo tercero de *Derecho inmobiliario registral suizo*, en el que se expone como principios del sistema registral suizo los mismos que conocemos para el español—, a la vez abre la posibilidad a desarrollos en aspectos técnicos —por citar el más importante, la necesidad de avanzar en la identificación cartográfica de nuestro registro—.

No puedo penetrar aquí a todo el contenido de los libros reseñados, pero no me resisto a remitir al lector a algunas cuestiones de particular interés, tales

como la distinción entre modos de adquisición constitutiva, internos al registro, como por ejemplo las adquisiciones derivativas, y otros necesariamente extrarregistrales, como la ocupación o la sucesión hereditaria; o sus apreciaciones sobre el sistema de patrimonialización del rango, tan en boga en los últimos años. Además, la lectura del libro resulta enriquecedora, pues obliga a entrar el diálogo con el autor en numerosas cuestiones valorativas. Algunas de ellas, lógicamente, no serán compartidas por el lector —y así, en mi caso, no comparto su rechazo al *numerus clausus*, o la excesiva desatención a los efectos de una propiedad inmobiliaria no inscrita—; pero el punto de vista del autor siempre resulta razonable. Y, dicho sea de paso, no condicionado en absoluto por lo que podrían tildarse como «prejuicios profesionales»: véase, a modo de ejemplo, la convencida defensa del sistema de responsabilidad patrimonial directa de los registradores españoles frente a la responsabilidad residual de los registradores suizos.

En fin, el lector que penetre en las páginas de estos libros hallará un caudal de conocimientos y soluciones a problemas registrales que no es habitual en las obras de Derecho comparado. En este sentido, puede decirse que se marca el camino acertado en el modo de tratar los sistemas jurídicos foráneos.

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 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 1.1.
 - Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
 - Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
 - Resumen del artículo en inglés (*abstract*).
 - 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 al pie 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.
- II. 1.
- III. 1. A.
- IV. 1. A. a)
- V. 1. A. a) a)

- 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.

- Por último contará con un apartado de BIBLIOGRAFIA, 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 las citas a pie de página, y para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, 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. Ciudad: Editorial (págs. 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 (págs. 1764-1790).

— *Artículo:*

APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). «Título del artículo». Nombre de la Revista en cursiva, núm. 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, págs. 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 citas al pie de página 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.



Suscripción anual: 120,99 €

Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444

