

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

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

Año XC • Mayo-Junio 2014 • Núm. 743

REVISTA BIMESTRAL

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

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

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España
I.S.S.N.: 0210-0444
I.S.B.N.: 84-500-5636-5
Depósito legal: M. 968-1958
Marca Comunitaria N.º 3.623.857

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Comisión ejecutiva

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

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

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

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

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

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

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

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

**Don Fernando Pedro
Méndez González**

Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

- NESTARES PLEGUEZUELO, P.; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.; NIETO ÁLVAREZ, R. y PÉREZ GÓMEZ, R.: «Acerca de la necesidad de reflexionar sobre la Seguridad y Autoprotección de los Bienes del Patrimonio Histórico Español» / *It need to reflect about safety and self-protection to the Spanish Historical Heritage*..... 885
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz: «Sistema codificado de imputación de pagos: Problemas actuales y propuestas de futuro» / *The Codified System of Imputation of Performance: Current Problems and the Way Forward*. 935
- SEVERÍN FUSTER, Gonzalo: «La facultad de anticipar el cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil y el concurso de acreedores» / *The creditor's faculty to require the anticipated performance of the obligation in case of «insolvency» (art. 1129 Spanish civil Code) and the Spanish Bankruptcy Act 22/2003* 983
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «La inscripción del cese de los administradores y el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad» / *Cessation of directors; their registration and the term of extinctive prescription of the actions for liability against them*..... 1033

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

- FERNÁNDEZ DE BUIÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio: «Bases romanísticas del arbitraje actual. Análisis de las concordancias entre el Derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitraje» / *Bases of Today's Arbitration in Roman Law. Analysis of Concordances Between the Law Under Justinian and Today's Legislation in Matters of Arbitration* 1105

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: «Prenda de créditos y concurso» / <i>Priority of the collaterals on credits in case of bankruptcy</i>	1153
MATEO Y VILLA, Íñigo: «Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje» / <i>Examination and inscription in the Land- and Commercial registry of the arbitration agreement and arbitration award after the reform of Law 11/2011, on 20th May, on arbitration</i>	1167

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

BERNAD MAINAR, Rafael: «Una perspectiva comparada en torno a la exigibilidad del precontrato y la responsabilidad frente a su incumplimiento» / <i>A comparative perspective regarding the enforceability contract preliminary responsibility and your breach</i>	1233
---	------

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

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO	1267
--	------

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— «Mala fe, abuso de derecho y relaciones familiares» / <i>Bad faith, abuse of right and familiar relations</i> , por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE	1335
--	------

1.2. Derecho de familia:

— «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar» / <i>Requirements for the attribution of the use of the familiar housing</i> , por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT...	1347
---	------

- «La controvertida eliminación de la facultad de corrección de los progenitores» / *The Questionable elimination of parents' power of correction*, por M.^a Paz POUS DE LA FLOR..... 1376
- 1.3. Derechos reales:
- «La inscripción de las prohibiciones de disponer en el Registro de la Propiedad» / *Disposal prohibitions and Land Register*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA . 1402
- 1.4. Sucesiones:
- «Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial» / *Hereditary partition and community property: the previous allocation of matrimonial*, por M.^a Paz POUS DE LA FLOR y M.^a Fernanda MORETÓN SANZ..... 1418
- 1.5. Obligaciones y contratos:
- «La resolución del derecho del arrendador y la enajenación de la vivienda arrendada en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, y su nuevo régimen tras la Ley 4/2013, de 4 de junio» / *Cancellation lessor's right and alienation of leased housing in Law 29/1994, 24 of November and its new regulation after Law 4/2013, 4 of June*, por Rosana PÉREZ GURREA..... 1444
- 1.6. Responsabilidad Civil:
- «Responsabilidad civil del fabricante: análisis de casos limítrofes y aplicabilidad de la noción técnica de productos a otros agentes económicos» / *Civil liability for damage caused by defective products: possible subjects to assimilate to the final producer*, por Felipe MUÑOZ BENAVENTE. 1465
- 1.7. Concursal Civil:
- «Sobre los problemas derivados de la aplicación de la Ley 1/2013, “anti-desahucios”, y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, en la reciente jurisprudencia nacional» / *On the problems deriving from the application of Law 1/2013, the «anti-eviction» law, and Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, in recent national caselaw*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARIS ... 1490

2. DERECHO MERCANTIL
- «*Conditio iuris* o condición suspensiva en los contratos de compraventa de empresa en la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 2013» / *Conditio iuris or Condition Precedent in Share Purchase Agreements in the Supreme Court Ruling of 28 October 2013*, por FRANCISCO REDONDO TRIGO..... 1519
3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.
- «La declaración de obra antigua tras la Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas» / *Old constructions after the urban rehabilitation and renewal act*, por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN 1533

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

- Información de actividades 1549

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA / BIBLIOGRAPHY INFORMATION

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo», de M. J. MARÍN LÓPEZ, por María Teresa ÁLVAREZ MORENO 1559
- «Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad. Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar», de María Victoria MAYOR DEL HOYO, por Antonio LEGE- RÉN MOLINA..... 1562

ESTUDIOS

Acerca de la necesidad de reflexionar sobre la Seguridad y Autoprotección de los Bienes del Patrimonio Histórico Español

It need to reflect about safety and self-protection to the Spanish Historical Heritage

por

P. NESTARES PLEGUEZUELO¹, I. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA²,
R. NIETO ÁLVAREZ³ y R. PÉREZ GÓMEZ⁴

*En los Bienes de Interés Cultural
«como en tantos otros,
más vale prevenir que curar,
educar que castigar».*

M.^a Ángeles QUEROL FERNÁNDEZ⁵

RESUMEN: Edificios históricos, monumentos, jardines, parques, conjuntos y sitios históricos, en general, están expuestos a riesgos previsibles causados por catástrofes naturales, incendios, especulación, expolio, vandalismo, en general, actos antisociales varios, que pueden hacer que buena parte de nuestro rico Patrimonio Histórico Español⁶ se convierta, por ejemplo, en vertedero de basuras o sufra la agresión que provocan los grafitis sobre sus muros y paredes. Este deterioro viene sucediendo en los últimos años y evidencia la falta de cultura

de Seguridad y Prevención que, lamentablemente, se da hoy en nuestra sociedad a pesar del aluvión de normas de carácter legal y reglamentario que existen.

En este trabajo tendremos ocasión de constatar, a través de algunos ejemplos, que desde que fuera promulgada la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español⁷, de 25 de junio, y el Reglamento 111/1986, de 10 de enero, que la desarrolla parcialmente en lo que a aspectos procesales y organizativos se refiere, las normas que les han seguido sobre prevención de daños causados por catástrofes naturales, incendios, especulación, expolio, vandalismo y, en general, actos antisociales varios, que inciden directa o indirectamente en la protección patrimonial, requieren de una refundición y reordenación que ponga fin al disperso marco normativo actualmente vigente. Este es, pues, el primer objetivo que nos hemos propuesto en este trabajo de investigación.

La cultura de la Prevención aplicada a bienes que componen nuestro rico PHE requiere de esfuerzos interpretativos que vayan más allá de las meras exigencias legales. Nos guía el convencimiento de que, para el mantenimiento y conservación del PHE, las acciones de Seguridad y Prevención tienen más eficacia que las de carácter meramente reparador ya que, tal y como dice el refrán, «*más vale prevenir que curar*».

ABSTRACT: Historic buildings, monuments, gardens, parks, complexes and historic sites in general are exposed to foreseeable risks. These risks, traceable to natural disasters, fires, speculation, spoliation, vandalism and sundry anti-social acts in general, could turn a good portion of Spain's rich historic heritage into a midden or a mere backdrop for graffiti. Things have become worse in recent years, and there is mounting evidence to show that today's society has a sad lack of any culture of security and prevention, despite a welter of laws and regulations.

Since Spanish Act 16/1985 of 25 June on the Spanish historic heritage and Regulation 111/1986 of 10 January (the latter, in partial implementation of Act 16/1985 in points of procedure and organisation) were passed, they have been followed by rule after rule aimed at preventing damage by natural disasters, fires, speculation, spoliation, vandalism and sundry anti-social acts in general. These rules directly or indirectly influence the protection of the Spanish national heritage. This paper shows, through examples, that existing legislation is too unfocussed to be effective and therefore requires reorganisation and revision.

Applying the culture of prevention to Spain's rich historic heritage calls for efforts in the way of interpretation that go beyond mere legal requirements. In order to maintain and preserve the Spanish national heritage, security and prevention are more effective than mere repair. As the saying goes, an ounce of prevention is worth a pound of cure.

PALABRAS CLAVE: Patrimonio español de carácter histórico-cultural. Plan de autoprotección. Plan de emergencias. Técnico competente. Sociedad profesional.

KEY WORD: *Spanish historic and cultural heritage. Self-protection plan. Emergency plan. Competent technician. Professional society.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. ¡MÁS VALE PREVENIR QUE CURAR!—2. LA AUTOPROTECCIÓN. UNA APROXIMACIÓN AL MARCO NORMATIVO ACTUALMENTE EXISTENTE: 2.1. HITOS HISTÓRICOS. 2.2. PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE SEGURIDAD, SEGÚN EL TIPO DE RIESGO. 3. LA NORMATIVA BÁSICA DE AUTOPROTECCIÓN: ALGUNAS CARENCIAS Y SUGERENCIAS: 3.1. PLANTEAMIENTO. 3.2. ALGUNOS EJEMPLOS DE BPE-HCN QUE «ESCAPAN» DE LA NBA. 3.3. ¿QUIÉN HA DE SER EL TÉCNICO COMPETENTE PARA ELABORAR UN PLAN DE AUTOPROTECCIÓN PARA UN BIEN DEL PATRIMONIO ESPAÑOL DE CARÁCTER HISTÓRICO, CULTURAL O NATURAL?—4. CONCLUSIONES.—5. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. ¡MÁS VALE PREVENIR QUE CURAR!

«*Más vale prevenir que curar, educar que castigar*». Un refrán que define a la perfección uno de los ejes sobre los que debe pivotar la prevención de los riesgos y emergencias a que está expuesto el PHE y el establecimiento de acciones de cara a su eficaz protección.

Nos proponemos, pues, trasladar este modo de sentir (prevenir para evitar tener que, posteriormente, curar) a todo el PHE⁸, tomado en el sentido más amplio del término (inmaterial y material, mueble e inmueble, cultural y natural) tal y como lo ha definido QUEROL FERNÁNDEZ⁹ para quien: «Se puede entender como Patrimonio Cultural el conjunto de bienes heredados y dignos de protección que, de una forma u otra, ha producido la Humanidad, frente al legado de la Naturaleza al que suele aplicarse la expresión de Patrimonio Natural» —a lo que añade—: «Los bienes que componen el Patrimonio Cultural pueden ser de carácter mueble, inmueble o inmaterial, aunque se trate de tres entidades que van casi siempre unidas».

Este trabajo de investigación pretende, pues, extender por imperativo legal las medidas de autoprotección a todos los Bienes Patrimoniales Españoles de carácter Histórico, Cultural o Natural¹⁰, en sentido amplio.

En la actualidad, España, en general, y Andalucía, en particular, cuentan con un rico patrimonio artístico y cultural declarado Patrimonio de la Humanidad

por la UNESCO¹¹. Ciudades, conjuntos monumentales y edificios singulares hacen de nuestro país uno de los lugares más ricos, patrimonialmente hablando, del mundo¹². Resulta lamentable, constatar, sin embargo, que gran parte del invaluable PHE está expuesto a catástrofes naturales, riesgos de incendio, terrorismo, especulación, expolio, vandalismo, etc.

Y es que, con relativa frecuencia, resulta fácilmente observable cómo, por ejemplo, un inmueble declarado BIC se convierte en un vertedero de basuras o que, por el afán de lucro, se producen frecuentes destrozos irreparables en el patrimonio industrial y etnográfico, principalmente, para forzar cambios de uso de estos bienes. Los continuos expolios que se denuncian en yacimientos arqueológicos o en bibliotecas, por ejemplo, aumentan los fondos de ricas colecciones privadas o de unos desaprensivos que no dudan en lucrarse con la venta de dichos bienes¹³. Esto sucede así, a pesar de las previsiones legales de carácter estatal (contenidas en la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español y en el reglamento que la desarrolla, Real Decreto 111/1986, que regula, con precisión, la respuesta frente a los actos vandálicos cometidos contra el PHE)¹⁴. A la vista de los hechos a los que pronto prestaremos atención, cabe preguntarse si es adecuada y suficiente la normativa reguladora del PHE en cuanto a prevención de riesgos, en general, y autoprotección de bienes, en particular, se refiere.

Comprobémoslo haciendo un rápido recorrido cronológico por las noticias que han aparecido en diversos medios de comunicación:

1.º El 7 de febrero de 2013, aparecía en el periódico *ABC*, una noticia en la que se hacía, literalmente, una llamada de socorro (SOS) para evitar que nuestro Patrimonio Inmueble siga deteriorándose por el abandono, las diferencias sobre su restauración, la falta de presupuesto y el paso del tiempo. Concretamente, denuncia el lamentable estado en el que se encuentran diez inmuebles catalogados como Bienes de Interés Cultural que deberían tener garantizada su protección. Son los siguientes:

1. La Cartuja de Nuestra Señora de las Fuentes, o de los Monegros en Sariñena (Aragón).
2. El Palacio de la torre de Celles en Lavadero (Asturias).
3. El Convento de Santa María de Jesús, Las Gordilla, en Ávila (Castilla-León).
4. El Castillo de Fernán González en Sepúlveda (Segovia).
5. El Frontón Beti Jai en Madrid.
6. El Monasterio de Santa María de Rioseco en el valle de Manzanedo (Burgos).
7. El Palacio de los Gosálvez en Casas de Benítez (Cuenca).
8. La Iglesia de Marialba (León).
9. El monasterio de Santa María de Bonaval en Retiendas (Guadalajara).
10. El castillo de Monreal de Ariza (Aragón).

Y es que, «La lista Roja “ha aumentado en los últimos años”, según explica Morenés, que vaticina un negro futuro tras estos años de crisis económica. “El fuerte descenso de las partidas para patrimonio, la desaparición de las subvenciones y la retirada de patrocinadores que se está produciendo se van a notar de aquí a diez años. El patrimonio va a sufrir una barbaridad”, considera»¹⁵. Lo que significa que, a pesar de que abadías, monasterios y conventos y, según la revisión realizada en 2011 del Plan Nacional, más de 550 edificios o restos de monasterios medievales de entre los siglos X al XV, están declarados Bien de Interés Cultural, uno de los más altos grados de protección que otorga la legislación española al Patrimonio Histórico-Artístico Español, no se libran del abandono. En este sentido, «El historiador del arte de la Fundación de Santa María la Real, Artemio Martínez Tejera, reseña más de veinte espacios monásticos que reclaman una actuación urgente».

2.º El martes, 6 de septiembre de 2011, Ecologistas en Acción denunciaron al Ayuntamiento de Granada el lamentable estado en que se encuentra la Casa o Palacio de los Vargas, antes de los Salazar¹⁶. Sus alrededores se utilizan como vertederos de todo tipo de basuras, especialmente escombros de obras que se llevan a cabo en la zona. Además, denuncian la suciedad y degradación de la fachada de la Casa de los Vargas¹⁷ que se ve afectada por el aparcamiento de automóviles, usada como punto de recogida de basura y, en especial, los grafitis que afectan a paredes, portada y puerta; también denuncian la situación preocupante de los edificios nobiliarios adyacentes.

3.º El domingo, 11 de julio de 2011, en el diario local granadino *IDEAL*¹⁸, se hace público un nuevo acto de vandalismo acaecido en la Puerta Monaita, inscrita como BIC desde el 25 de junio de 1985¹⁹.

4.º En Cartagena, el viernes 11 de marzo de 2011, a raíz de la denuncia interpuesta por la Asociación Campus Universidad Cartagena, la dirección general de Bellas Artes y Bienes Culturales de la Comunidad Autónoma ordenó el pasado julio al Ayuntamiento que llevase a cabo la limpieza y saneado urgente del inmueble conocido en Cartagena como Cine Central, así como que retirase las butacas del interior. El Cine Central de Cartagena está situado en un edificio que fue construido por el arquitecto Carlos Mancha en 1880, aunque no tuvo uso como cine hasta 1925, cuando se transformó en Cinematógrafo Sport. En aquel momento, el arquitecto Lorenzo Ros reformó su interior decorándolo con un claro estilo neobarroco. Tras la Guerra Civil recibió el nombre de Cine Central y fue durante muchos años uno de los más innovadores de la ciudad. En los últimos años, los vecinos y varios miembros de la citada asociación han denunciado diferentes conatos de incendios registrados en el Cine Central, edificio catalogado BIC de grado 2²⁰, que se incluye dentro del catálogo de inmuebles protegidos de la Comunidad Autónoma. Sigue siendo el patito feo del casco antiguo²¹. El Ayuntamiento de Cartagena está pendiente desde el pasado verano a que un juez le autorice para entrar a limpiar el inmueble. En

los últimos años se han presentado varios proyectos para este inmueble, como convertirlo en un teatro o en un gran centro deportivo y social, sin que ninguna de estas propuestas haya prosperado hasta el momento.

5.º En Santa Cruz de la Palma, el viernes, día 29 de abril de 2011, el patrimonio histórico de dicha ciudad sufrió actos de vandalismo²², ya que varios edificios históricos de la ciudad y algunas esculturas como la del Padre Díaz, situada en la emblemática plaza de España, amanecieron llenas de pintadas en rojo pidiendo, en algunos de ellos, la libertad de los presos políticos chilenos.

6.º El Procurador del Común de Castilla y León elaboró en 2006 un informe²³ en cuyo preámbulo queda clara la intención de proteger a los Bienes Culturales de intervenciones urbanísticas que alteren el paisaje urbano o rural, de la realización de obras inadecuadas que incidan negativamente en ellos, de actos antisociales, etc.

En el informe figura la descripción de diferentes actuaciones llevadas a cabo en ciudades como Salamanca o Valladolid²⁴ para atajar el deterioro de su patrimonio histórico. En dicho informe se dice:

«Esta concienciación ciudadana sobre la necesaria protección de nuestro patrimonio cultural, como medio fundamental para su difusión y acrecentamiento, se ha materializado, de forma especial, mediante la reclamación de un activismo protector hacia aquellos bienes cuya integridad, conservación o contemplación se encuentra en peligro de deterioro, alteración o destrucción. De forma que, incluso, el desempeño de la misión tuteladora de la integridad del patrimonio histórico, ha llegado a convertirse en la demanda habitual de las quejas presentadas en esta materia. Con ello, la intervención administrativa instada en el presente ejercicio para la conservación del patrimonio cultural de esta Comunidad, se ha centrado en la protección de los bienes de interés cultural frente al peligro de su contaminación visual, la protección de los bienes integrantes del patrimonio histórico no declarados de interés cultural frente a su posible desaparición, el control sobre las obras ilegales o abusivas desde el punto de vista urbanístico, histórico y cultural, la prevención y erradicación de conductas agresivas contra el patrimonio cultural y arquitectónico y la protección de los restos arqueológicos».

7.º También en Barcelona se hizo uso de la Ley 7/1985 para desarrollar una Ordenanza Municipal, aprobada el 23 de diciembre de 2005 (BOP de 24 de enero de 2006), con medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona. Las conductas tipificadas en la norma son aquellas que pueden suponer una alteración de la convivencia en el espacio público o una degradación del mismo.

El avance tecnológico hace posible la prevención de actos delictivos, la protección de las personas y la custodia de bienes. Este uso de tecnologías

está especialmente indicado cuando las conductas perseguidas se producen en espacios abiertos al público. Cada vez es más frecuente el uso de sistemas de grabación de imágenes y sonidos para aumentar el nivel de tutela de los bienes sin menoscabar las libertades de las personas. La regulación del uso de los medios de grabación de imágenes y sonidos empleados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, se estableció mediante la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, llamada Ley de Video Vigilancia, y el Reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 596/1999, de 16 de abril. Dicha Ley (art. 3.2) abarca tanto la instalación de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como por las corporaciones locales. Este reconocimiento de la facultad de uso de sistemas de video vigilancia a la administración municipal está sujeto, no obstante, al régimen de autorización establecido en los artículos 3 a 5 de la citada Ley, o 6 a 9 del Reglamento, según se trate de instalaciones fijas o móviles, respectivamente, solicitada por el alcalde o, en su caso, por el concejal competente en materia de Seguridad Ciudadana, respecto a la policía local de su municipio.

8.º El *patrimonio arqueológico* es el que parece estar aún más desprotegido y expuesto porque suele encontrarse en el extrarradio de las ciudades y en zonas rurales donde la vigilancia es menor. El principal problema que sufre este patrimonio es el expolio. El 13 de enero de 2005, el diario *ABC* publicó la noticia relativa a la investigación abierta, por la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, sobre el robo de un fragmento del mosaico romano, hallado en las obras de la autovía Córdoba-Antequera, en el término municipal de La Rambla (Córdoba), en espera que se determine «*cómo ha podido producirse el expolio en una excavación arqueológica que cuenta con vigilancia*»²⁵.

9.º El *patrimonio documental* también está sometido al expolio por parte de coleccionistas con pocos escrúpulos que desean ser únicos poseedores de ciertos bienes. Desde el 5 de julio de 2011 hasta el 4 de julio de 2012 ha durado la investigación por la sustracción del *Códice Calixtino* de la Catedral de Santiago, obra que recoge la tradición de las peregrinaciones y la Ruta Jacobea, a pesar de que estaba custodiada en el Archivo catedralicio. El resultado de la misma ha finalizado con la detención de un ex trabajador de la catedral de Santiago de Compostela quien, al parecer, venía robando bienes de la misma desde hacía tiempo para venderlos a coleccionistas particulares. Según se ha podido saber²⁶:

«La Fiscalía de Galicia llegó a recomendar a la Iglesia la elaboración de un inventario de todo su patrimonio y la custodia en cajas fuertes de las reliquias de mayor interés. El *Códice* estaba en una sala acorazada, pero dentro de un recinto con pobres medidas de protección».

La noticia pone de manifiesto la falta de una legislación que obligue a establecer medidas de protección de BPE-HCN, independientemente de que

su titularidad sea pública o privada, que deben recogerse en el correspondiente Plan de Autoprotección de los mismos. El presidente del Gobierno de España, en la comparecencia pública que hizo tras el hallazgo del código, hizo notar que había que reforzar las medidas de protección de estos bienes para evitar pérdidas irreparables.

10.º Aunque es también el expolio uno de los riesgos a los que se ven sometidos el *patrimonio industrial* (por ejemplo, suele ser frecuente el robo de metal²⁷ en todo tipo de instalaciones industriales) y el etnológico, su principal amenaza es la especulación urbanística. Los dos ejemplos que siguen son buena prueba de ello.

El primero se presenta mediante la denuncia que hizo pública, en febrero de 2006, el Grupo Cultural San Gil, de Béjar (Salamanca)²⁸, en los términos siguientes: «*Un expolio con nocturnidad (...) en lo que fuera la fábrica de Patricio Hernández y que ahora pertenecía a una cerrajería*». En dicha denuncia, se decía literalmente: «*El Grupo Cultural San Gil ha denunciado en una nota el derribo de otra chimenea textil en la ciudad de Béjar, concretamente en la que fue fábrica de Patricio Hernández y que ahora pertenecía a una empresa de cerrajería. El hecho, según el grupo cultural, se produjo el pasado día 8, “un expolio con nocturnidad del patrimonio industrial bejarano”.* Desde diversas asociaciones bejaranas se está reclamando en los últimos años la conservación de las chimeneas de las fábricas como testimonio del esplendor textil que tuvo la ciudad en el pasado. Y es que la crisis del sector ha hecho mella durante la última década, con el cierre de decenas de fábricas y la pérdida de al menos 1.500 puestos de trabajo, como ha publicado este diario en numerosas ocasiones tanto en noticias como reportajes. Por ello, a raíz de este cierre de fábricas, se reclama a las autoridades con competencias en la materia que intervengan para evitar el derribo de las chimeneas y, por contra, contribuir a su protección y promoción como una oferta turística y cultural más».

El segundo, mediante la denuncia presentada por Ecologistas en Acción en la que se pone de manifiesto que entre los meses de junio y julio de 2011 se ha producido: «*La desaparición de numerosos pies de arbolado tradicional de secano de gran porte en la parcelas 14 y 22 de la zona Soterranyes Baixes (polígono 43) de Vinaròs (Castellón). Dichas fincas son actualmente de propiedad municipal, y hasta el momento, se sabe de la sustracción de dos olivos catalogados de interés local monumental*»²⁹.

La intención que hemos perseguido al exponer los anteriores ejemplos de acciones de diverso tipo cometidas sobre BPE-HCN va más allá de la denuncia de tales hechos. Pretendemos que sirva para provocar una profunda reflexión sobre las obligaciones legales que tienen sus titulares para su protección y concluir que resultan insuficientes, en nuestra opinión, a la vista de los ratios legales de mínimos que dejan fuera un innumerable conjunto de ellos.

2. LA AUTOPROTECCIÓN. UNA APROXIMACIÓN AL MARCO NORMATIVO ACTUALMENTE EXISTENTE

No es tarea fácil reordenar y refundir en un único texto legal todas y cada una de las normativas implicadas cuando se trata de auto proteger, con carácter integral, a nuestro PHE. Como pronto vamos a tener ocasión de comprobar, la dificultad de acometer dicho objetivo, no solo obedece a la dispersión de las normas, muchas de ellas de contenido técnico-jurídico, sino también al carácter histórico-cultural-medio ambiental del bien que pretendemos proteger y, más aún, si es un inmueble en cuyo interior hay personas que trabajan en él o lo visitan³⁰. Por tanto, cualquier propuesta tendente a la protección, en general, o a la autoprotección, en particular, de un PHE debe partir del conocimiento de las limitaciones que el carácter de estos bienes impone a la hora de llevar a cabo actuaciones en ellos. Partiendo de la especificidad del bien a autoproteger se podrá analizar si resulta suficiente la normativa legal de autoprotección cuyas exigencias mínimas, como pronto comprobaremos, dejan fuera de su ámbito un innumerable conjunto de bienes patrimoniales de carácter histórico, algunos de ellos forman parte del Patrimonio de la Humanidad.

2.1. HITOS NORMATIVOS

Nos proponemos hacer un recorrido histórico-legislativo para analizar cuál ha sido la atención que, en materia de protección de personas y bienes —muebles e inmuebles (tanto en el continente como en su contenido)— han dedicado a la normativa de Protección Civil, de Prevención de Riesgos Laborales, de Patrimonio Histórico y de Edificación. Este recorrido que nos hemos propuesto hacer pretende servir para detectar cuáles son las lagunas que existen en la normativa legal vigente sobre Autoprotección aplicada a BPE-HCN. Todo ello nos ha animado a concluir que es necesario desarrollar una Norma de Autoprotección específica para BPE-HCN que proponemos tenga el nombre de Norma de Autoprotección Integral para Bienes Patrimoniales Españoles de carácter Histórico, Cultural y Natural.

La Constitución Española proclama la obligación de proteger a las personas frente a emergencias, como principio fundamental, en su artículo 15: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...». Es, por tanto, una obligación de los Poderes Públicos el garantizar el Derecho a la Vida y a la Integridad Física. Desde el punto de vista que nos ocupa en este trabajo, para que se llevase a cabo este cometido, se desarrolló el concepto de Protección Civil³¹.

1. La primera vez que aparece de una manera clara la obligación de elaborar planes de emergencia es en la Orden de 25 de septiembre de 1979 (*BOE* de 20 de octubre de 1979), sobre Prevención de Incendios en Establecimientos

Hoteleros, elaborada tras el incendio del Hotel Corona de Aragón que fue provocado por, al menos, tres terroristas el 12 de julio de 1979 y causó 76 muertos y 113 heridos. Justamente al mes de suceder dicho accidente se publicó en el *BOE* del 7 de noviembre de 1979, la Orden de 24 de octubre de 1979 sobre Protección Anti-incendios en los Establecimientos Sanitarios. El Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo elaboró el Real Decreto 2059/1981, de 10 de abril de 1981, *BOE* de 18 y 19 de septiembre de 1981, por el que se aprueba la Norma Básica de la Edificación y, en ella, las Condiciones de protección contra incendio en los edificios³². El Ministerio del Interior publicó el Real Decreto 2816/82, de 27 de agosto de 1982 (*BOE* de 6 de noviembre de 1982), sobre Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas.

2. Varios han sido los hitos normativos que la legislación española ha fijado para la protección tanto de las personas como de determinados bienes materiales. Podemos fijarlos como sigue. En primer lugar, la Ley de Protección Civil, Ley 2/1985, de 21 de enero. Una Ley que en sus artículos 5 y 6.1³³ determina que el Gobierno establecerá un catálogo de actividades que pueden dar lugar a situaciones de emergencia y la obligación de sus titulares de disponer de un sistema de alarma, evacuación y socorro, y que establecerá las directrices básicas para regular la autoprotección. Tengamos en cuenta que la LPC habla de «autoprotección» como un sistema propio de protección si bien, como se verá más adelante, será la NBA³⁴ la encargada de desarrollar este concepto estableciendo el Plan de Autoprotección (y no el Plan de Emergencia como preveía la Orden de 29 de noviembre de 1984, relativa al Manual de Autoprotección, ya derogado).

Una vez expuesto el marco general, entremos a desarrollar los aspectos concretos relacionados con la Prevención, Seguridad y Salud:

- En 1980 se publicó el Real Decreto 1547/80, de 24 de julio, de reestructuración de la Protección Civil, en la que se refunda la Dirección General de Protección Civil, dependiente del Ministerio del Interior, creándose además la Comisión Nacional de Protección Civil como máximo órgano consultivo y deliberante en la materia.
- En los años 1981 y 1982 se publican los Reales Decretos 2059/1981 y 2816/82, que contienen medidas contra incendios. En el artículo 7.3 del primero figura el Plan de Emergencia y Equipo de Seguridad contra Incendios, lo que da lugar al desarrollo del Manual de Autoprotección, por Orden de 29 de noviembre de 1984. En esta Orden es en la que el Ministerio del Interior se pronuncia, por primera vez, sobre la autoprotección preventiva. En 1996 se crea la Norma Básica de la Edificación, NBE-CPI-96, en la que se establecen las condiciones de protección contra incendios en los edificios, que es la que se ha estado usando hasta nuestros días. Como modificación del Real Decreto 1547/80 se publicó la Ley 2/1985, de 21 de enero, que establece las Normas Regulatoras de Protección Civil.

- En 1984 se publicó el Manual de Autoprotección, en virtud de la Orden de 29 de noviembre de 1984, en virtud del cual se define el Plan de Emergencia con carácter voluntario para «todas las actividades y dimensiones de establecimientos» (a diferencia de la Norma Básica de Autoprotección actual que establece el Plan de Autoprotección con carácter obligatorio pero que, sin embargo, dicha obligatoriedad solo es requisito exigido en determinadas actividades y tamaño de centros (a tenor de lo que establece el Anexo I) —requisito este último que deja que desear conforme a su precedente legal que era más ambicioso—³⁵).
- En 1985 se publicó la Ley 16/1985, de 25 de junio, también de carácter positivo, para la salvaguarda, tutela y transmisión a generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español. En muchos BPE-HCN y/o en sus entornos se genera actividad laboral al haber sido puestos en valor como sedes de determinadas Administraciones, públicas o privadas. En otros, su valor patrimonial hace que sean muy visitados.

3. Aunque la Ley de Protección Civil se ocupó, también, de la protección de las personas y de las poblaciones, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre³⁶ lo hizo, exclusivamente, para proteger a las personas en sus puestos de trabajo. Una Ley que exige a los empresarios, de manera obligatoria, la planificación de las acciones a desarrollar en el caso de una situación de emergencia, cuya organización deberá ser ajustada a los riesgos derivados de la actividad, el tamaño y las características de cada empresa. Así, mediante el artículo 20, establece que:

«El empresario, teniendo en cuenta el tamaño y la actividad de la empresa, así como la posible presencia de personas ajenas a la misma, deberá analizar las posibles situaciones de emergencia y adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores, designando para ello al personal encargado de poner en práctica estas medidas y comprobando periódicamente, en su caso, su correcto funcionamiento. El citado personal deberá poseer la formación necesaria, ser suficiente en número y disponer del material adecuado, en función de las circunstancias antes señaladas.

Para la aplicación de las medidas adoptadas, el empresario deberá organizar las relaciones que sean necesarias con servicios externos a la empresa, en particular en materia de primeros auxilios, asistencia médica de urgencia, salvamento y lucha contra incendios, de forma que quede garantizada la rapidez y eficacia de las mismas».

La necesidad de establecer un Plan de Emergencias que parta de un análisis de posibles riesgos, la obligación de prestar los primeros auxilios con sus propios medios (lo cual supone establecer unas medidas mínimas de autoprotección), del establecimiento de un Plan de Evacuación y de la formación del personal frente

a emergencias, tanto para la evacuación como en el uso de medios materiales con los que actuar inicialmente que garantice la alerta, alarma, extinción, primeros auxilios y evacuación del establecimiento. Hasta la fecha, para cumplir dichas exigencias se estaban aplicando con carácter generalizado los criterios establecidos en la Orden de 29 de noviembre de 1984 mediante el Manual de Autoprotección. Es por ello que en «la práctica, la interacción entre los criterios establecidos en el Manual de Autoprotección y lo exigido en el artículo 20 de la LPRL ha permitido aproximar el Plan de Emergencias al Plan de Autoprotección identificando los riesgos específicos y las medidas de prevención y de control de riesgos, aproximándose, en muchas ocasiones, a los objetivos previstos para elaborar el Plan de Autoprotección en el párrafo 3, del apartado 3.3, relativo a los criterios para la elaboración del Plan de Autoprotección de la NBA»³⁷.

4. En cuanto a edificación se refiere, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), fija los requisitos básicos para la edificación de cara a los diferentes periodos de vida de un edificio —ejecución, uso y demolición— y habla sobre la Prevención a través del Diseño³⁸, PtD, que está contemplada en la Directiva Marco 92/57/CEE, como primera medida preventiva a tomar por quienes diseñan el Proyecto de un edificio de cara a garantizar la seguridad de quienes lo tienen que construir, vivir, conservar y, en su caso, demoler ya que esta Ley, por ocuparse de los principios esenciales que han de presidir el proceso de edificación, entre otros aspectos, fija los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios de cara a la protección de sus usuarios, ya sean eventuales o permanentes. Por último, y para cerrar estos hitos a los que se aludía anteriormente, citemos el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación³⁹. El CTE completa a la LOE al ocuparse de regular las reformas y rehabilitaciones de edificios ya construidos y también introduce, indirectamente, el concepto de la PtD.

5. A nivel andaluz, cabría destacar la Ley 2/2002, de Gestión de Emergencias en Andalucía. Una norma autonómica que expresa el deber de la Administración Autonómica de realizar actuaciones básicas sobre situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, las actuaciones básicas en materia de protección civil por parte de los sujetos públicos o privados, conforme a lo establecido en la presente Ley entre las que se encuentran la previsión, prevención, planificación y la intervención y que prevé, en su artículo 10, la redacción de los Planes de emergencia interior o de autoprotección cuyo contenido está desarrollado en el artículo 14. Un precepto que establece que:

«1. Los planes de emergencia interior o de autoprotección son aquellos que se elaboran por los titulares o responsables de centros e instalaciones que desarrollen actividades consideradas generadoras de riesgos incluidas en el catálogo previsto en el artículo 9.2, o susceptibles de resultar afectadas por situaciones de emergencia, atendiendo a

los criterios establecidos en la normativa específica que les resulte de aplicación, así como a las disposiciones y criterios establecidos en la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo y en el Plan Territorial de Emergencia de Andalucía.

2. Los planes de emergencia interior o de autoprotección establecerán claramente los mecanismos de comunicación, coordinación e interfase con el plan territorial, especial o específico, en el que se deban integrar en razón a su ámbito territorial y actividad.

3. Los titulares o responsables de centros e instalaciones que desarrollen actividades consideradas generadoras de riesgos o susceptibles de resultar afectadas por situaciones de emergencia deberán disponer de suficientes medios humanos y materiales para prevenir y hacer frente a las situaciones de emergencia que puedan producirse en el interior de las mismas.

4. La eventual adscripción de medios humanos y materiales de intervención de titularidad pública a los planes de emergencia o de autoprotección requerirá el acuerdo previo de la Administración Pública titular del servicio, oídos los medios humanos y profesionales del respectivo centro o instalación en la elaboración del Plan de emergencia interior o de autoprotección.

5. Las autoridades de protección civil, competentes a tenor de lo dispuesto en la presente Ley, podrán ejercer facultades de inspección respecto de los centros e instalaciones a que se refiere el apartado primero del presente artículo, al objeto de comprobar la veracidad de la información aportada y la efectiva adopción de las medidas previstas en el plan de emergencia interior o de autoprotección, así como en la normativa sectorial aplicable».

Resulta deseable armonizar el contenido de dicha normativa legal con la nueva NBA. Una norma que cronológicamente es de fecha posterior y que desatiende, como pronto tendremos ocasión de comprobar, aspectos esenciales.

6. El 24 de marzo de 2007 se publicó en el *BOE* el Real Decreto 393/2007, entrando en vigor un día después, por el que se aprueba la Norma Básica de Autoprotección de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia. El objeto de la NBA es establecer los criterios esenciales, de carácter mínimo, para: la regulación de la autoprotección, la definición de las actividades a las que obliga y la elaboración, implantación material efectiva y mantenimiento de la eficacia del Plan de Autoprotección. Es esta, por tanto, una norma de ámbito nacional que obliga a determinadas empresas o titulares de actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia a disponer de un documento técnico asociado a la autoprotección del centro, establecimiento o edificio. Tiene carácter de norma

mínima, tal y como establece el artículo 3, según el cual: «1. Las obligaciones de autoprotección establecidas en el presente Real Decreto serán exigidas como norma mínima o supletoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.1.2. Los planes de autoprotección previstos en esta norma y aquellos otros instrumentos de Prevención y Autoprotección impuestos por otra normativa aplicable, podrán fusionarse en un documento único cuando dicha unión permita evitar duplicaciones innecesarias de la información y la repetición de los trabajos realizados por el titular o la autoridad competente, siempre que se cumplan todos los requisitos esenciales de la presente norma y de las demás aplicables de acuerdo con el artículo 2.1». Tras su publicación, y como ya ha sido dicho, quedó derogada la Orden de 29 de noviembre de 1984, por la que se aprueba el Manual de Autoprotección para el desarrollo del Plan de Emergencia contra Incendios y de Evacuación de Locales y Edificios y la sección IV del capítulo I del título primero del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por el Real Decreto 2816/1982, de 28 de agosto. La Disposición General 1.^a vuelve a insistir en el carácter de mínimos.

2.2. PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE SEGURIDAD SEGÚN EL TIPO DE RIESGO

La tarea de reordenar la dispersa y prolija normativa legal y reglamentaria sobre Seguridad en atención al tipo de riesgo a que pueda estar expuesto un BPE-HCN no resulta fácil. Podemos distinguir, a la luz de la normativa expuesta en el epígrafe anterior, cuatro grandes ámbitos en Autoprotección que denominaremos:

- 2.2.1. *Ámbito de la Seguridad frente a catástrofes naturales. Protección Civil.*
- 2.2.2. *Ámbito de la Seguridad contra incendio.*
- 2.2.3. *Ámbito de la Seguridad por actos antisociales.*
- 2.2.4. *Ámbito de la Seguridad por accidentes laborales.*

2.2.1. *Ámbito de Seguridad frente a catástrofes naturales. Protección Civil*

Normalmente, como contenido del Plan de Autoprotección existe una clara coordinación y colaboración con la dirección del Plan de Protección civil donde se integra el Plan de Autoprotección y la protección civil. Es triple el objetivo que se persigue: proteger a las personas, a los bienes y al medio ambiente. Para ello, se estudia y planifica el dispositivo necesario de intervención en caso de emergencia, y de otro, se establece la adecuada coordinación entre el responsable

de emergencia de la empresa y los responsables públicos y privados llamados a intervenir. Veamos, pues, la normativa aplicable sobre el particular:

- Ley 2/1985, de 21 de enero. Norma Básica de Protección Civil. Ministerio del Interior (*BOE* núm. 22, de 25 de enero de 1985). El fundamento jurídico de la Protección Civil se encuentra en la Constitución. Tal como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil, se establece la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho a la vida y la integridad física como primero y más importante de los derechos fundamentales, artículo 15; los principios de unidad nacional y solidaridad territorial, artículo 2, y las exigencias esenciales de eficacia y coordinación administrativa, artículo 103.
 - Real Decreto 1547/1980, de 24 de julio, sobre reestructuración de la protección civil (*BOE* núm. 180, de 28 de julio).
 - Real Decreto 1378/1985, de 1 de agosto. Ministerio de Interior. Medidas provisionales para la actuación en situaciones de emergencia en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública (*BOE* núm. 191, de 10 de agosto de 1985).
 - Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil (*BOE* núm. 105, de 1 de mayo de 1992).
 - Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas. Revisado por el Real Decreto 1196/2003, de 19 de septiembre, por el que se aprueba la Directriz básica de protección civil para el control y planificación ante el riesgo de accidentes graves en los que intervienen sustancias peligrosas.
 - Real Decreto 1123/2000, de 16 de junio, por el que se regula la creación e implantación de unidades de apoyo ante desastres (*BOE* núm. 156, de 30 de junio de 2000).
 - Real Decreto 1449/2000, de 28 de julio, por el que se modifica y desarrolla la estructura básica del Ministerio del Interior (*BOE* núm. 181, de 29 de julio 2000).
 - Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo (*BOE* núm. 104, de 1 de mayo de 2001).
 - Real Decreto 967/2002, de 20 de septiembre, por el que se regula la composición y régimen de funcionamiento de la Comisión Nacional de Protección Civil (*BOE* núm. 236, de 2 de octubre de 2002).
- * Modificó al Real Decreto 573/1997, de 18 de abril, por el que se modificaba el Real Decreto 888/1986, de 21 de marzo, que también fue modificado por el Real Decreto 2061/1999, de 30 de diciembre, Real Decreto 991/2006, de 8 de septiembre, por el que se desarrolla la es-

estructura orgánica básica del Ministerio del Interior (*BOE* núm. 218, de 12 de septiembre 2006).

- Real Decreto 307/2005, de 18 de marzo, por el que se regulan las subvenciones en atención a determinadas necesidades derivadas de situaciones de emergencia o de naturaleza catastrófica, y se establece el procedimiento para su concesión (*BOE* núm. 67, de 19 de marzo 2005).
- * Modificado por el Real Decreto 477/2007, de 13 de abril (*BOE* núm. 90, de 14 de abril de 2007). Corrección de errores del Real Decreto 477/2007 (*BOE* núm. 94, de 19 de abril de 2007). Desarrollado por la Orden INT/277/2008, de 31 de enero. Orden INT/1200/2006, de 6 de abril, por la que se desarrolla el Real Decreto 307/2005, de 18 de marzo, por el que se regulan las subvenciones en atención a determinadas necesidades derivadas de situaciones de emergencia o de naturaleza catastrófica (*BOE* núm. 99, de 26 de abril de 2006). La regulación de este tipo de ayudas ha resultado afectada por la entrada en vigor de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en su artículo 22.2.
- Real Decreto 285/2006, de 10 de marzo. Directriz Básica de Protección Civil ante el Riesgo Sísmico (*BOE* núm. 70, de 23 de marzo de 2006).
- Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo, por el que se aprueba la *NORMA BÁSICA DE AUTOPROTECCIÓN* de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia (*BOE* núm. 72, de 24 de marzo de 2007).
- * Reformando parte de sus artículos 6 y 8 por el Real Decreto 1468/2008, de 5 de septiembre (*BOE* núm. 239, de 3 de octubre de 2008).
- Real Decreto 1181/2008, de 11 de julio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior (*BOE* núm. 171, de 16 de julio de 2008).
- Orden de 18 de marzo de 1993, por la que se regula el procedimiento para la concesión de ayudas en atención a determinadas necesidades derivadas de situaciones de emergencia, catástrofes y calamidades públicas.
- Orden INT/439/2005, de 14 de febrero, por la que se modifica la Orden de 18 de marzo de 1993, por la que se regula el procedimiento para la concesión de ayudas en atención a determinadas necesidades derivadas de situaciones de emergencia, catástrofes y calamidades públicas (*BOE* núm. 49, de 26 de febrero de 2005).
- Orden INT/985/2005, de 7 de abril, por la que se delegan determinadas atribuciones y se aprueban las delegaciones efectuadas por otras autoridades (*BOE* núm. 90, de 15 de abril de 2005).

— Legislación sobre riesgos naturales (Protección Civil)

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la distribución de competencias en materia de protección civil. Así lo hizo en la STC de 19 de julio de 1990, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad número 355/1985. Según dicha sentencia, se reconoce la concurrencia de competencias en la materia entre las Comunidades Autónomas y el Estado; si bien las Comunidades Autónomas tienen competencia en materia de protección civil, esta competencia se encuentra con determinados límites que derivan de la existencia de un posible interés nacional o supra autonómico. Esta sentencia permitió ya diseñar y perfilar el modelo nacional de protección civil y establecer los criterios comunes mínimos para la elaboración de los Planes.

El acuerdo de Consejo de Ministros, de 31 de marzo de 1995, aprobó el *Plan Estatal de Protección Civil para emergencias por incendios forestales*.

- Real Decreto-ley 11/2005, de 22 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de incendios forestales. Ministro del Interior (*BOE* núm. 175, de 23 de julio de 2005).
- Acuerdo del Consejo de Ministros, de 26 de marzo de 2010, por el que se aprueba el Plan Estatal de Protección Civil ante el Riesgo Sísmico.
- Orden de 2 de abril de 1993, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros que aprueba la Directriz Básica de Planificación de Protección Civil de Emergencia por Incendios Forestales (*BOE* núm. 90, de 15 de abril de 1993).
- Resolución de 31 de enero de 1995, de la Secretaría de Estado de Interior, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba la Directriz Básica de Planificación de protección civil ante el Riesgo de Inundaciones.
- Resolución de 5 de mayo de 1995, de la Secretaría de Estado de Interior, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba la Directriz Básica de Planificación de protección civil ante el Riesgo Sísmico.
- Resolución de 21 de febrero de 1996, de la Secretaría de Estado de Interior, disponiendo la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba la Directriz Básica de Planificación de protección civil ante el Riesgo Volcánico.
- Resolución de 17 de septiembre de 2004, de la Subsecretaría, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 16 de julio de 2004, por el que se modifica la Directriz Básica de Planificación de protección civil ante el Riesgo Sísmico, aprobada por el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 7 de abril de 1995.

— Normativa Reguladora de *Protección Civil y Emergencias*

- Directriz Básica de Planificación de Protección Civil de Emergencia por Incendios Forestales. Orden de 2 de abril de 1993.
- Directriz Básica de Planificación de Protección Civil ante el Riesgo de Inundaciones. Resolución de 31 de enero de 1995.
- Directriz Básica de Planificación de Protección Civil ante el Riesgo Sísmico. Resolución de 5 de mayo de 1995.
- Directriz Básica de Planificación de Protección Civil ante el Riesgo Volcánico. Resolución de 21 de febrero de 1996.

2.2.2. *Ámbito de Seguridad contra Incendios*

En este apartado se incluye toda la legislación destinada a la protección de personas y bienes contra el riesgo de fuego, que es el más grave para los conjuntos patrimoniales, tanto para los continentes como para los contenidos.

- Ley 38/1999, de 5 de noviembre. *Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*. Jefatura del Estado (*BOE* núm. 266, de 6 de noviembre de 1999).
 - * Artículo 3 modificado por Ley 24/2001, de 27 de diciembre. Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (*BOE* de 31 de diciembre de 2001). Artículo 82.
 - * Disposición Adicional segunda modificada por Ley 53/2002, de 30 de diciembre. Medidas fiscales.
- Ley 21/1992, de 16 de julio. Reglamento de instalaciones en industria para la protección de incendios. Jefatura del Estado (*BOE* núm. 176, de 23 de julio de 1992).
- Ley 34/2007, de 15 de noviembre. *Calidad del aire y protección de la atmósfera*. Jefatura del Estado (*BOE* núm. 275, de 16 de noviembre de 2007).
- Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre. Reglamento de Aparatos de Elevación y Mantenimiento de los mismos. Ministerio de Industria y Energía (*BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 1985).
- Real Decreto 279/1991, de 1 de marzo, se aprobó la *Norma Básica de la Edificación* «NBE-CPI/91: Condiciones de protección contra incendios en los edificios».
- Real Decreto 1085/1992, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la actividad de distribución de gases licuados del petróleo. Derogado en aquello que contradiga o se oponga a lo dispuesto en el Real Decreto 919/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Re-

- glamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias ICG 01 a 11, modificado, con posterioridad, por la Resolución de 29 de abril de 2011, de la Dirección General de Industria, por la que se actualiza el listado de normas de la instrucción técnica complementaria ITC-ICG 11 del Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos, aprobado por Real Decreto 919/2006, de 28 de julio, y el Real Decreto 560/2010, de 7 de mayo, por el que se modifican diversas normas reglamentarias en materia de seguridad industrial para adecuarlas a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
- Real Decreto 1230/1993, de 23 de julio, fue aprobado el anejo C, «Condiciones particulares para el uso comercial», de la Norma Básica NBECPI/91, que vino a complementar el contenido de la citada Norma Básica de la Edificación «NBE-CPI/91» en relación con los edificios dedicados a este uso.
 - Real Decreto 1942/1993, de 5 de noviembre. *Reglamento de Instalaciones de Protección Contra Incendios (RIPCI)*. Ministerio de Industria y Energía (BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1993).
 - * Corrección de errores, Ministerio de Industria y Energía (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1994, pág. 14154).
 - * Orden de 16 de abril de 1998, sobre Normas de procedimiento y desarrollo del Real Decreto 1942/1993.
 - Real Decreto 2177/1996, de 4 de octubre de 1996, por el que se aprueba la *Norma Básica de Edificación «NBE-CPI/96»* (BOE núm. 261, de octubre de 1996).
 - * Derogado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación (BOE núm. 74, de 28 de marzo). Estará en vigor hasta seis meses después del 29 de marzo del 2006.
 - Real Decreto 2267/2004, de 3 de diciembre. *Reglamento de seguridad contra incendios en los establecimientos industriales*. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (BOE núm. 303, de 1 de diciembre de 2004).
 - * Corrección de errores y erratas. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2005).
 - Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se crea el *Código Técnico de la Edificación (CTE)*. Ministerio de Vivienda (BOE núm. 74, de 28 de marzo de 2006).

- * Anexo: DB-SI⁴⁰. Modificado el 19 de febrero de 2010.
- * Anexo: DB-SUA⁴¹. Modificado el 19 de febrero de 2010.
- Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo, por el que se aprueba la *Norma Básica de Autoprotección (NBA)* de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia (*BOE* núm. 72, de 24 de marzo de 2007). Reformando parte de sus artículos 6 y 8 por el Real Decreto 1468/2008, de 5 de septiembre (*BOE* núm. 239, de 3 de octubre de 2008).
 - * Normalmente, los Planes de Autoprotección que se realizaron antes del Real Decreto 393/2007 se hacían conforme al Manual de Autoprotección, Guía para el desarrollo del Plan de Emergencia contra Incendios y de Evacuación en los Locales y Edificios editado por O. M. de 29 de noviembre de 1984 (*BOE* núm. 49, de 26 de febrero de 1985). Para la confección de dichos documentos se utilizaba la siguiente normativa en materia de protección contra incendios:
 - * Norma Básica de la Edificación (NBE-CPI/96) .
 - * Reglamento de Instalaciones de Protección Contra Incendios.
 - * Normas UNE citadas en el RIPCI.
 - * Recomendaciones de CEPREVEN.
- Real Decreto 2060/2008, de 12 de diciembre. *Reglamento de equipos a presión*. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (*BOE* núm. 31, de 5 de febrero de 2009).
- Decreto 919/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias ICG 01 a 11.
- Orden de 10 de marzo de 1998. Modificación de la Instrucción Técnica Complementaria *MIE-AP5*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (*BOE* núm. 101, de 28 de abril de 1998).
 - * Complementa el Real Decreto 1244/1979, de 4 de abril (*BOE* núm. 128, de 29 de mayo de 1979) que se derogó.
 - * Se modifica la instrucción técnica complementaria *MIE-AP5* del reglamento de aparatos a presión sobre extintores de incendios.

2.2.3. Ámbito de la Seguridad por actos antisociales

Dadas las características de la sociedad actual, conviene organizar la normativa legal existente de cara a las actuaciones y medidas de autoprotección

que deben desarrollarse en el conjunto de BPE-HCN, analizando aquellas leyes, decretos, órdenes, etc., que se ocupan de la Seguridad en situaciones derivadas de los, cada vez más desgraciadamente frecuentes, actos antisociales.

- Ley 3/1985, de 18 de marzo, de *Metrología*⁴², establece el régimen jurídico de la actividad metrológica en España.
 - * Modificada por el Real Decreto Legislativo 1296/1986, de 28 de junio, y se establece el control metrológico CEE.
 - * Desarrollada fundamentalmente en su capítulo III por el Real Decreto 889/2006, de 21 de julio, por el que se regula el control metrológico del Estado sobre instrumentos de medida. El Real Decreto traspone al derecho interno la Directiva 2004/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004⁴³.
 - * Orden ITC/3708/2006, de 22 de noviembre. Control metrológico del Estado. Recomendación Internacional número 126 de la Organización Internacional de Metrología Legal.

- Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero. *Protección de la Seguridad Ciudadana*. Jefatura del Estado (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 1992).
- Ley 23/1992, de 30 de julio. *Seguridad Privada*. Jefatura del Estado (BOE núm. 66, de 4 de agosto de 1992).
- Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto. *Utilización de Videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*. Jefatura del Estado (BOE núm. 186, de 5 de agosto de 1997).

2.2.4. Ámbito de la Seguridad por accidentes laborales

En este bloque de normas legales se incluyen aquellas que, además de proteger el continente, se ocupan del contenido existente en los bienes inmuebles en los que se lleve a cabo cualquier tipo de actividad laboral, poniendo especial énfasis en prevenir la seguridad y salud de los trabajadores y visitantes que en cualquier momento se encuentren en ellos.

- Ley 31/1995, de 8 de noviembre. *Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)*. Jefatura del Estado (BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995).
 - * Desarrolla la Directiva 89/391/CEE⁴⁴ de 12 de junio de 1989. Consejo de las Comunidades Europeas. *Seguridad y de la salud de los trabajadores* (DOCE Serie L, núm. 183, de 29 de junio de 1989).

- Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, sobre *Estructuras Básicas de Salud*. Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE núm. 27, de 1 de febrero de 1984).

- Real Decreto 2291/1985, del Ministerio de Industria y Energía, de 8 de noviembre, Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención de los mismos (*BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 1985).
 - * Ampliada por la Orden de 23 de septiembre de 1987. *Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención de los mismos*. Ministerio de Industria y Energía (*BOE* núm. 239, de 6 de octubre de 1987). ITC-MIE-AEM 1. Normas de seguridad para la construcción e instalación de ascensores electromecánicos.
 - * Desarrollado por la Orden de 30 de junio de 1974. *Reglamento de aparatos elevadores de propulsión hidráulica*. Ministerio de Industria (*BOE* núm. 190, de 9 de agosto de 1974).
 - * Ampliada por el Real Decreto 1314/1997, del Ministerio de Industria y Energía, de 1 de agosto de 1997, y Disposiciones de aplicación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 96/16/CE, sobre ascensores y de los componentes de seguridad (obligatoria desde el 1 de julio de 1999) (*BOE* núm. 234, de 30 de septiembre de 1997⁴⁵).
- Real Decreto 39/1997, de 17 de enero. *Reglamento de los Servicios de Prevención*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (*BOE* núm. 27, de 31 de enero de 1997).
 - * Modificado por Real Decreto 780/1998, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.
 - * Modificación en algunos de sus artículos por el Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (*BOE* núm. 127, de 29 de mayo de 2006).
 - * Modificado por el Real Decreto 688/2005, de 10 de junio, por el que se regula el régimen de funcionamiento de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social como servicio.
 - * Modificado por el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Donde se da una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural, del feto o del niño durante el periodo de lactancia natural.
 - * Modificado por el Real Decreto 337/2010, de 19 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006,

de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, y el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción.

- Real Decreto 485/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas en materia de *señalización de seguridad y salud* en el trabajo (BOE núm. 97, de 23 de abril de 1997⁴⁶).
 - * Desarrollada por la Directiva 92/58/CEE, de 24 de junio de 1992. Consejo de las Comunidades Europeas. Señalización de seguridad y de salud en el trabajo (DOUE. Serie L, núm. 245, de 26 de agosto de 1992).
 - * Deroga al Real Decreto 1403/1986, de 9 de marzo, por el que se aprueba la Norma sobre Señalización de Seguridad en los Centros y Locales de Trabajo (BOE núm. 162, de 8 de julio de 1986).
 - * Real Decreto 486/1997, de 14 de abril. *Disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (BOE núm. 97, de 23 de abril de 1997).
 - * Modificada por Real Decreto 2177/2004, de 12 de noviembre.

- Real Decreto 488/1997, de 14 de abril. *Disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (BOE núm. 97, de 23 de abril de 1997).
- Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo. *Utilización de equipos de protección individual*. Ministerio de Presidencia (BOE núm. 140, de 12 de junio de 1997).
- Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción. Ministerio de la Presidencia (BOE núm. 256, de 25 de noviembre de 1997).
- Real Decreto 1488/1998, de 10 de julio. *Prevención de Riesgos en la Administración General del Estado*. Ministerio de la Presidencia (BOE núm. 270, de 17 de julio de 1998).
- Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

Por tanto, toda actuación en el ámbito de la Prevención de la Seguridad y Salud en el Trabajo debe ajustarse, al menos, a todo lo establecido mediante las normas antes dichas, de forma que se garantice la debida protección de personas y bienes que participen en una actividad en un determinado centro o establecimiento y en su entorno.

3. LA NORMATIVA BÁSICA DE AUTOPROTECCIÓN: ALGUNAS CARENCIAS Y SUGERENCIAS

3.1. PLANTEAMIENTO

El Ministerio de Vivienda y, en su caso, los diferentes organismos competentes en actuaciones patrimoniales, no cesan en la ejecución de trabajos de conservación y recuperación dirigidos a revitalizar los bienes que componen el PHE. Bienes, que tienen bajo su tutela y que, en muchos casos, son puestos en valor como sedes de determinadas Administraciones, por lo que se genera en ellos actividad laboral. Pero, además, consideramos que hay que dinamizar la necesidad y conveniencia de una cultura preventiva dirigida hacia la sociedad para la conservación de dichos bienes. Si tenemos en cuenta que el primer nivel de prevención debe comenzar con su autoprotección, el análisis de las normas legales establecidas al respecto se hace obligado y, como vamos a demostrar a continuación, tanto la NBA (Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo) de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a una situación de emergencia, como la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁴⁷, Ley 31/1995, pueden resultar insuficientes al dejar fuera de su ámbito de aplicación obligatorio determinados bienes que forman parte del PHE.

Y es que, desde el momento en que se publicó el Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo, por el que se aprueba la Norma Básica de Autoprotección de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia (modificada por Real Decreto 1468/2008⁴⁸, de 5 de septiembre) se excluía de su cumplimiento a todo lo que no sea centro, establecimiento o dependencia o que, aún siéndolo, conlleve una actividad que no se recoja en el Anexo I o, simplemente, que no tengan actividad alguna. Lo que supone dejar fuera de su ámbito de aplicación —con carácter obligatorio— determinadas actividades, determinados centros que no tienen vinculada actividad alguna y determinados bienes inmuebles que no cumplen las dimensiones de los establecimientos relativos a los ratios de altura de evacuación o de ocupación del edificio [a que se refiere el Anexo I, apartado f)]⁴⁹. En tales casos, el titular del edificio o centro no estará obligado a elaborar un Plan de Autoprotección, a diferencia de lo que establecía el Manual de Autoprotección aprobado por la Orden de 29 de noviembre de 1984 que imponía, eso sí con carácter voluntario, un Plan de Emergencia para todas las actividades y dimensiones de los establecimientos. No obstante, siempre que exista cualquier tipo de actividad laboral, la LPRL (art. 20) obliga a los titulares de la misma a disponer de un Plan de Emergencia. Sin embargo, lo deseable, en nuestra opinión, es que en cualquier caso se elaborara, también, un Plan de Autoprotección y no solo un Plan de Emergencias tal y como establecía su precedente legal. Lo contrario significaría, como hoy viene sucediendo, que la NBA habría dado un

paso atrás en lo que se refiere a la autoprotección de BPE-HCN conforme a su precedente legal, el Manual de Autoprotección, aprobado por la Orden de 29 de noviembre de 1984, que incluía dentro de su ámbito de aplicación a todas las actividades y dimensiones de establecimientos.

Si los edificios históricos debían tener, o no, una consideración especial en la normativa legal de Autoprotección constituyó una cuestión que no pasó por alto la Comisión Nacional en Prevención de Riesgos Laborales creada en el ámbito universitario⁵⁰ —una Comisión creada, en su día, por Resolución de 25 de junio de 2009, que dependía de la Secretaría General de Universidades a quien se le dio el encargo de redactar un Real Decreto de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Universidad, de promoción y extensión de la cultura preventiva a la comunidad universitaria y de regulación de la formación superior en Prevención de Riesgos Laborales—. La propuesta unánime y los debates internos que se sucedieron en dicha comisión ponían de relieve la sensibilidad y empatía que sobre el tema existía. Lo demuestra el hecho de que en el borrador, convertido tiempo después, en Acuerdo del Consejo de Universidades por el que se establecen las directrices para la adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Universidad, de promoción y extensión de la cultura preventiva a la comunidad universitaria y de regulación de la formación universitaria en Prevención de Riesgos Laborales, se contemplara dicha cuestión en el artículo 11 del Borrador del Real Decreto, relativo a las Medidas de Emergencia, hoy apartado que lleva idéntica rúbrica en el Acuerdo citado, en el que se establecía que:

«11.1. Será de aplicación el Anexo I del Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo por el que se aprueba la Norma Básica de Autoprotección a los edificios destinados a docencia o investigación.

11.2. Los edificios históricos de titularidad de la Universidad deberán tener un Plan de Autoprotección. Dicho plan deberá contener un anexo específico en el que se detallen las características concretas del edificio que implican algún condicionante para el cumplimiento de la normativa vigente referida en el apartado precedente. Por cada incumplimiento se deberá justificar el riesgo que supone, la posible solución existente y la repercusión de llevarla a cabo, o la imposibilidad técnica de su adaptación, en cuyo caso se aumentarán el número de simulacros, de instalaciones preventivas y de recursos a utilizar.

11.3. Toda la comunidad universitaria tendrá la obligación de participar, en la medida de sus capacidades y formación facilitada, en los Planes de Autoprotección y Planes de Emergencia y de asumir las funciones que le sean asignadas en la aplicación de los mismos».

Proponer, como así se hizo, ir más allá del mínimo legal previsto y exigido en la NBA constituye, sin duda, una apuesta que no demuestra sino la sensibilidad que a través de este trabajo de investigación queremos poner de manifiesto. Y no podía ser de otra manera. Para quienes somos sensibles a los innumerables riesgos que los edificios históricos presentan, sean o no BIC, catalogados o no, ir más allá del mínimo legal exigido constituye un legado de obligado cumplimiento para que las generaciones futuras disfruten del rico Patrimonio Español ya sea de carácter Histórico, Cultural o Natural.

La dificultad de la propuesta radica, en parte, en que existe una gran variedad de este tipo de bienes: un jardín, una acequia, una farola, una chimenea, una mina, diversos instrumentos (artísticos, científicos y técnicos), joyas, manuscritos, cuadros, estatuas, monumentos arquitectónicos, recintos monumentales, ciudades históricas, sistemas bioclimáticos naturales y su correspondiente biodiversidad,... hasta solo un árbol o un hito kilométrico, son bienes con un carácter muy diferenciado entre sí.

Por ejemplo, la Autoprotección de un BPE-HCN cuya tipología sea la de patrimonio etnológico exige, además de las meramente proteccionistas (no autorizar edificación alguna, prohibición de los movimientos de tierras y excavaciones de incidencia paisajística, de señalizaciones de tipo publicitario, la tala de árboles, el almacenaje al aire libre de materiales y el vertido de residuos, etc.), otras complementarias con aquellas como la instalación de cámaras de video vigilancia en el entorno, de sensores de ruido, de paneles explicativos de los elementos que están integrados en él (por ejemplo: en molinos hidráulicos, fuentes, pajares, etc.) para dar a conocer su valor cultural y nivel de protección, etc. Sin embargo, el siguiente ejemplo de BPE-HCN que vamos a considerar exige un tratamiento bastante más especializado.

Por el Decreto 52/2006, de la Comunidad de Madrid, en la categoría de Territorio Histórico, se declaró BIC al ámbito territorial que quedó dentro de la Cerca de Felipe II. En este entorno hay trozos de una cerca de unos 50 kilómetros de longitud, construcciones auxiliares de abastecimiento de aguas construidas en los siglos XVI y XVIII, bosques y, además, el Monasterio de San Lorenzo de El Escorial, con sus espacios y edificaciones anexas; las fincas que se anexionaron en el siglo XVI y los conjuntos que lo hicieron en el XVIII; incluyendo también otros bienes situados en los núcleos urbanos de San Lorenzo de El Escorial y El Escorial.

Resulta evidente, pues, que el grado de complejidad que requiere la elaboración del Plan de Autoprotección de cada uno de los elementos que aquí están integrados, así como el Plan de Autoprotección General que integre a todos ellos, está indisolublemente unido a su variedad.

Centrando nuestra atención en los BPE-HCN considerados BIC, en la mayoría de los casos es claro que su uso inicial no coincide con el actual. Así podemos constatar que un palacio como el de Comares, en la Alhambra de Granada, fue construido como sede del poder nazarí. Lógicamente, en esta ar-

quitectura debían tenerse en cuenta determinadas medidas constructivas, ya sea de carácter defensivo (fosos perimetrales, angostas entradas, murallas de cierre con el menor número de huecos posible, etc.) ya de carácter cultural (ausencia de ventanas en muros, por ejemplo). En la actualidad, su uso es turístico y es visitado por alrededor de dos millones de personas cada año; 500 personas trabajan diariamente en el recinto alhambrense y sigue siendo un símbolo del poder islámico medieval. Por tanto, dado el cambio de uso, se hace imprescindible la adaptación de alguno de sus elementos arquitectónicos para que cumpla las exigencias impuestas por nuestro desarrollo normativo legal. Siendo conscientes de que las características intrínsecas de los bienes catalogados como BIC dificultan enormemente la elaboración de cualquier estrategia preventiva o proteccionista que en ellos deba implantarse (conservación, evacuación, autoprotección, etc.), surgen una serie de preguntas que ponen de manifiesto el problema dicho antes: ¿cómo desarrollar un plan de protección de este tipo de Patrimonio y, a la vez, garantizar la seguridad de quienes lo visitan?; ¿cómo colocar la señalización que exigen cualquier plan de Autoprotección sin que cause impacto visual alguno?; ¿qué tecnología conviene emplear en la protección frente a incendios?; ¿cómo lograr que todos los espacios de estos recintos sean accesibles para que se posibilite una evacuación en casos de emergencia?; ¿qué equipos de trabajo son aconsejables para quienes realizan la labor de vigilancia en el recinto?; ¿qué sistemas de información garantizarían la seguridad y salud de todas las personas que en cualquier momento se encuentran en el recinto monumental frente a un posible acto antisocial?; y, para no hacer interminable esta consideración, una última pregunta: ¿quién es técnico competente para, como establece la NBA, elaborar, por ejemplo, el Plan de Autoprotección de la Alhambra?

Es por ello que, en nuestra opinión, se puede concluir que, si bien existe una amplia legislación que afecta y limita cualquier actuación realizada en esta clase de bienes para su conservación y protección, es conveniente ir más allá de los mínimos legales exigibles actualmente. Creemos que esto puede hacerse eficazmente desde el punto de vista de la autoprotección⁵¹. Sin embargo, las normas vigentes sobre autoprotección establecidas en la NBA, al no ser específicas para los bienes del PHE deberían ajustarse a las particularidades y complejidades de intervención que en ellos se plantean.

3.2. ALGUNOS EJEMPLOS DE BPE-HCN QUE «ESCAPAN» DE LA NBA

Nos proponemos mostrar siete ejemplos de bienes tales que la legislación vigente no obliga a sus titulares a establecer un Plan de Autoprotección para ellos. Cuatro forman parte del Patrimonio Histórico Andaluz, otro del Patrimonio Cultural Andaluz y los dos últimos, están ubicados dentro de un entorno declarado BIC. Los seis primeros tienen *per se* un altísimo valor patrimonial, mientras que

el séptimo tiene un enorme valor estratégico al estar enclavado a pocos metros de los Palacios Nazaríes, es decir, en el núcleo principal de la Alhambra de Granada.

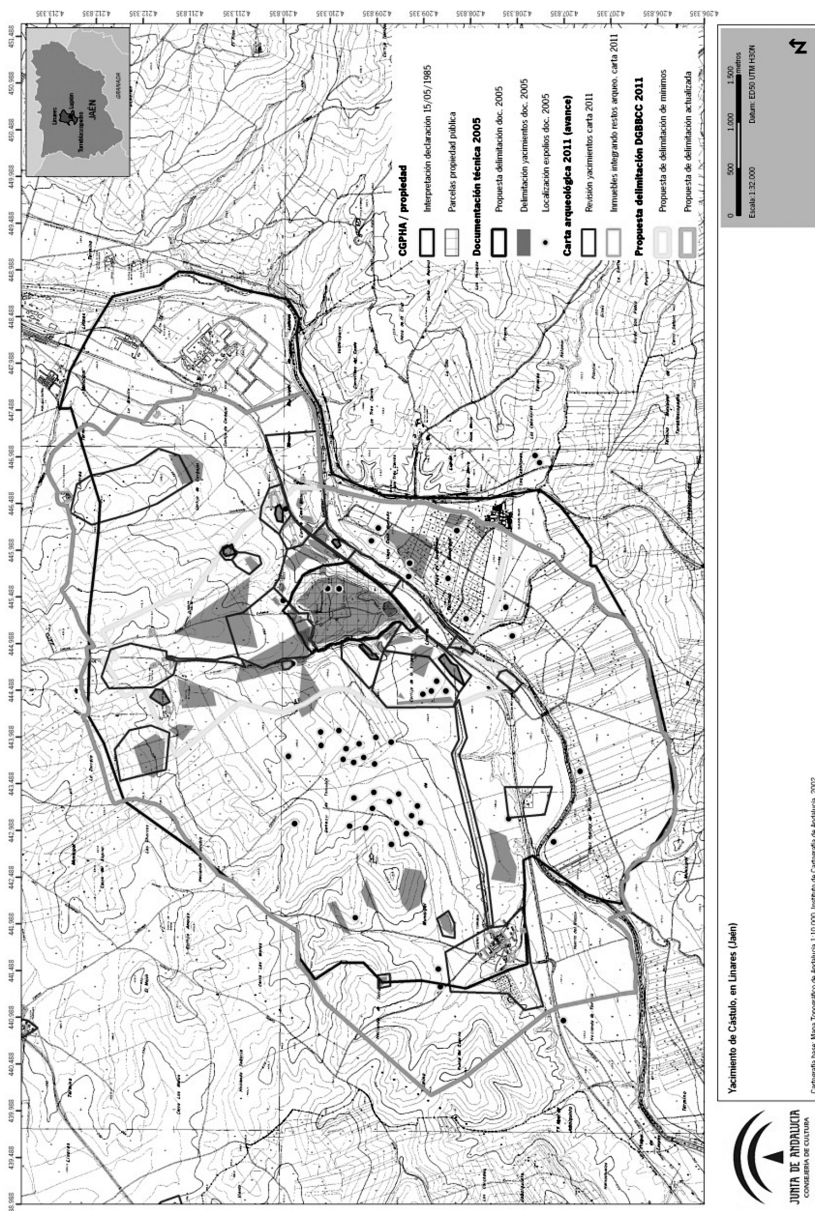
En primer lugar, analizaremos un bien del Patrimonio Cultural Andalúz y dos del Patrimonio Histórico Andalúz en los cuales no se desarrolla ningún tipo de actividad de las contempladas en el Anexo I de la NBA y, desde nuestro punto de vista, deberían estar autoprotegidos por imperativo legal. Los ejemplos han sido elegidos por su ubicación ya que el primero está en una zona de montaña de difícil acceso, el segundo en un entorno rural y el tercero dentro del perímetro urbano de la ciudad de Granada.

1. El primero, parte del Patrimonio Cultural Andalúz que no está catalogado BIC, es la Cueva del Toro. Se trata de un yacimiento arqueológico datado a caballo entre el Neolítico y el Calcolítico, situado en un lugar de difícil acceso, en el Torcal de Antequera. Las investigaciones arqueológicas realizadas revelan un periodo de ocupación humana para la cavidad que va desde el Neolítico Medio hasta el Bronce Inicial, y se apuntan indicios sobre la ocurrencia de un «cataclismo» a finales de la Edad del Cobre (hace unos 5.000 años). Está sometido a continuos saqueos y expolios, en donde se buscan vasijas, hachas, etc., prehistóricas. No existe ninguna norma legal que obligue, en este caso, a la Junta de Andalucía a su autoprotección cuando, dada su ubicación, sería un entorno especialmente indicado para aplicarla.

2. El segundo ejemplo es el antes mencionado yacimiento arqueológico de Cástulo. En la Resolución de 20 de abril de 2011, de la Dirección General de Bienes Culturales, por la que se incoa el procedimiento para la inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andalúz, de la delimitación del Bien de Interés Cultural, con la tipología de Zona Arqueológica, del yacimiento de Cástulo, en los términos municipales de Linares, Lupión y Torreblascopedro (Jaén), B.O.J.A. núm. 90, de 10 de mayo de 2011, por su recinto amurallado, la ciudad ibero-romana, intramuros y las áreas de necrópolis conocidas en sus inmediaciones y posteriores ocupaciones que de esa zona han hecho otras culturas. En la información gráfica que se adjunta, suministrada por el Dr. Castro, director del yacimiento arqueológico (ver el Plano de la Zona Arqueológica) se distinguen claramente los lugares en los que de manera furtiva se han producido expolios.

Las marcas rojas muestran los lugares en los que se han llevado a cabo robos de «tesorillos» (monedas, peines, vasijas, joyas, utensilios, etc.) algunos de gran valor material y todos de incalculable valor inmaterial. Al no realizarse en la zona arqueológica más actividades que la investigadora (realizada por un pequeño grupo de arqueólogos) y la docente para grupos reducidos de visitantes (normalmente, escolares), la NBA no obliga a que se elabore un Plan de Autoprotección para este BIC.

3. El tercer, y último, ejemplo se sitúa en un contexto meramente urbano. Se trata de una de las puertas de acceso a la ciudad de Granada durante la



Plano de la Zona Arqueológica de Cástulo (Fuente: Cedido por la Dirección de la Zona Arqueológica de Cástulo).

época zirí (1013-1090). Se trata de una puerta de la muralla zirí del Albaicín (Granada), situada dentro de un entorno urbano, sin ningún tipo de actividad ya que está cerrada y no permite el paso a través de ella y no forma parte de ningún recinto transitable. Es decir, se trata de un elemento arquitectónico sin que en ella se lleve a cabo actividad alguna. No existe, pues, ninguna obligación para que tenga que aplicarse la NBA y dotarla para su conservación de un Plan de Autoprotección por lo que está sometida frecuentemente a actos vandálicos. Fundamentalmente, es presa de la actividad pictórica de los «grafiteros» que no solo han producido deterioros en su madera sino también en sus muros que da al Carril de la Lona, en la parte superior de la muralla y en las paredes interiores del recinto delimitado por dicha muralla y el callejón de las Monjas. La muralla zirí de Granada fue declarada BIC con fecha 25 de junio de 1985.

Veamos ahora cuatro ejemplos más, en esta ocasión, de bienes inmuebles en los que se desarrollan actividades establecidas en el Anexo I de la NBA y que, sin embargo, al no alcanzar los ratios de altura o de población establecidos en dicho anexo, no tienen que estar sujetos a un Plan de Autoprotección.

4. El primer ejemplo, lo encontramos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Una Facultad que se ubica en el Colegio de San Pablo, edificio catalogado BIC que, simultáneamente, no se ocupa por más de 2000 personas ni cuenta con alturas superiores a 28 metros. Por tanto, no existe obligación legal alguna para establecer en dicha Facultad un Plan de Autoprotección. Ya se ha hablado en el epígrafe segundo de este artículo sobre el Acuerdo del Consejo de Universidades por el que se establecen las directrices para la adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Universidad, se contemplara dicha cuestión en artículo 11 del Borrador de Real Decreto, relativo a las Medidas de Emergencia. La Universidad de Granada, siguiendo estas directrices, ha decidido con buen criterio elaborar los correspondientes planes de autoprotección para sus Escuelas y Facultades. En efecto, el 25 de enero de 1980 fue declarado BIC como monumento el Antiguo Colegio de San Pablo de la Compañía de Jesús en Granada, sede en la actualidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Un centro cuyas actividades principales son la docente y la investigadora. Es claro que de ambas actividades pueden surgir situaciones de emergencia que pueden implicar a quienes participan en ellas o provocar daños en el inmueble. De la disposición adicional de la NBA se deduce que si la actividad de este centro es una de las que figuran en su Anexo I, la Universidad de Granada tendría la obligación de presentar el correspondiente Plan de Autoprotección para este inmueble, pero si no figura, la Disposición final segunda otorga potestad a la Comunidad Autónoma de Andalucía para que establezca su propio catálogo de actividades que complementa al que figura en el Anexo I. La actividad de investigación, que figura como actividad con reglamentación sectorial específica en el Anexo I, y que se lleva a cabo en la Facultad de Derecho no tiene nada que ver con ningún tipo de experimentación en laboratorio

ni requiere almacenamiento de productos que no sean libros y revistas. Dentro de las actividades sin reglamentación sectorial específica, en el Anexo I se cita: «e) Actividades docentes: Establecimientos de uso docente especialmente destinados a personas discapacitadas físicas o psíquicas o a otras personas que no puedan realizar una evacuación por sus propios medios. Cualquier otro establecimiento de uso docente siempre que disponga una altura de evacuación igual o superior a 28 metros, o de una ocupación igual o superior a 2.000 personas». Lo que significa, por tanto, que de atenderse al mínimo legal exigido en la norma, lo que felizmente, no sucede, la Universidad de Granada no estaría obligada a presentar un Plan de Autoprotección para este BIC. Sin embargo, la Universidad de Granada, compartiendo la filosofía de que es preferible «prevenir que curar», ha cumplido voluntariamente este requisito y la Facultad de Derecho, al igual que el resto de titulaciones, cuenta con un Plan de Autoprotección (no siempre actualizado como exige la NBA⁵²). Dicho esto, no deja de sorprender que los centros en los que se desarrolla la actividad docente, en general, no estén obligados al establecimiento de un Plan de Autoprotección⁵³. Es, aún, más. Ya se ha dicho que, por ejemplo, un conjunto de farolas puede estar catalogado como BIC. ¿Debe existir un Plan de Autoprotección para ellas? Es dudoso que tal BIC de lugar a una actividad susceptible de originar una emergencia en el sentido de la NBA y, sin embargo, puede originar una situación de emergencia (provocar un incendio, por ejemplo) si no está debidamente protegida.

5. El segundo ejemplo que analizamos en este artículo es el de la Biblioteca Pública Municipal del Barrio del Salón en Granada.

El edificio, concebido como extensión del Casino de Puerta Real, fue diseñado por el arquitecto Ángel Casas en 1917. Combina varios volúmenes en una misma planta, aportando variedad de soluciones de esquinas. Los vanos se repiten abriéndose en galería de arcos en una de sus caras y se alternan con vanos rectangulares. Una escalinata da acceso a un pequeño porche descubierto. Está situado muy cerca del conocido como «Puente Romano», en los jardines situados junto al río Genil y que conforman el paseo del Salón.

En 1931 cambió de uso pasando a ser Biblioteca Pública. Se debe al arquitecto Alfredo Rodríguez Orgaz la necesaria reforma del edificio para adaptarlo a su nueva función social. Desde que en 1933 la inaugurara Fernando de los Ríos, entonces Ministro de la Instrucción Pública del gobierno de la II República, ha tenido ininterrumpidamente el uso de Biblioteca Pública.

La Biblioteca Pública Municipal del Salón, también conocida como Antiguo Casino de Baile, es un inmueble que forma parte del Catálogo General de bienes que integran el Patrimonio Histórico Andaluz. Tipificada como Jardín Histórico, tiene el régimen de protección de BIC según expediente administrativo inscrito con fecha 4 de septiembre de 2007 (*BOJA* núm. 181, de 13 de septiembre de 2007, pág. 52).

La Biblioteca tiene libre acceso para todas aquellas personas que deseen consultar alguno de los 24000 volúmenes que, aproximadamente, hay en sus fondos documentales. Entre ellos, 160 libros forman el fondo antiguo (libros siglos XVI-XVIII). Asimismo, pueden leerse cuatro diarios y unas 200 publicaciones periódicas. Además, ofrece entre sus servicios: Préstamo interbibliotecario a nivel local, Préstamo a particulares, Información bibliográfica, Búsquedas bibliográficas y referencias, Cursos y seminarios, Exposiciones, etc. A la vista de estas actividades que en ella se llevan a cabo, ¿está obligada esta Biblioteca Pública granadina por la NBA a tener un Plan de Autoprotección? La respuesta a esta pregunta es negativa.

6. El tercer ejemplo es el del cementerio de San José, también de Granada. Se encuentra enclavado en la Dehesa del Generalife, formando parte del conjunto histórico, monumental y paisajístico de la Alhambra y el Generalife, catalogado BIC. Ocupa unos 110.000 metros cuadrados distribuidos en 19 patios. Data del siglo XIX, ya que surgió a partir del Cementerio de las Barreras, levantado en 1805 junto al Palacio de los Alixares, debido a una epidemia de fiebre amarilla que asoló la ciudad. Siguiendo las directrices racionalistas de la Real Cédula de 1787 del rey Carlos III de España, se ubicó a extramuros de la ciudad.

El día 5 de junio de 2012 se hizo pública la noticia de que la Junta de Andalucía aboga por la inclusión en el Catálogo General de Patrimonio Histórico (CGPH) del cementerio de San José de Granada. El interés se debe a que posee importantes muestras de la arquitectura y la escultura funerarias, románticas y de épocas posteriores, catalogadas y realizadas por los artistas e imagineros locales, y algunos foráneos, más significativos. El camposanto está considerado como un «auténtico museo de la escultura decimonónica y de principios del siglo XX». Posee restos del Palacio de los Alixares (que data del siglo XIII-XIV) junto al que fue construido, principalmente el fortín y las canalizaciones de agua instaladas en el siglo XIX por los franceses. Por último, cabe señalar que el día 5 de octubre de 2012 tuvo lugar el acto de señalización como *Lugar de Memoria Histórica* de la tapia del cementerio de San José, donde se calcula que fueron fusiladas unas 4.000 personas durante la Guerra Civil y la posguerra.

En el recinto del Cementerio de San José se realizan las siguientes actividades:

<p><i>Concesiones de Unidades de Enterramiento:</i></p> <ul style="list-style-type: none">— Nichos: 5 y 75 años.— Bóvedas, tumbas, columbarios y parcelas para panteones a 75 años.— Las concesiones a 75 años se pueden obtener a prenecesidad.	<p><i>Servicios de funeraria:</i></p> <ul style="list-style-type: none">— Venta de féretros cremación-traslado.— Venta de cajas de restos.— Venta de fundas de traslado.
--	--

<p><i>Servicios de cementerio:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> — Apertura de Unidades de Enterramiento (UE). — Inhumaciones. — Reinhumaciones. — Exhumaciones. — Traslados. — Preparaciones. — Reducciones. — Escaleristas. 	<p><i>Servicio de marmolistería:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> — Lápidas para nichos, bóvedas, tumbas y columbarios. — Inscripciones Jardín y Bosque de las cenizas. — Imágenes.
<p><i>Servicios de crematorio:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> — Cremación de cadáveres. — Incineración de Restos. — Jardín, Panteón y Bosque de las Cenizas. — Venta de Urnas, mini-urnas, relicarios y bolsas. — Ceremonias de despedida. 	<p><i>Servicios Administrativos:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> — Licencias. — Modificaciones de título. — Expedición de duplicados. — Información y consulta.
<p><i>Servicios de tanatorio:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> — Tanatosalas (10). — Tanatopraxia. — Conservación y depósito. — Espacio de culto multiconfesional. — Sala de ceremonias. 	<p><i>Otros servicios:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> — Cafetería/Restaurante. 24 horas, 365 días. — Cajero automático (en cafetería). — Teléfonos públicos. — Prensa. — Aparcamiento. — Bus urbano Línea 13. — Galería comercial (flores y lápidas).

La gestión del cementerio de San José corresponde a EMUCESA, Empresa Municipal de Cementerio y Servicios Funerarios de Granada, S. A. Según se nos ha informado por su actual director-gerente, señor Muñoz Rodríguez, «La normativa sobre Prevención, Seguridad y Salud no nos obliga más que a realizar el Plan de Evacuación. Al implementarlo, decidimos voluntariamente, por mejora de calidad en la protección y de la gestión, realizar también el Plan de Auto-protección». Una vez más, la NBA no tiene que aplicarse a las actividades que se desarrollan en un entorno de gran interés histórico, cultural y monumental, como lo es el cementerio de San José.

7. El cuarto, y último, ejemplo lo encontramos en el hotel América, situado dentro del recinto de la Alhambra de Granada (calle Real de la Alhambra), cuenta con 17 habitaciones (que permiten el alojamiento a unas 50 personas) en dos edificios separados por un Patio-Jardín de gran belleza, con plantas frondosas y varias fuentes. Parte de las habitaciones dan a este Patio-Jardín y otras a la calle Real de la Alhambra, con vistas a los Jardines del Secano y Sierra Nevada.

El Hotel América no forma parte del Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz. Sin embargo, en el Decreto 107/2004, de 23 de marzo, por el que se declara y delimita el Bien de Interés Cultural, con la categoría de Monumento de la Alhambra y el Generalife de Granada, *BOJA* núm. 74, de 16 de abril de 2004, página número 9.369, se dice:

«Segundo. Declarar y delimitar un entorno en el cual las alteraciones pudieran afectar a los valores propios del Bien, a su contemplación, apreciación o estudio. Dicho entorno afectado por la declaración de Bien de Interés Cultural, abarca los espacios públicos y privados, las parcelas, inmuebles y elementos urbanos comprendidos dentro de la delimitación que figura en el Anexo y, gráficamente, en el plano de delimitación del Bien de Interés Cultural y su entorno».

Al encontrarse dentro del recinto alhambrense, el Hotel América forma parte del Bien de Interés Cultural, con la categoría de Monumento de la Alhambra y el Generalife de Granada. Por sus inmediaciones circulan cada día los miles de personas que transitan desde el Generalife a los Palacios Nazaríes, o viceversa, al Parador Nacional de San Francisco, a las oficinas del Patronato de la Alhambra y Generalife o a las tiendas de recuerdos que en la calle Real hay. Resulta evidente que de la protección de este hotel se deriva una mejor protección del conjunto monumental alhambrense. ¿Está obligado a disponer de un Plan de Autoprotección?

La NBE-CPI96 (derogada) trata a los establecimientos hoteleros como uso Residencial (Uso R*): alojamientos temporales regentados por un titular de la actividad diferente de los ocupantes y dotados de servicios comunes como: Hoteles, hostales, pensiones, residencias...

Teniendo esto en cuenta, la actividad hotelera cae dentro de las contempladas en el apartado f) del Anexo I de la NBA siempre y cuando:

«...Cualquier otro establecimiento de uso residencial público siempre que disponga una altura de evacuación igual o superior a 28 metros, o de una ocupación igual o superior a 2.000 personas».

Los dos edificios que forman el Hotel América tienen una altura inferior a 28 metros, ya que poseen una planta baja (cuya altura es menor de 4 metros), un primer piso (de altura menor de 4 metros) más el tejado (de altura menor a 2 metros). Por tanto, la NBA no obliga a los titulares de la actividad hotelera a presentar un Plan de Autoprotección.

Lo anteriormente dicho pone de manifiesto la necesidad de ampliar tanto lo establecido en la NBA como en la LPRL en lo relativo a qué titulares de BPCCH-C deben estar obligados por imperativo legal a presentar el correspondiente Plan de Autoprotección de estos bienes.

3.3. ¿QUIÉN ES EL TÉCNICO COMPETENTE PARA REDACTAR UN PLAN DE AUTOPROTECCIÓN?

La NBA, en su apartado 3, artículo 3.3, establece entre los criterios mínimos para la elaboración del Plan de Autoprotección, que: «El Plan de Autoprotección habrá de estar redactado y firmado por técnico competente capacitado para dictaminar sobre aquellos aspectos relacionados con la autoprotección frente a los riesgos a los que esté sujeta la actividad, y suscrito igualmente por el titular de la actividad, si es una persona física, o por persona que le represente si es una persona jurídica».

Determinar quién es «el técnico competente» para redactar el/los Plan/es de Autoprotección que atienda, de manera integral, a los riesgos específicos que presentan los BPE-HCN es una cuestión esencial.

Solo desde el carácter de ley de mínimos que la NBA establece puede explicarse la indefinición de la persona que debe redactar un Plan de Autoprotección. En la actualidad, está reconocido que el *genio individual* ha cedido terreno a favor del *genio colectivo* de los grupos e institutos de investigación; lo que en este caso nos sugiere proponer que sean Sociedades Profesionales las que elaboren el Plan de Autoprotección para BPE-HCN porque solo un conocimiento plural e interdisciplinario de los aspectos jurídicos, técnicos y de protección de los mismos permitirá aprobar y aplicar un Plan de Autoprotección adecuado a la especificidad de los bienes y personas a proteger. El técnico competente debería ser, en nuestra opinión, una persona jurídica en la que se aglutinen los diferentes campos del conocimiento que la tarea exige.

Respecto a quién o quiénes puedan formar parte de tales sociedades, en la actualidad no se exige una titulación mínima para poder redactar un Plan de Autoprotección. Es decir, creemos que la figura del «técnico competente» debe ser sustituida por la de una «Sociedad Profesional» formada por diversos especialistas para la conservación y protección de bienes patrimoniales en la que participen profesionales especialistas en protección de BPE-HCN que pudieran ser técnicos conservadores, historiadores, bibliotecarios, arquitectos técnicos, arquitectos, ingenieros, Técnicos Superiores en Prevención de Riesgos Laborales (que integren un Servicio de Prevención propio o ajeno conforme a la formación del técnico conforme al Anexo VI del RSP aprobado por Real Decreto 39/1997 o a través de un Título Oficial) y regulada por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales⁵⁴. Es esta una ley que, a juicio de quienes han sido sus comentaristas⁵⁵: «Es una ley muy positiva para la autorregulación de las sociedades profesionales, las cuales pueden adaptarse a los esquemas legales prescritos en atención a los intereses de los socios profesionales. Son ellos los que determinan la forma social, la participación de socios ajenos a la profesión, la transmisión de la condición de socio, la separación del socio, las relaciones internas entre los socios y la sociedad profesional, la administración

y gestión... La LSP solo proporciona unas reglas básicas con las que pueden operar los socios profesionales en la constitución de la sociedad profesional y durante el desarrollo de la actividad societaria. La Ley tiene sus defectos. Y es seguro que será una ley que se modificará en temas puntuales. Pero no por ello deja de ser una de las leyes de sociedades profesionales que está más acorde con las exigencias del mercado de servicios».

Se trataría de identificar al «técnico competente» con una «sociedad profesional» que, además, atesore, al menos, un Sello de Excelencia que la identifique por su gestión en el ámbito de la autoprotección patrimonial. Con esta propuesta se rellena el vacío legal legislativo que existe sobre la cuestión. Comunidades como la de Madrid o la de Andalucía silencian este tema de tanta importancia jurídica y técnica⁵⁶.

Apostar porque sea una Sociedad Profesional que esté en posesión de un Sello de Excelencia que garantice su conocimiento científico y técnico para intervenir con excelencia sobre el bien que ha de auto proteger constituye, en nuestra opinión, un doble acierto:

a) Primero porque a esta sociedad de profesionales le serían exigibles las reglas sobre Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales contenidas en el artículo 11 de la mencionada Ley. Un precepto que, en opinión de CRESPO MORA, con acierto, «resuelve una de las cuestiones más controvertidas que suscitan las sociedades profesionales: su responsabilidad y las responsabilidades de sus integrantes derivadas de las acciones u omisiones profesionales dañosas... imaginemos el caso siguiente: un cliente solicita a un despacho de arquitectos la redacción y elaboración de un Plan de Autoprotección. En caso de impericia profesional con consecuencias dañosas, ¿a quién se imputa la responsabilidad?, ¿a la sociedad?, ¿al socio que ha obrado negligentemente?, ¿a ambos (profesionales) por su intervención directa?, e incluso, ¿a los demás socios del despacho de arquitectos? Pero además, cabría preguntarse, ¿la responsabilidad de los socios es mancomunada o solidaria?».

En efecto, a todos estos interrogantes trata de dar respuesta el artículo 11, según el cual:

«1. De las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada. 2. No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan. 3. Las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que estas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social»⁵⁷.

b) Porque a esta Sociedad Profesional le sería exigible, siguiendo nuestra propuesta, estar en posesión de un Sello de Excelencia que garantice su conocimiento científico y técnico para intervenir con excelencia sobre el bien a autoproteger garantizaría un trabajo técnico-jurídico de calidad. Y es que, hoy en día, cualquier organización empresarial actúa en un mercado global muy cambiante por lo que sus actividades deben buscar la excelencia en su gestión buscando su optimización y aplicando estrategias de mercado con las que se diferencie de otras que puedan hacerle competencia. Que la sociedad le reconozca la excelencia por su gestión en el ámbito que la caracteriza es un valor añadido para dicha organización. ¿Cómo puede conseguir una organización este objetivo? Una forma de hacerlo consiste en disponer de dos certificados: del Sello CGE⁵⁸ de Excelencia y del Modelo EFQM⁵⁹ Levels of Excellence, que se consiguen después de un proceso de evaluación técnica⁶⁰ de su gestión como reconocimiento europeo y nacional de la EFQM tras haberla adaptado al Modelo EFQM⁶¹.

Anteriormente se ha considerado el caso de El Escorial por su complejidad a la hora de establecer su autoprotección. La actividad turística que gira alrededor de su Patrimonio Histórico obliga a la redacción de un Plan de Autoprotección; la actividad docente que aglutina a miles de personas en determinados periodos del año da lugar a otro; la actividad investigadora que se realiza desde la Biblioteca Escorialense aconseja otro Plan de Autoprotección; los jardines históricos, el bosque, la Cerca de Felipe II, etc., etc., etc., demandan otros planes de autoprotección. Según se establece en la NBA, Disposición general 1.4.f), los diferentes planes de autoprotección deben integrarse en uno solo, por lo que parece lógico que la elaboración de todos los Planes de Autoprotección, así como el Plan Global de Autoprotección en el que se integran todos los demás, estén redactados por equipos multidisciplinares formados por especialistas en Ciencias Jurídicas, Arquitectura, Ingenierías, Medicina, Documentación, Etnología, etc. La realización de esta tarea solo está al alcance de una organización empresarial con reconocimiento de su excelencia en la gestión del Patrimonio Histórico.

A la vista de lo anteriormente expuesto, en este trabajo de investigación hemos concluido que la redacción de un Plan de Autoprotección corresponderá a «sociedades profesionales», multidisciplinares, que estén en posesión de un Sello de Excelencia obtenido tras haber demostrado haber alcanzado los correspondientes certificados de excelencia en gestión patrimonial correspondiente al ámbito cultural, etnológico, arqueológico, industrial o histórico.

4. CONCLUSIONES

Nos hemos propuesto ejemplificar algunos supuestos que demuestran que gran parte de nuestro rico Patrimonio Histórico Español está expuesto a catástrofes naturales, riesgos de incendio, terrorismo, especulación, expolio, vandalismo, etc. También hemos mostrado casos de Bienes de Interés Cultural que han sido convertidos en vertederos de basuras o deteriorados con numerosas pintadas (grafitis) en sus muros y paredes. Asimismo, se ha puesto de manifiesto cómo el afán de lucro produce frecuentes destrozos irreparables en el patrimonio industrial y etnográfico, principalmente, para forzar cambios de uso de estos bienes. Por último, hemos señalado los continuos expolios que se denuncian en yacimientos arqueológicos y fondos documentales que aumentan los fondos de ricas colecciones privadas o los de unos desaprensivos que no dudan en lucrarse con la venta de BPE-HCN.

Y es que hemos tenido ocasión de constatar, a través de algunos ejemplos, que desde que fuera promulgada la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español⁶², de 25 de junio, y el Reglamento 111/1986, de 10 de enero, que la desarrolla parcialmente en lo que a aspectos procesales y organizativos se refiere, las normas que les han seguido sobre prevención de daños causados por catástrofes naturales, incendios, especulación, expolio, vandalismo y, en general, actos antisociales varios, que inciden directa o indirectamente en la protección patrimonial, requieren de una refundición y reordenación que ponga fin al disperso marco normativo actualmente vigente. Este es, pues, el primer objetivo que nos hemos propuesto en este trabajo de investigación.

Además, teniendo en cuenta que estamos obligados a asegurar que este enorme y valioso legado, patrimonio no ya de los españoles sino, en muchos casos, de toda la humanidad, sea transmitido a generaciones futuras, hemos establecido como hipótesis de trabajo que la Prevención es la mejor estrategia para alcanzar tal fin. Es por ello que partimos del convencimiento de que, para el mantenimiento y conservación del PHE, las acciones de Seguridad y Prevención tienen más eficacia que las de carácter meramente reparador ya que, tal y como dice el refrán, *más vale prevenir que curar*.

Todo ello nos ha llevado a la conclusión de que hay que ampliar la normativa legal existente para su mejor protección y su conservación, como un incalculable legado a generaciones futuras.

Cualquier propuesta de ampliación del marco legal español debe partirse del análisis exhaustivo del mismo. Así pues, hemos analizado el marco normativo creado para la protección y conservación del PHE, poniendo especial interés en la Norma Básica de Autoprotección, para estudiar el grado de autoprotección que hay establecido para los BPE-HCN. De este modo, hemos llegado a la conclusión de que si bien existe un amplísimo, y desordenado, marco legal para la protección del PHE, consideramos que es insuficiente en

lo relativo a la Seguridad y a la Autoprotección de los Bienes del Patrimonio Histórico Español.

El análisis de casos realizado nos ha permitido afirmar que, en cuanto a autoprotección de BPE-HCN se refiere:

Primero. Nuestros edificios históricos, monumentos, jardines, parques, conjuntos y sitios históricos, en general, están expuestos a catástrofes naturales, riesgos previsible de incendio, terrorismo, especulación, expolio, vandalismo, etc. En caso de producirse alguno de estos riesgos potenciales, buena parte del PHE puede convertirse en vertederos de basura o a sufrir graves deterioros, a veces, difícilmente reparables. Diversos actos antisociales, en general, que vienen sucediendo en los últimos años evidencian la falta de cultura de Seguridad y Prevención que, lamentablemente, existe hoy en nuestra sociedad a pesar del aluvión de normas de carácter legal (estatal —contenida en la 16/1985 del Patrimonio Histórico— y autonómico —centrando nuestra atención en Andalucía a través de la Ley 2/2002, de Gestión de Emergencias en Andalucía—) y reglamentario —Reglamento 111/1986 de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español— que tratan de poner freno a este tipo de actos en cuestión. *Una seguridad contra actos antisociales, incendio y catástrofes naturales enormemente prolija que requiere de una refundición o reordenación.*

Segundo. Existen bienes que forman parte del PHE, cuyas dimensiones y ocupación son inferiores a las establecidas legalmente para disponer de un Plan de Autoprotección, en los cuales se genera actividad laboral al haber sido puestos en valor como sedes de determinadas Administraciones. En cambio, sí están obligados por la LPRL, en virtud de su artículo 20, a disponer de un Plan de Emergencia. Pero además, existen bienes de este tipo que no tienen vinculada actividad alguna, por lo que tampoco están obligados por imperativo legal ni a disponer de un Plan de Emergencia ni a disponer de un Plan de Autoprotección. En nuestra opinión, este planteamiento resulta desacertado. Partir, en una ley de mínimos como la NBA, excluyendo a un importante número de edificios históricos de uso docente o administrativo e, incluso, sin que en ellos se lleve a cabo actividad alguna, confiando en la conservación, mantenimiento y seguridad de su titular, público o privado, conforme prevé el artículo 36 LPHE, nos parece condenarlos al expolio, el vandalismo y la degradación, tal y como hoy está sucediendo. *Es por lo que creemos que estos bienes deberían incluirse en el listado del Anexo de la NBA.*

Tercero. En nuestra opinión, la norma básica de autoprotección desatiende, por sus ratios de ocupación y altura, a un importante número de edificios históricos, algunos de ellos declarados Bien de Interés Cultural, incluso patrimonio de la Humanidad; lo que nos anima a proponer, tras estas reflexiones doctrinales que tratan de rellenar el vacío legal que existe, en la actualidad (en tanto en

cuanto no se dicte una normativa específica de autoprotección que atienda a las particularidades que presentan los bienes de carácter histórico), que se dicte un Plan de Autoprotección en los bienes de Patrimonio Histórico Español, más allá de dichos requisitos mínimos legales.

Por tanto, y partiendo de la cultura de la Prevención aplicada a bienes que componen nuestro rico PHE, se hace necesario exigir por imperativo legal a quienes sean sus propietarios o, en su caso, a los titulares de derechos reales o los poseedores de tales bienes que presenten en el Registro correspondiente un Plan de Autoprotección, que va más allá que un simple Plan de Emergencia, de los bienes que ostenten. Determinar quién o quiénes deben estar facultados para redactar dicho Plan es el tercer objetivo que nos hemos propuesto abordar en este trabajo de investigación.

Cuarta. Hemos creído necesario, también, clarificar quién es «el técnico competente» para redactar el/los Plan/es de Autoprotección de forma que se atienda, de manera integral, a los riesgos específicos que presentan esta clase de bienes. En nuestra opinión, la figura del «técnico competente» debería estar constituida, en estos casos, por una persona jurídica en la que se aglutinen los diferentes campos del conocimiento que la tarea exige. Una «sociedad profesional», de conocimiento multidisciplinar, formada por diversos especialistas para la conservación y protección de bienes patrimoniales en la que participen profesionales especialistas protección de BPE-HCN que pudieran ser técnicos conservadores, historiadores, bibliotecarios, arquitectos técnicos, arquitectos, ingenieros, Técnicos Superiores en Prevención de Riesgos Laborales, etc., y regulada por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales. *Para que una de estas sociedades profesionales pueda redactar un Plan de Autoprotección para BPE-HCN debe contar con, al menos, un Sello de Excelencia que la identifique por su gestión en el ámbito de la autoprotección patrimonial.*

5. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Trabajar en un Conjunto Histórico*, Ed. Universidad de Granada, 2007.
- *La protección jurídica del Patrimonio Inmobiliario Histórico*, Ed. Colegio de Registradores y Mercantiles de España Madrid, 2005.
- *Jornadas sobre el Patrimonio Histórico: Conjuntos históricos y Zonas Arqueológicas*, Ed. Cabildo de Lanzarote, Arrecife, 2002.
- *XIII Asamblea General de ICOMOS*, Ed. Comité Nacional Español de ISCOMOS, Madrid, 2000.
- ALEGRE ÁVILA, J. M.: *Evolución y régimen jurídico de la propiedad histórica*, Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1994.
- ALONSO IBÁÑEZ, M.^a R.: *El Patrimonio Histórico: Destino público y valor cultural*, Ed. Civitas-Universidad de Oviedo, 1992.

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L.: *Estudios jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Barcelona, 2004, y *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, Ed. Civitas, Madrid, 1989.
- ABAD LICERAS, J. M.^a: «El marco jurídico de la rehabilitación del Patrimonio Arquitectónico Cultural de España», en *RDyMA*, núm. 172, 1999, págs. 39-88.
- «El problema de la conservación y restauración de los inmuebles culturales: los criterios de intervención previstos en la legislación estatal española», en *RPCyD*, núm. 4, 2000, págs. 111-136.
- *Urbanismo y Patrimonio Histórico*, Madrid, 2000. «El problema de la conservación y restauración de los inmuebles culturales: los criterios de intervención previstos en la legislación estatal española», en *RPCyD*, núm. 4, 2000, pág. 111 y sigs.
- «La situación de ruina y demolición de inmuebles del patrimonio histórico», Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 2000; *Administraciones Locales y Patrimonio Histórico*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 2003.
- *La situación de ruina y demolición de inmuebles del patrimonio histórico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2000.
- *Urbanismo y patrimonio histórico*. Cuadernos de Urbanismo, vol. 2, Ed. Montecorvo, Madrid, 2000.
- *Administraciones locales y patrimonio histórico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2003.
- ALONSO HIERRO, J. A. / MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.: *Conservación del Patrimonio Histórico en España: Análisis económico*. Ed. Fundación Caja Madrid, Madrid, 2004.
- ANGUITA VILLANUEVA, L. A.: *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
- ASEPEYO: *La nueva Norma Básica de Autoprotección*, ponencia presentada en las XI Jornadas Gallegas sobre «Condicions de Trabajo e saúde», Ferrol, 25, 26 y 27 de abril de 2007, [http://prevencion.asepeyo.es/apr/apr0301.nsf/ficheros/PPI0708062%20Ponencia%20Jornadas%20Ferrol.pdf/\\$file/PPI0708062%20Ponencia%20Jornadas%20Ferrol.pdf](http://prevencion.asepeyo.es/apr/apr0301.nsf/ficheros/PPI0708062%20Ponencia%20Jornadas%20Ferrol.pdf/$file/PPI0708062%20Ponencia%20Jornadas%20Ferrol.pdf)
- BALLART HERNÁNDEZ, J.: *El patrimonio histórico y arqueológico: Valor y uso*, 1.^a, 4.^a ed., Ed. Ariel, Barcelona, 2008.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C. / PÉREZ MORENO, A.: *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*. Ed. Civitas. Madrid 1990.
- BLASCO MARTÍNEZ, R. M.: *Patrimonio histórico*. Santander, Ed. Universidad de Cantabria, Santander, 1994.
- BARRERO RODRÍGUEZ, M.^a C.: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.
- BENSUSAN MARTÍN, M.^a del P.: *La protección urbanística de los bienes inmuebles históricos*, Ed. Comares, Granada, 1996.
- CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA: *Marco Normativo del Plan de Autoprotección, Jornadas de Formación en Prevención, Seguridad en los centros docentes*, Sevilla, 26 de octubre de 2011, http://www.juntadeandalucia.es/educacion/portal/com/bin/salud/contenidos/Formacion/jornadasSevilla2011/1320743311336_marco_normativo_plan_autoproteccixn.pdf
- CASTAÑÓN DEL VALLE, M. / PIMENTEL SILES, M. / MARTÍNEZ CUEVAS, A.: *Guía integral de la construcción: prevención de riesgos laborales y medio ambiente*, Ed. Ecoiuris. Madrid, 2006.

- CASTILLO RUIZ, J.: *El entorno de los bienes inmuebles de interés cultural: Concepto, legislación y metodologías para su delimitación: Evolución histórica y situación actual*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 1997.
- CONSUEGRA CANO, B.: *El acceso al patrimonio histórico de las personas ciegas y deficientes visuales*, Ed. Organización Nacional de Ciegos Españoles, Departamento de Promoción Cultural y Deportiva. Madrid, 2002.
- DOMÍNGUEZ LUIS, J. A.: *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico. Medio ambiente y contra la seguridad colectiva (delitos de riesgo catastrófico e incendios)*. Ed. Bosch. Barcelona, 1999.
- FARIÑA TOJO, J.: *La protección del patrimonio urbano: Instrumentos normativos*, Ed. Akal, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ APARICIO, J. M.: *La protección penal del patrimonio histórico*, Ed. Junta de Andalucía, Consejería de Cultura, Sevilla, 2004.
- GARCÍA MARCHANTE, J. S. / POYATO HOLGADO, M.^a C.: *La función social del patrimonio histórico, el turismo cultural*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002.
- GARCÍA PÉREZ, R. / ALBIEZ DORHMAN, J. (dirigidos): *Comentarios a la Ley de Sociedades profesionales*, Ed. Aranzadi y Thomson Reuters, 2009.
- GARCÍA RUBIO, F. / SÁNCHEZ GOYANES, E. / MELGOSA ARCOS, F. J.: *Régimen jurídico de los centros históricos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.
- HERNÁNDEZ NÚÑEZ, J. C.: *Los instrumentos de tutela del patrimonio histórico español, sociedad y bienes culturales*, Ed. Grupo Publicaciones del Sur, Cádiz, 1998.
- HERRERO DE MIÑÓN, M.: *Ley de Patrimonio Histórico Español*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, serie I (Trabajos Parlamentarios), núm. 21, Madrid, 1987.
- IGLESIAS GIL, J. M. / RAMOS SÁINZ, M. L.: *Actas de los XVII cursos monográficos sobre el patrimonio histórico*, Reinos, julio de 2009, Ed. Universidad de Cantabria. Santander, 2009.
- LÓPEZ BRAVO, C.: *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*, Ed. Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 1999.
- LÓPEZ GUZMÁN, R.: *Patrimonio histórico: Retos, miradas, asociaciones e industrias culturales*, Ed. Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2010.
- LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. de B.: *Régimen jurídico de la rehabilitación urbana, tesis doctoral*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 1989.
- LÓPEZ ROMÁN, A.: *Prevención de riesgos laborales en la investigación e intervención en patrimonio histórico*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- MESTRE DELGADO, J. F.: *Comentarios a la Ley 33/2003. El régimen jurídico general del patrimonio de las administraciones públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (2.^a ed. ampliada con el Reglamento General de la Ley, aprobado mediante Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto (BOE de 18 de septiembre de 2009))*. Ed. El Consultor, Madrid, 2010.
- OROZCO PARDO, G. y PÉREZ ALONSO, E. J.: *La tutela civil y penal del Patrimonio histórico, cultural o artístico*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1995.
- QUEROL FERNÁNDEZ, M. A.: *Manual de gestión del Patrimonio Cultural*, Ed. Akal, Madrid, 2010.
- ROJO ÁLVAREZ MANZANEDA, M. L. y MARTÍNEZ TERRÓN, F. J.: *Instrumentos jurídicos para la protección del patrimonio histórico-artístico y cultural de la iglesia católica en Granada*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 1999.

- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.: «La protección jurídica de los Conjuntos Históricos: ¿realidad o quimera?», en *La protección jurídica del Patrimonio Inmobiliario Histórico*, Ed., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005, págs. 57-186.
- «Espadas de Damocles en la protección jurídica de los conjuntos históricos», en *Trabajar en un Conjunto Histórico*, IV Jornada Técnica sobre los Riesgos Laborales, la prevención y la Seguridad, Ed., Universidad de Granada. Campus Universitario de la Cartuja, Granada, 2008, pág. 58 y sigs.
- «Ciudades Patrimonio de la Humanidad: un reto», en *Arte, Cultura y Derecho*. Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (RFDU), www.refdugr.com. Fecha de publicación: 1 de marzo de 2008, núm. 10, 3.^a época, págs. 21-54. <http://www.refdugr.com/documentos/resenyas/30.pdf>
- «Responsabilidad de los coordinadores de seguridad en las obras de construcción: ¿en busca de un cabeza de turco?», en *Tratado de Seguridad y Salud Laboral*, Tomo II, Editorial Aranzadi, S. A., 2012, págs. 1761-1796, y «Responsabilidad por daños en la construcción y venta de viviendas con defectos», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor don Luis Díez-Picazo*, coord. por Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, vol. 2 (Derecho Civil, Derecho de Obligaciones). Madrid, 2003, págs. 1201-1232.
- SIBINA TOMÁS, D.: *La conservación de las fachadas en condiciones de seguridad*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1998.
- VILLAFRANCA JIMÉNEZ, M.^a del M. / CHAMORRO MARTÍNEZ, V. E.: *Acogida de visitantes en monumentos y sitios del patrimonio mundial. Modelos europeos de gestión: Problemática y alternativas de solución*, Ed. Patronato de la Alhambra y Generalife, Granada, 2008.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAVV	Autores varios
AENOR	Asociación Española de Normalización y Certificación
APTIA	Asociación para el Patrimonio Tecnológico e Industrial de Aragón
ASEPEYO	Asistencia Sanitaria Económica Para Empleados Y Obreros (Sociedad Limitada de Prevención)
BIC	Bien de Interés Cultural
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOP	Boletín Oficial Provincial
BPE-HCN	Bien Patrimonial Español de carácter Histórico, Cultural o Natural
CE	Comunidad Europea
CEG	Club Excelencia en Gestión
CEPREVEN	Centro Nacional de Prevención de Daños y Pérdidas
CTE	Código Técnico de Edificación
CPI	Condiciones de Prevención de Incendios

DB	Documento Básico
DOCE (DOUCE)	Diario Oficial de la Comunidad Europea
EFQM	European Foundation for Quality Management
ICOMOS	Consejo Internacional de Monumentos y Sitios Culturales
ICS	International Certification Services
ITC	Instituto Técnico de la Construcción
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación
LPC	Ley de Protección Civil
LPHE	Ley de Patrimonio Histórico Español
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
MIE	Modificación de Instrucción Técnica Complementaria
NBA	Norma Básica Autoprotección
NBE	Norma Básica de Edificación
PHE	Patrimonio Histórico Español
PtD	Prevención a través del Diseño
PSSE	Prevención, Seguridad y Salud en Edificación
RDFyHP	Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública.
RDUyMA	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente
RIPCI	Reglamento de Instalaciones de Protección Contra Incendios
RPCyD	Revista de Patrimonio Cultural y Derecho
UNE	Una Norma Española
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization).
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

NOTAS

¹ Departamento de Expresión Gráfica y de Ingeniería, Universidad de Granada.

² Departamento de Derecho Civil, Universidad de Granada.

³ Departamento de Expresión Gráfica y de la Ingeniería, Universidad de Granada.

⁴ Departamento Matemática Aplicada, Universidad de Granada.

⁵ QUEROL FERNÁNDEZ, M. A., *Manual de gestión del Patrimonio Cultural*, pág. 15. Ed. Akal, Madrid, 2010.

⁶ En lo que sigue, nos referiremos al «Patrimonio Histórico Español» mediante las siglas PHE.

⁷ En lo que sigue, nos referiremos a la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español» mediante las siglas LPHE.

⁸ Son muchos los estudios monográficos que sobre el particular existen. Sin ánimo exhaustivo, cabe citar sobre el particular, como destacadas, varias obras colectivas. Vid., entre otros, AA.VV., *Trabajar en un Conjunto Histórico*, Ed. Universidad de Granada, 2007; AA.VV., *La protección jurídica del Patrimonio Inmobiliario Histórico*, Ed. Colegio de Registradores

y Mercantiles de España, Madrid, 2005; AA.VV., *XIII Asamblea General de ICOMOS*, Ed. Comité Nacional Español de ICOMOS, Madrid, 2000; HERRERO DE MIÑÓN, M., *Ley de Patrimonio Histórico Español*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, serie I (Trabajos Parlamentarios), núm. 21, Madrid, 1987; ALONSO IBÁÑEZ, M.^a R., *El Patrimonio Histórico: Destino público y valor cultural*, Ed. Civitas-Universidad de Oviedo, 1992; ALEGRE ÁVILA, J. M., *Evolución y régimen jurídico de la propiedad histórica*, Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1994; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L., *Estudios jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Barcelona, 2004, y *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, Ed. Civitas, Madrid, 1989; ABAD LICERAS, J. M.^a, «El marco jurídico de la rehabilitación del Patrimonio Arquitectónico Cultural de España», en *RDUyMA*, núm. 172, 1999, págs. 39-88; «El problema de la conservación y restauración de los inmuebles culturales: los criterios de intervención previstos en la legislación estatal española», en *RPCyD*, núm. 4, 2000, págs. 111-136; *Urbanismo y Patrimonio Histórico*, Madrid, 2000; «El problema de la conservación y restauración de los inmuebles culturales: los criterios de intervención previstos en la legislación estatal española», en *RPCyD*, núm. 4, 2000, pág. 111 y sigs.; *La situación de ruina y demolición de inmuebles del patrimonio histórico*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 2000; *Administraciones Locales y Patrimonio Histórico*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 2003; AA.VV., *Jornadas sobre el Patrimonio Histórico: Conjuntos históricos y Zonas Arqueológicas*, Ed. Cabildo de Lanzarote, Arrecife, 2002; ANGUITA VILLANUEVA, L. A., *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001; BARRERO RODRÍGUEZ, M.^a C., *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Ed. Civitas, Madrid, 1990; BENSUSAN MARTÍN, M.^a del P., *La protección urbanística de los bienes inmuebles históricos*, Ed. Comares, Granada, 1996; OROZCO PARDO, G. y PÉREZ ALONSO, E. J., *La tutela civil y penal del Patrimonio histórico, cultural o artístico*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1995; SIBINA TOMÁS, D., *La conservación de las fachadas en condiciones de seguridad*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1998; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La protección jurídica de los Conjuntos Históricos: ¿realidad o quimera?», en *La protección jurídica del Patrimonio Inmobiliario Histórico*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005, págs. 57-186; «Espadas de Damocles en la protección jurídica de los conjuntos históricos. Trabajar en un Conjunto Histórico», en *Trabajar en un Conjunto Histórico*, IV Jornada Técnica sobre los Riesgos Laborales, la Prevención y la Seguridad, Ed. Universidad de Granada. Campus Universitario de la Cartuja, Granada, 2008, pág. 58 y sigs.; «Ciudades Patrimonio de la Humanidad: un reto», en *Arte, Cultura y Derecho*, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (RFDU), www.refdugr.com, Fecha de publicación: 1 de marzo de 2008, núm. 10, 3.^a época, págs. 21-54 <http://www.refdugr.com/documentos/resenyas/30.pdf>.

⁹ QUEROL FERNÁNDEZ, 2010, *op. cit.*, pág. 15.

¹⁰ En adelante, nos referiremos a los «Bienes Patrimoniales Españoles de carácter Histórico, Cultural o Natural» mediante las siglas BPE-HCN.

¹¹ Vid. Para conocer el listado de bienes que forman parte de la UNESCO, puede consultarse la siguiente dirección web: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=45692&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.htm

Si desea realizar un paseo virtual, puede consultar la siguiente dirección: <http://listas.20minutos.es/lista/patrimonios-de-la-humanidad-de-espana-138984/>

¹² Según el artículo 15 LPHE: Monumento, son aquellos bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería, u obras de escultura colosal, siempre que tengan interés histórico, artístico, científico o social. Jardín Histórico es el espacio delimitado, producto de la ordenación por el hombre de elementos naturales, a veces complementado con estructuras de fábrica, y estimado de interés en función de su origen o pasado histórico, o de sus valores estéticos, sensoriales o botánicos. Conjunto Histórico es la agrupación de inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo es Conjunto

Histórico cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúna esas mismas características y pueda ser claramente delimitado. Sitio Histórico, es el lugar o paraje natural, vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza, y a obras del hombre, que poseen valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico y Zona Arqueológica es el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas españolas.

¹³ Como se verá más adelante, el último caso lo tenemos con la detención de un ex trabajador de la Catedral de Santiago de Compostela quien, presuntamente, ha sustraído bienes catedralicios para su venta en el llamado «mercado negro».

¹⁴ Precepto según el cual: «1. Toda denuncia o información que el Ministerio de Cultura reciba acerca de un bien que reúna las circunstancias señaladas en el artículo 4 de la Ley 16/1985 puede ser trasladada urgentemente a cualesquiera de las instituciones consultivas de la Administración General del Estado sobre Patrimonio Histórico Español. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo, obtenida información suficiente para entender que un bien está siendo expoliado o se encuentra en peligro de serlo, el Ministerio de Cultura, de oficio o a propuesta de cualquier persona física o jurídica y oída la Comunidad Autónoma, puede declarar por Orden Ministerial la situación en que se encuentra el bien citado y las medidas conducentes a evitar la expoliación. 3. a) La ejecución de las medidas declaradas en la Orden Ministerial corresponde al titular del bien o, subsidiariamente, a la Administración competente, a la que se requerirá a tales efectos. b) Cuando las medidas debieran ser adoptadas por el titular, en caso de incumplimiento de este serán puestas en práctica por la Administración competente a costa de aquel. c) Cuando la Administración competente desatendiera el requerimiento a que se refiere al apartado 3. a) del presente artículo, la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Cultura y con la colaboración de los demás departamentos que sea precisa, puede ejecutar por sí misma las medidas declaradas, incluso cautelarmente. 4. a) Si la expoliación no pudiera presumiblemente evitarse entre tanto se dicta la Orden Ministerial, el Ministro de Cultura podrá interesar del órgano competente de la Comunidad Autónoma, la adopción con urgencia de las medidas conducentes a evitar la expoliación, expresando plazo concreto. b) Desatendido el requerimiento, el Ministro de Cultura podrá ejecutar las medidas urgentes con la colaboración de los entes públicos competentes. De todo ello se dará cuenta a la Comisión de la Comunidad Europea. 5. a) El procedimiento anteriormente expuesto está sometido a los principios administrativos de celeridad y eficacia, debiendo analizarse en cada caso concreto si de la intervención de la Administración General del Estado se deducen o pueden deducirse consecuencias positivas inmediatas y efectivas para la real protección del bien. b) La intervención de la Administración General del Estado no se producirá cuando la Comunidad Autónoma haya adoptado o esté adoptando las medidas de protección previstas en la Ley 16/1985 o en su propia legislación, y el Ministerio de Cultura estime que son adecuadas y suficientes para la recuperación del bien».

¹⁵ Para más información, vid., <http://www.abc.es/cultura/20130207/abci-patrimonio-riesgo-inminente-derrumbe-201302011456.html>.

¹⁶ Vid. <http://www.otragranada.org/spipág.php?article449>.

¹⁷ Situada en la granadina calle Horno de Doña Marina, 9, fue declarada BIC con la tipología de Monumento. Real Decreto de 7 de marzo de 1980, publicado en el *BOE* de 3 de mayo de 1980.

¹⁸ Vid. <http://www.ideal.es/granada/20110714/local/granada/puerta-monaita-granada-pintada-201107141801.html>.

¹⁹ Publicado en el *BOE* de 11 de diciembre de 1985.

²⁰ La calificación de un BIC como de «grado 2» se corresponde con «Protección estructural». Este grado de protección deberá ser asignado a aquellos bienes inmuebles de interés que tengan un especial valor arquitectónico en alguna de sus partes o elementos constitutivos u ofrezcan soluciones constructivas, compositivas o tipológicas singulares.

²¹ Vid. <http://www.laopiniondemurcia.es/cartagena/2011/03/12/urbanismo-pendiente-juz-le-autorice-entrar-limpiar-cine-central/308470.html>.

²² Vid. <http://elapuron.com/noticias/municipios/4835/nuevo-acto-vandlico-contra-el-patrimonio-historico-de-la-capital>.

²³ INFORME 2006, ÁREA F: CULTURA, TURISMO Y DEPORTES, *BOP* de 14 de mayo de 2004.

²⁴ La elaboración de una ordenanza municipal destinada a esta finalidad responde a la competencia municipal establecida en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, en materia de conservación y tutela de los bienes públicos, de protección de la seguridad de lugares públicos, de control urbanístico y de protección del medio ambiente, así como a la potestad municipal de tipificar infracciones y sanciones que, con la finalidad de ordenar las relaciones de convivencia ciudadana.

²⁵ Vid. <http://www.abc.es/hemeroteca/expolio/pagina-20>.

²⁶ Vid. <http://www.RTVE.es> / AGENCIAS-SANTIAGO DE COMPOSTELA 4-7-2012.

²⁷ El 23 de junio de 2009 se hizo pública la noticia de que fueron expoliadas en el trazado del tren minero de Tharsis (Huelva) 24 toneladas de hierro procedentes de la vía férrea, todo ello con destino a la chatarra y a su fundición.

²⁸ Vid. Rev. Alarifes. Patrimonio Tecnológico e Industrial, núm. 15, Ed. Cuadernos de Cazarabet-TICCIH España-APTIA (Asociación para el Patrimonio Tecnológico e Industrial de Aragón) pág. 14, Teruel (6 de marzo de 2006).

²⁹ Vid. <http://www.quercus.es/noticia.asp?ref=4185>.

³⁰ Una cuestión de la que se ocupó de analizar en nuestra doctrina, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «Espadas de Damocles...», en la protección jurídica de los conjuntos históricos. Trabajar en un Conjunto Histórico», en *Trabajar en un Conjunto Histórico*, IV Jornada Técnica sobre los Riesgos Laborales, la Prevención y la Seguridad, Ed. Universidad de Granada. Campus Universitario de la Cartuja, Granada, 2008. Vid. también, sobre el particular, otros trabajos de esta misma autora: *La protección jurídica de los Conjuntos Históricos: ¿realidad o quimera?*, *La protección jurídica del Patrimonio Inmobiliario Histórico*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005, págs. 57-186, y *Ciudades Patrimonio de la Humanidad: un reto*; <http://www.refdugr.com/documentos/resenyas/30.pdf>, *Arte, Cultura y Derecho*, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, Universidad de Granada (RFDU), 1 de marzo de 2008, núm. 10, 3.ª época, págs. 21-54.

³¹ «Después de promulgada la Constitución se ha producido en nuestro país un importante y amplio movimiento legislativo, tanto a nivel estatal como autonómico en materia cultural. Leyes como la del Patrimonio Histórico Español, la Propiedad Intelectual, la de Mecenazgo entre las estatales y otras..., justifican sobradamente la afirmación de que el ordenamiento cultural de nuestro país es reciente, de nueva planta y con fuentes de diversos niveles» (FARIÑA TOJO, 2000, *La protección del patrimonio urbano: instrumentos normativos*).

³² El Real Decreto 2059/1981 fue modificado por el Real Decreto 1587/1982, de 25 de junio de 1982, *BOE* de 21 de julio de 1982.

³³ LPC establece en su artículo cinco: «1. El Gobierno establecerá un catálogo de actividades de todo orden que puedan dar origen a una situación de emergencia, así como de los centros, establecimientos y dependencias en que aquellas se realicen. 2. Los titulares de los centros, establecimientos y dependencias o medios análogos dedicados a las actividades comprendidas en el indicado catálogo estarán obligados a establecer las medidas de seguridad y prevención en materia de Protección Civil que reglamentariamente se determinen». Y añade en el artículo 6, que: «1. Los centros, establecimientos y dependencias a que se refiere el artículo precedente dispondrán de un Sistema de Autoprotección, dotado con sus propios recursos y del correspondiente Plan de Emergencia para acciones de prevención de riesgos, alarma, evacuación y socorro. Por el Gobierno, a propuesta del Ministerio del Interior y previo informe de la Comisión Nacional de Protección Civil se establecerán las directrices básicas para regular la autoprotección. 2. Se promoverá la Constitución de organizaciones de autoprotección entre las empresas de especial peligrosidad, a las que las Administraciones Públicas, en el marco de sus competencias, facilitarán asesoramiento técnico y asistencia».

³⁴ La LPC obligaba al Gobierno a la publicación de lo que, transcurridos veintidós años, ha resultado ser la Norma Básica de Autoprotección, desarrollada por Real Decreto 393/2007.

³⁵ Vid. El interesante cuadro comparativo entre el Manual de Autoprotección y la Norma Básica de Autoprotección, en ASEPEYO: *La nueva Norma Básica de Autoprotección*, ponencia presentada en las XI Jornadas Gallegas sobre «Condicions de Trabajo e saúde», Ferrol, 25, 26 y 27 de abril de 2007. [http://prevencion.asepeyo.es/apr/apr0301.nsf/ficheros/PPI0708062%20Ponencia%20Jornadas%20Ferrol.pdf/\\$file/PPI0708062%20Ponencia%20Jornadas%20Ferrol.pdf](http://prevencion.asepeyo.es/apr/apr0301.nsf/ficheros/PPI0708062%20Ponencia%20Jornadas%20Ferrol.pdf/$file/PPI0708062%20Ponencia%20Jornadas%20Ferrol.pdf).

³⁶ Ley a la que nos referiremos como LPRL y que ha sido modificada en muchas ocasiones. En particular, tengamos en cuenta la modificación llevada a cabo por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

³⁷ ASEPEYO: *La nueva Norma Básica de Autoprotección*, ponencia presentada en las XI Jornadas Gallegas sobre «Condicions de Trabajo e saúde», Ferrol, 25, 26 y 27 de abril de 2007. [http://prevencion.asepeyo.es/apr/apr0301.nsf/ficheros/PPI0708062%20Ponencia%20Jornadas%20Ferrol.pdf/\\$file/PPI0708062%20Ponencia%20Jornadas%20Ferrol.pdf](http://prevencion.asepeyo.es/apr/apr0301.nsf/ficheros/PPI0708062%20Ponencia%20Jornadas%20Ferrol.pdf/$file/PPI0708062%20Ponencia%20Jornadas%20Ferrol.pdf).

³⁸ En lo que sigue, PtD (del inglés, Prevention through Desing) significará Prevención a través del Diseño. Sobre el particular, vid., SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «Responsabilidad de los coordinadores de seguridad en las obras de construcción: ¿en busca de un cabeza de turco?», en *Tratado de Seguridad y Salud Laboral*, Tomo II, Editorial Aranzadi, S. A., 2012, págs. 1761-1796, y «Responsabilidad por daños en la construcción y venta de viviendas con defectos», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor don Luis Díez-Picazo* (coord. por Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ). Vol. 2 (Derecho Civil, Derecho de Obligaciones), Madrid, 2003, págs. 1201-1232.

³⁹ En lo que sigue, nos referiremos al «Código Técnico de la Edificación» mediante las siglas CTE.

⁴⁰ DB-SI: Documento Básico de Seguridad Caso de Incendios.

⁴¹ DB-SUA: Documento Básico de Seguridad de Utilización y Accesibilidad.

⁴² Se alude a la Ley de Metrología y a las demás normas que la desarrollan ya que, en su artículo 7, se ocupa de «crear seguridad y salud» en las personas cuando, por razones de interés social, se vean afectadas por el uso de instrumentos de medida en actos antisociales.

«Artículo 7. En defensa de la seguridad, de la protección de la salud y de los intereses económicos de los consumidores y usuarios: Los instrumentos, aparatos, medios y sistemas de medida que sirvan para pesar, medir o contar y que sean utilizados en aplicaciones de medida por razones de interés público, salud y seguridad pública, orden público, protección del medio ambiente, protección de los consumidores y usuarios, recaudación de impuestos y tasas, cálculo de aranceles, cánones, sanciones administrativas, realización de peritajes judiciales, establecimiento de las garantías básicas para un comercio leal y todas aquellas que puedan determinarse con carácter reglamentario, estarán sometidos al control metrológico del Estado, cuando esté establecido, o se establezca, por reglamentación específica».

⁴³ Artículo 2. Definiciones.

⁴⁴ De las Directivas que lo configuran, la más significativa es, sin duda, la 89/391/CEE, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, que contiene el marco jurídico general en el que opera la política de Prevención comunitaria.

⁴⁵ Vid. página web del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (www.mityc.es).

⁴⁶ En su virtud, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales

⁴⁷ Desde ahora nos referiremos a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales mediante las siglas LPRL.

⁴⁸ En este Real Decreto 1468/2008 se reforman los artículos 6.d), 8 y la Disposición Final segunda del Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo, así como el apartado 1.3.1.d) de la Norma Básica de Autoprotección en el sentido que se señala a continuación: El artículo 6.d) del

Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo, que atribuye a la Comisión Nacional de Protección Civil la función de informar preceptivamente los proyectos de normas de autoprotección que afecten a la seguridad de personas y bienes, se modifica para puntualizar que dicha Comisión solo informará las normas de autoprotección de ámbito estatal (por lo tanto, no informará las normas de autoprotección de ámbito autonómico).

El artículo 8 del Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo, establece obligaciones de vigilancia, inspección y control para los órganos competentes en materia de protección civil y otorgamiento de licencias o permisos de actividad.

⁴⁹ Así se infiere del catálogo de actividades a las que afecta la NBA entre las que figuran: a) Actividades con reglamentación sectorial específica: industriales, espectáculos públicos y recreativos, «siempre que cumplan con determinadas características...», aeroportuarias, túneles, etc. b) Actividades sin reglamentación sectorial específica (ocupación mayor de 2.000 personas): sanitarias (más de 200 camas, altura superior a 28 metros), docentes (altura superior a 28 metros), residencias públicas de ancianos, discapacitados, etc. (altura superior a 28 metros), infraestructuras de transporte no contempladas antes, otras: edificios de actividades comerciales, administrativos, servicios... etc.

⁵⁰ Comisión Nacional en Prevención de Riesgos Laborales creada en el año 2009 en el Seno de la Secretaría General de Universidades bajo el impulso de Marius Rubiralta y Ángel Gabilondo, y en la que la profesora Sánchez Ruiz de Valdivia, firmante de este trabajo, tiene el honor de participar en calidad de profesora de la UGR que apostó, hace ya algunos años, por integrar transversalmente la Prevención de Riesgos Laborales en su docencia e investigación.

⁵¹ El Real Decreto 393/2007 establece en el artículo 1.2 el concepto de autoprotección:

«Se entiende como autoprotección al sistema de acciones y medidas encaminadas a prevenir y controlar los riesgos sobre las personas y los bienes, a dar respuesta adecuada a las posibles situaciones y a garantizar la integración de estas actuaciones con el sistema público de protección civil.

Estas acciones y medidas deben ser adoptadas por los titulares de las actividades, públicas o privadas, con sus propios medios y recursos, dentro de su ámbito de competencia».

⁵² Art. 3.7. *Vigencia del plan de autoprotección y criterios para su actualización y revisión.* El Plan de Autoprotección tendrá vigencia indeterminada; se mantendrá adecuadamente actualizado, y se revisará, al menos, con una periodicidad no superior a tres años.

⁵³ Los centros docentes, en general, están obligados a la Norma Básica de Edificación NBE-CPI/96, artículo 2.2, que establece las condiciones de protección contra incendios en los edificios destinados a la docencia.

⁵⁴ En lo que sigue nos referiremos a la «Ley de Sociedades Profesionales» mediante las siglas LSP.

⁵⁵ Sobre el particular podemos consultar los comentarios a dicha Ley dirigidos por GARCÍA PÉREZ, R. y ALBIEZ DORHMAN, J., *Comentarios a la Ley de Sociedades profesionales*, editados por Aranzadi, Thomson Reuters, 2009.

⁵⁶ Así, en la Comunidad de Madrid, a través de la Ley 19/1999, de 29 de abril, del Servicio de Prevención y Extinción de Incendio y Salvamento, y el Decreto 31/2003, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Prevención de Incendios y Salvamentos, no aclara la cuestión, indicando simplemente que el «El Plan de Autoprotección debe ser firmado por el responsable de su implantación». En la normativa se relacionan las actividades que son objeto de Plan de Autoprotección. Sin embargo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, es a partir de la Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias en Andalucía, en la que se entra de forma muy general en la autoprotección, englobándolas como «planos de emergencia interior», lo que lleva en cierto modo a confusión.

⁵⁷ Y es que, tal y como advierte CRESPO MORA al comentar este artículo en «Comentarios...», *op. cit.*, pág. 511, «el primer párrafo reitera el régimen de responsabilidad de la sociedad y de los socios por deudas sociales, el apartado segundo, consagra un «aparentemente novedoso» régimen de responsabilidad civil —contracto o extracontractual— según los

casos de la sociedad y de los profesionales que hayan actuado quienes responderán directa y solidariamente ante el cliente y los terceros, cuando los haya, de los daños derivados de la defectuosa, inexacta o inexistente actuación profesional, siempre que concurren los preceptivos requisitos de la responsabilidad. Una regulación que trata de, a juicio de algunos, «despejar las dudas existentes hasta la fecha en materia de sociedades profesionales, así como por la oscilante jurisprudencia recaída sobre responsabilidad derivada de la actuación conjunta de varios profesionales, que, guiada por criterios de justicia, había generado una gran inseguridad jurídica.»

⁵⁸ Club Excelencia en Gestión (CEG).

⁵⁹ European Foundation for Quality Management (EFQM).

⁶⁰ Las Entidades de Certificación, reconocidas por el CEG, y miembros de la Coalición y del Esquema de Reconocimiento a la Excelencia, son: AENOR, APPLUS, Bureau Veritas Certification, Lloyd's Register Quality Assurance, SGS ICS (International Certification Services) y TÜV Rheinland Ibérica.

⁶¹ El Modelo EFQM de Excelencia[®] estructura el Sistema de Gestión de la organización y puede asimismo ser utilizado como una herramienta de diagnóstico, proporcionando un marco de medición, para uno mismo (mejora continua) o para compararse con los demás (*benchmarking*).

⁶² En lo que sigue, nos referiremos a la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español» mediante las siglas LPHE.

*(Trabajo recibido el 13-2-2013 y aceptado
para su publicación el 20-3-2013)*

Sistema codificado de imputación de pagos: Problemas actuales y propuestas de futuro

The Codified System of Imputation of Performance: Current Problems and the Way Forward

por

M.^a PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

RESUMEN: El problema relativo a la determinación de la deuda a la que debe aplicarse el pago, en el supuesto de que existiesen varias homogéneas a favor de un mismo acreedor, y la prestación efectuada no fuese suficiente para la íntegra cobertura de todas ellas, cuenta en el Derecho actualmente vigente con regulación específica en distintos cuerpos normativos. Centrándonos específicamente en el régimen de imputación general contenido en los artículos 1172 a 1174 del Código Civil, cabe indicar que su aplicación práctica puede plantear más problemas de los que podrían deducirse a partir de su simple lectura, debido a ciertas dificultades interpretativas que suscita su actual redacción. En el presente trabajo, tras analizar el régimen legal, se concluye con una propuesta de redacción a través de la cual podrían obviarse buena parte de las dificultades anteriormente reseñadas.

ABSTRACT: If a creditor is owed several homogeneous debts and receives a payment insufficient to cover them all in full, the creditor has a problem. How

can the creditor ascertain the debt to which the payment should be applied? There are specific regulations in different parts of current legislation that address the issue. Practical application of the general allocation procedure in articles 1172 to 1174 of the Civil Code may pose more problems than one might think upon just a cursory examination, due to certain difficulties of interpretation stemming from the Code's current wording. In this paper the procedure stipulated by law is examined and a wording is proposed that could eliminate a good many of the difficulties.

PALABRAS CLAVE: Extinción de las obligaciones. Pago. Imputación de pagos.

KEY WORDS: *Settlement of obligations. Payment. Allocation of payments.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REQUISITOS PREVIOS: 1. REQUISITOS RELATIVOS A LOS SUJETOS: a) *Imputación y pluralidad de deudores*. b) *Imputación y pluralidad de acreedores*. 2. REQUISITOS RELATIVOS A LAS OBLIGACIONES IMPUTABLES: a) Deudas de la misma especie; b) Autonomía de las deudas; c) Vencimiento, exigibilidad y liquidez de las deudas.—III. IMPUTACIÓN POR EL DEUDOR: 1. FORMA. 2. TIEMPO.—IV. IMPUTACIÓN POR EL ACREEDOR: 1. FORMA Y TIEMPO. 2. INEFICACIA.—V. LA IMPUTACIÓN «LEGAL»: 1. LA «MAYOR ONEROSIDAD». 2. LA REGLA DEL PRORRATEO.—VI. DEUDA GENERADORA DE INTERESES: 1. NATURALEZA DEL PRECEPTO. 2. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN. 3. ARTÍCULO 1173 *VERSUS* ARTÍCULO 1110.—VII. CONCLUSIONES: PROPUESTA DE REFORMA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El supuesto fáctico que desencadena la aplicación de las reglas sobre imputación de pagos resulta de fácil comprensión, pero no puede decirse lo mismo sobre el alcance, interpretación y aplicación que deba hacerse de las referidas reglas.

En efecto, cuando entre unos mismos sujetos existe una pluralidad de deudas de la misma especie pendientes de pago y el deudor efectúa una prestación que no alcanza a cubrir la totalidad de las mismas, resulta necesario vincular el pago realizado a una o varias de las referidas deudas que, en la medida correspondiente, quedarán —total o parcialmente— extinguidas. A tales efectos, prevé nuestro Código Civil, en sus artículos 1172 a 1174, una serie de reglas destinadas a solventar la cuestión planteada, normas jerárquicamente organizadas con las que, en línea de principio, deberían poder solucionarse las diversas

hipótesis imaginables en virtud de la distinta actitud, activa y pasiva que, a los correspondientes efectos, puedan asumir los sujetos de las relaciones obligatorias afectadas. Tales reglas, interpretadas sistemáticamente, otorgan primacía a los acuerdos de las partes, dado el carácter dispositivo que tales preceptos poseen. En ausencia de específico acuerdo, será la voluntad unilateral del deudor la que resuelva el problema de la imputación del pago efectuado, pasando a un segundo término la propuesta de imputación efectuada por el acreedor en la emisión del recibo de pago. Si esta última no se produce o no es aceptada (sin ser sustituida por una imputación diversa por parte del deudor), habrá de entrar en juego la denominada «imputación legal» del artículo 1474.

El artículo 1373, por su parte, contempla un problema de imputación, pero desde una vertiente diversa, por cuanto su supuesto de hecho parte de la existencia de una única deuda generadora de intereses. En este sentido su ubicación entre los artículos 1172 y 1174 no parece la más afortunada, puesto que, al menos aparentemente, rompe con el esquema de la regulación, al intercalarse entre dos preceptos llamados a solventar los problemas de imputación relativos a la existencia de una pluralidad de deudas.

En la redacción de las presentes líneas vamos a partir del régimen legal de la imputación¹ y a analizar e intentar resolver los distintos problemas que, al hilo de su aplicación práctica, se plantean. Para ello, vamos a tener en cuenta no solo la doctrina patria y los pronunciamientos de nuestros órganos jurisdiccionales, sino también, las soluciones legales previstas en otros ordenamientos y las propuestas normativas con vocación nacional e internacional actualmente existentes. No olvidemos que nos encontramos en fase de importantes cambios legislativos, por lo que no renunciamos a concluir con una propuesta de regulación de la materia, eso sí, asumiendo el carácter sumamente modesto y escasamente trascendente que pueda atribuirse a semejante contribución.

II. REQUISITOS PREVIOS

El factor desencadenante de la aplicación de las reglas sobre imputación de pagos del Código Civil consiste en una situación fáctica precisa —ya descrita al inicio del apartado introductorio— y que requiere la concurrencia de ciertos requisitos referidos, tanto a los sujetos implicados, cuanto a las deudas a las que sería susceptible de aplicación el cumplimiento efectuado.

Pero la viabilidad de las soluciones legales aparece condicionada a un *prius*, consistente en la inexistencia de un válido acuerdo sobre el modo de proceder-se sobre el particular, ya que, de haberlo, no sería necesario el recurso a las reglas codificadas sobre imputación². Ello es directa consecuencia del carácter supletorio que las referidas reglas poseen en relación con la voluntad contractual de las partes. En efecto, es doctrina pacífica la que confiere un alcance subsi-

diario a las disposiciones legales sobre imputación de pago —al menos, a las contenidas en los artículos 1172 y 1174—. En ese sentido, las palabras de A. CRISTÓBAL resultan de una absoluta claridad: «consistiendo la imputación en la determinación del pago en cuanto al crédito que con él se ha de extinguir... es obvio que semejante efecto puede lograrse siempre que las partes se pongan de acuerdo al respecto, pero no lo es menos que la rigurosa conceptualización jurídica de la figura y hasta su existencia misma solo tienen sentido en ausencia de dicho acuerdo, ya que si lo hay estamos en el amplio campo de la autonomía de la voluntad... la idea de la imputación excluye la de convenio»³.

Por otra parte, también la jurisprudencia había llegado a semejante conclusión sobre el carácter subsidiario del recurso a las reglas de los artículos 1172 y siguientes del Código: «...hubo una voluntad implícita y clara de las partes frente a la que, como declaró la sentencia de 4 de noviembre de 1927, ceden su imperio las reglas de los artículos 1172 a 1174»⁴.

A la vista de los datos consignados, pudiera pensarse que las tesis sobre la aplicación de los artículos 1172 y siguientes del Código únicamente en defecto de pacto ha sido unánimemente compartida por nuestra doctrina y jurisprudencia. Pero, en honor a la verdad, debe indicarse que tal orientación ha sido mayoritariamente defendida, pero no de modo unánime, ya que algún sector doctrinal se ha planteado el posible carácter imperativo de la regla de imputación del artículo 1173, atinente a una deuda generadora de intereses. De acuerdo con el referido precepto, «si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses». Sin perjuicio del estudio más detallado que haremos posteriormente de la norma contenida en este precepto, conviene dejar sentado desde estas primeras páginas que la total aplicación de las reglas sobre imputación aparece condicionada a la inexistencia de acuerdo contractual sobre el destino del pago, ya que, de haberlo, sería innecesario el recurso a tales normas. Ciertamente, en ausencia del referido acuerdo y, siendo, pues, necesaria la aplicación de las disposiciones legales sobre imputación, el contenido del artículo 1173 restringe las facultades conferidas preferentemente al *solvens* en el ordenamiento entre nosotros vigente⁵, pero ello no supone un obstáculo a la atribución a este conjunto normativo de la condición de derecho dispositivo.

La posibilidad de modificar las reglas de imputación en la deuda generadora de intereses aparece claramente reconocida, también, en algunas propuestas normativas elaboradas por la doctrina europea con la finalidad de constituir un elemento de unificación del Derecho contractual de los distintos países de la Unión. Así, en el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR)⁶, en su artículo III-2:110, apartado 5, expresamente se señala que «en las deudas dinerarias, todo pago al deudor se ha de aplicar en primer lugar a los gastos, en segundo lugar a los intereses y finalmente, al capital, salvo que el acreedor disponga una aplicación preferente». La misma regla se repite en el artículo 128

de la *Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común de la compraventa en Europa* (doctrinalmente denominado el *Instrumento Opcional*)⁷, al prescribir que «en relación con cualquier obligación, todo pago del comprador se ha de imputar en primer lugar a los gastos, en segundo lugar a los intereses y en tercer lugar al capital, salvo que el vendedor disponga una imputación diferente».

Siguiendo el ejemplo europeo (y pensando en una eventual reforma del régimen codificado sobre la imputación), tal vez, la regulación de esta materia debería principiar señalando que: «A falta de convenio de los interesados...» u otra expresión similar que refuerce el carácter dispositivo de las normas sobre imputación de pagos.

Dejando al margen propuestas normativas y centrándonos en el Derecho actualmente vigente, la imputación, como instrumento de vinculación del pago efectuado a la satisfacción de una o varias deudas, requiere la presencia de unas concretas circunstancias, referidas tanto a los sujetos del pago, cuanto a las deudas que pueden verse afectadas por el mismo.

1. REQUISITOS RELATIVOS A LOS SUJETOS

El tenor literal del artículo 1172 del Código Civil⁸ hace pensar en la necesaria existencia de una pluralidad de relaciones obligatorias establecidas entre dos únicos sujetos, de modo que las condiciones de acreedor y deudor de las diversas obligaciones concurren en las mismas personas⁹.

No obstante lo anterior, se ha sostenido por parte de algún sector doctrinal la posibilidad de acudir a las reglas de imputación de pagos, también, en aquellos casos en los que se dé una pluralidad de sujetos en el lado activo o pasivo de las relaciones obligatorias consideradas¹⁰. Es evidente que tales afirmaciones, que de modo tan evidente se apartan del tenor literal del artículo 1172, requieren algún tipo de explicación adicional.

a) *Imputación y pluralidad de deudores*

Pues bien, en relación con la pluralidad de deudores, MANRESA admitía semejante opción en relación con las obligaciones solidarias, «ya dentro de ellas, puesto que comprenden varias responsabilidades establecidas con cierta distinción, ya entre aquella y otra obligación exclusiva de uno de los deudores solidarios del que haga el pago»¹¹. Semejante tesis nos parece sustancialmente correcta, pero incompleta, en cuanto que, en nuestra opinión, idéntica conclusión sería extensible a otros modelos de organización de la concurrencia de pluralidad de sujetos en el lado pasivo de la relación obligatoria. En efecto, partiendo de la idea de que el codeudor solidario cuenta con una legitimación individual por el

total para efectuar el pago, el cumplimiento por él realizado puede plantear un problema de delimitación de la concreta deuda que ha de considerarse extinguida en caso que, de forma individual o en concurrencia con otros, sea deudor de otras obligaciones de naturaleza homogénea a favor del mismo acreedor.

Pero, por otra parte, si existe una pluralidad de deudores mancomunados, también podrían tener aplicación las reglas sobre imputación: piénsese en la misma pluralidad de sujetos, mancomunadamente organizados, que resultan deudores de diversas obligaciones del mismo tipo a favor de idéntico acreedor¹².

Así pues, más que de identidad del «deudor» —que denota la existencia de una misma persona que ocupa la posición pasiva en las diversas obligaciones afectadas—, quizá sería más correcto hablar de identidad de «la parte pasiva» de tales obligaciones, con lo que quedarían englobados los supuestos de pluralidad subjetiva coincidente¹³.

Pero la anterior no constituye la única hipótesis doctrinalmente admitida de aplicación extensiva de las reglas sobre imputación de pagos a supuestos de pluralidad de deudores. De este modo, R. BERCOVITZ alude expresamente al pago efectuado por un representante y al pago por tercero¹⁴, tesis que son contempladas y abiertamente rechazadas por CRISTÓBAL¹⁵.

Semejantes discrepancias doctrinales justifican que nos detengamos —siquiera, brevemente— en el análisis de la cuestión.

Así, el primero de los motivos de disputa hace referencia al pago efectuado por un representante, esto es, una persona que, ostentando la representación de otra, efectúa un pago a quien, además de acreedor de su representado, lo es suyo personal. Es evidente que, en tales circunstancias, desde un punto de vista externo a la relación que liga a representante y representado, el pago efectuado por este deudor-representante puede plantear la duda si va dirigido a la extinción de la deuda de su representado o la suya propia. Ahora bien, permitir que en tales casos operen las reglas de imputación puede traducirse en un claro perjuicio del representado, cuyo activo puede quedar destinado a saldar la deuda que su representante tiene con su mismo acreedor. Este riesgo, entiendo, es razón suficiente para propugnar el rechazo de la aplicación extensiva de las reglas de imputación de pagos a estos concretos supuestos. Las cautelas introducidas por BERCOVITZ no me parecen suficientes. En efecto, señala este autor, que «...el fraude de los representantes a los representados solo será cognoscible al acreedor si está enterado de las relaciones internas existentes entre aquellos. Solo cuando este conocimiento exista y del mismo quepa deducir la postergación indebida de los intereses de algún representado, solo entonces funcionará el límite genérico antes señalado, determinado la ineficacia de la imputación derivada de los artículos 1172 a 1174 del Código Civil»¹⁶. Interpretando *a contrario sensu* las tesis de BERCOVITZ, las reglas de imputación encontrarían acomodo en caso de ignorancia, por parte del acreedor, de las relaciones internas entre representante y representado, lo que nos parece, ciertamente discutible: si el acreedor ignora

las relaciones entre representante y representado, realmente no se plantearía un problema de imputación de pagos, sino de un aparente pago por tercero (si se destina el pago efectuado a saldar la deuda del representado) o un supuesto delictivo (al utilizar el activo del representado para saldar una deuda propia).

El segundo de los supuestos objeto de discrepancia es el del pago efectuado por tercero. BERCOVITZ lo ejemplifica del modo siguiente: el padre que entrega una cantidad de dinero para pagar las deudas de sus hijos (mayores de edad y con plena capacidad) frente a un acreedor común¹⁷. Si ese acreedor común lo es del padre y de sus hijos, en semejante hipótesis, nos cuesta pensar en la posibilidad de aplicar las reglas de imputación, dado que estas solo pueden tener cabida cuando existan dudas sobre la deuda que debe estimarse saldada y, por la propia naturaleza del pago por tercero, para que se dé, el *solvens* habría de indicar que el pago efectuado está destinado a la extinción de la deuda ajena, pues, de lo contrario, habría de entenderse que lo abonado tiene por finalidad el pago de la propia deuda¹⁸. Semejante indicación haría que la duda sobre la deuda que ha de considerarse extinguida no se plantease, por lo que no habría lugar, entiendo, a la aplicación de las reglas de imputación. Quedaría, no obstante, resquicio para admitir las tesis de BERCOVITZ en el supuesto de que el padre —siguiendo con el ejemplo propuesto por este autor—, actuando como *solvens*, no tuviera deuda alguna a favor del acreedor común de sus descendientes, en cuyo caso, al efectuar el pago, habría de indicar cuál de las concretas deudas que pesan individualmente sobre estos habría de estimarse extinguida¹⁹.

Como es bien sabido, la Comisión General de Codificación, en el año 2009, publicó una *Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*²⁰ que, entre otras materias, afectaría a la aquí estudiada, propugnando una refundición del régimen codificado actualmente vigente en dos únicos preceptos (que serían los arts. 1163 y 1164). No obstante las discusiones doctrinales de las que nos hemos hecho eco, los autores de la propuesta no han considerado necesario incluir consideración alguna en el texto por ellos sugerido que, en relación con la cuestión planteada, sigue hablando de deudor —y acreedor— en singular²¹. Esta orientación, de otro lado, resulta coincidente con las regulaciones sobre imputación existentes en otros ordenamientos²² y con las contenidas en las propuestas normativas de vocación internacional²³.

No obstante lo anterior, refrendando en cierto modo la tesis por nosotros aquí sustentada acerca de la conveniencia —pensando en una eventual modificación de la materia— de sustituir «deudor» por «parte deudora», en los *Principios del Derecho Contractual Europeo*, en su artículo 7:109 —que es el que regula la imputación— expresamente utiliza la denominación de «parte» para referirse a los sujetos ligados por las diversas obligaciones susceptibles de imputación²⁴.

b) *Imputación y pluralidad de acreedores*

Como se ha indicado con anterioridad, el tenor literal del artículo 1172 del Código Civil hace pensar que la unidad subjetiva ha de darse no solo en la parte pasiva, sino, también, en la activa, tesis esta que cuenta con evidente apoyo jurisprudencial²⁵.

A pesar de ello, también aquí se ha planteado doctrinalmente la posibilidad de ampliar la cobertura de las reglas de imputación, haciéndola extensiva —al menos, en ciertos casos—, a supuestos de pluralidad de acreedores. Y, también, es R. BERCOVITZ quien propugna semejante tesis²⁶, basándose, esencialmente, en la norma del artículo 1684 del Código Civil y en algunos pronunciamientos judiciales. En efecto, el precepto recién citado contempla y resuelve un concreto supuesto de imputación de pagos en el que un mismo deudor lo es de varias deudas a favor de distintos sujetos. Más concretamente, previene el artículo 1684 del Código Civil que «cuando un socio autorizado para la administración de una cantidad exigible, que le era debida en su propio nombre, de una persona que debía a la sociedad otra cantidad también exigible, debe imputarse lo cobrado en los dos créditos a proporción de su importe, aunque hubiese dado el recibo por cuenta no solo de su haber; pero, si lo hubiere dado por cuenta del haber social, se imputará todo a este. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de que el deudor pueda usar de la facultad que se le concede en el artículo 1172, en el solo caso de que el crédito personal del socio sea más oneroso»²⁷. A partir del análisis de este precepto, BERCOVITZ extrae, entre otras, dos importantes conclusiones:

- Que legalmente se admite la necesidad de imputación en algunos casos de pluralidad de acreedores.
- Que para el supuesto contemplado en el precepto en cuestión se prevé una regla de imputación especial, lo que dejaría a salvo el carácter general del régimen de los artículos 1172 a 1174 y, consecuentemente, sería este el que debería aplicarse en otros casos con acreedores plurales, distinto del constitutivo del supuesto de hecho del artículo 1684 del Código Civil.

La primera de esas conclusiones cuenta, ciertamente, con algún apoyo jurisprudencial. Así, en la STS de 24 de marzo de 1998, literalmente se indicó que «El motivo se desestima... porque, aun habiendo varios acreedores, si un pago plantea la duda de a cuál de ellos se hace —algo poco frecuente, pero que se da en el presente caso— deben aplicarse las reglas del Código Civil para resolver («imputar») qué deuda de qué acreedor se paga: esta es la función de la imputación de pagos»²⁸. Sin embargo, no puede decirse que sea esta una tesis unánimemente acogida²⁹.

Pero es la segunda de las conclusiones de BERCOVITZ la que resulta más controvertida y, en tal sentido, el propio autor, después de haber afirmado el carácter general del régimen consagrado en los artículos 1172 a 1174 y su consiguiente aplicación de los supuestos de pluralidad de acreedores que puedan plantearse más allá del contenido en el artículo 1684 del Código Civil³⁰, vuelve a replantearse la cuestión, esta vez, circunscrita a los casos de representación, afirmando que «la aplicación analógica del artículo 1684 a todos aquellos supuestos en que un acreedor gestiona al mismo tiempo los intereses de otros acreedores o que una persona represente los intereses de varios acreedores parece deseable, en tanto en cuanto corresponde a la protección que merecen los representados»³¹. Y así, tras efectuar un análisis teleológico de las disposiciones afectadas, termina decantándose por una aplicación analógica de los artículos 1172 a 1174, teniendo en cuenta las excepciones del artículo 1684 para el caso de la sociedad y, por analogía, las excepciones de ese mismo precepto «en los demás casos de representación, cuando la conducta del representante que recibe la prestación implique un fraude para los intereses de alguno de los acreedores»³². Dejando al margen la corrección del razonamiento que conduce a la conclusión propuesta, su aplicación práctica puede resultar, cuando menos, complicada, pues no resulta evidente —al menos, para quien suscribe estas páginas— el engarce simultáneo del régimen general de imputación de los artículos 1172 a 1174, con el específico del 1684.

Ello, entiendo, constituye razón suficiente para intentar efectuar un análisis más pormenorizado de la cuestión planteada. Y, en tal sentido, la conclusión relativa al carácter de regla general de las normas sobre imputación de pagos (arts. 1172 a 1174) que se extrae a partir de la consideración como regla especial de la contenida en el artículo 1684 del Código Civil, ha sido contestada por la doctrina especializada, en el sentido de que también cabría entender que esa regla contenida en el último precepto citado es, efectivamente especial, pero en relación con el régimen genéricamente establecido para la regulación de las relaciones entre representante y representado³³.

En mi opinión, la regla del artículo 1684 no supone una excepción del régimen general regulador de las relaciones de representación, ya que, en esta sede, no existe un precepto general que específicamente se refiera a la cuestión estudiada, siendo así que lo que cabe colegir de dicho régimen es un principio general de protección de los intereses del representado³⁴, al que parece también responder el artículo 1684 del Código Civil.

Desde esta perspectiva, entendiendo que el artículo 1684 del Código Civil no es una regla especial respecto del régimen de la imputación, sino una concreción del principio general de protección del representado, no cabría, en principio, oponer objeciones dogmáticas a su extensión a otras hipótesis de representación, que quedarían al margen de las reglas contenidas en los artículos 1172 a 1174. En definitiva, por una vía argumentativa diversa, llegamos a las mismas conclusiones que CRISTÓBAL: «cuando alguien se presenta frente a

un mismo deudor como acreedor y representante de otro acreedor en relación a deudas de la misma especie, el supuesto no es reconducible a la genuina figura de la imputación de pagos, caso de que tenga lugar la realización de una de las prestaciones debidas, porque el mismo se gobierna por las pautas atinentes a la representación...»³⁵.

2. REQUISITOS RELATIVOS A LAS OBLIGACIONES IMPUTABLES

La aplicación del régimen general de imputación del Código Civil exige la concurrencia, entre los mismos sujetos activo y pasivo, de «una pluralidad de deudas de la misma especie» (art. 1172), deudas que, en el artículo 1174, habrán de estar «vencidas».

a) *Deudas de la misma especie*

Ciertamente, desde un punto de vista esencialmente práctico, la determinación de la naturaleza de las deudas susceptibles de imputación plantea no pocos interrogantes. Y, en este sentido, previene el artículo 1272 del Código Civil que las referidas deudas han de ser «de la misma especie»³⁶, lo que nos sitúa, necesariamente, frente a prestaciones fungibles³⁷, pues, de otro modo, no se alcanza a entender la necesidad de las reglas de imputación, al no poder plantearse dudas sobre la relación que habría de entenderse extinguida por el pago efectuado.

El ámbito natural de la imputación es, dentro de las deudas de cosa genérica, las que tienen por objeto la entrega de una suma monetaria, pero, en línea de principio, también podrían plantearse problemas cuya solución requiera la aplicación de las reglas de imputación en relación con otros supuestos de concurrencia de obligaciones de dar, no monetarias, cuyo objeto aparezca delimitado por su pertenencia al mismo género³⁸.

Por resultar completamente obvio, no nos detenemos en la justificación de la exclusión de las obligaciones específicas como posibles objetos de imputación, si bien, hay que apuntar la posibilidad de que la prestación, originariamente de cosa específica, haya podido experimentar una mutación —por incumplimiento— en obligación monetaria, en cuyo caso, sí podría competir con otras deudas del mismo tipo por la adjudicación del pago en metálico efectuado.

Doctrinalmente se ha planteado la ampliación del ámbito objetivo de las reglas de imputación a obligaciones de hacer y de no hacer, concluyéndose que, pese a que el régimen legal parece estar pensado para las obligaciones de dar (y, más específicamente, de dar una suma de dinero)³⁹, del tenor literal del artículo 1172 no se deriva circunstancia impeditiva alguna de su aplica-

ción a otros tipos de prestaciones en las que puedan planearse dudas sobre la concreta finalidad del pago efectuado. Ahora bien, dando por buena la anterior afirmación, lo cierto es que no resulta fácil encontrar concretas situaciones que puedan servir para ejemplificar estos supuestos de obligaciones de hacer y no hacer que requieran la aplicación de las reglas sobre imputación de pagos⁴⁰.

En otro orden de consideraciones, la exigencia de la «misma especie» de las deudas imputables se ha traducido en los *Principios de Derecho Contractual Europeo* y en el DCFR en deudas «de la misma naturaleza»; en tanto que en los *Principios Unidroit* se simplifica la cuestión al limitarse su ámbito, por cuanto expresamente se alude a «obligaciones dinerarias»⁴¹.

b) *Autonomía de las deudas*

Otra de las cuestiones que habría que dilucidar en relación con el elemento objetivo de la imputación incide en el origen o procedencia de las obligaciones susceptibles de imputación, en su autonomía. En efecto, si partimos de las diferencias conceptuales que existen entre deuda y obligación, cabría plantearse si las reglas de imputación podrían invocarse frente a deudas diversas surgidas de un mismo vínculo obligatorio o, por el contrario, el referido régimen solo podría resultar aplicable en presencia de deudas procedentes de distintas obligaciones. Y a poco que profundicemos en la materia, lo que vamos a constatar es la existencia de un claro divorcio entre las tesis sustentadas al respecto por doctrina y jurisprudencia.

De este modo, nuestros tribunales, en general, han seguido una orientación restrictiva en orden a la aplicación de las reglas de los artículos 1272 y siguientes, exigiendo la concurrencia de distintas obligaciones. Así, la STS de 9 de diciembre de 1864⁴² inaugura una corriente interpretativa que, con algún pronunciamiento en contrario aislado, permanece sólidamente hasta nuestros días. En la citada sentencia, frente al pago parcial de las deudas surgidas de un único contrato de donación condicional, el Alto Tribunal estimó que no se daba la pluralidad requerida para la aplicación de las reglas de imputación. La misma idea vuelve a reiterarse en la STS de 27 de marzo de 1926, en la que parte de la deuda había sido garantizada con hipoteca y parte con prenda⁴³ y en la de 21 de diciembre de 1965, esta vez, frente al pago parcial de las unidades de obra en que se había fraccionado el debido por la construcción de un edificio⁴⁴.

La doctrina, por su parte, contempla la cuestión ahora analizada desde una óptica bien distinta, incidiendo no tanto en el origen o causa autónoma de las deudas cuanto en la efectiva existencia de una pluralidad de ellas, con independencia de cuál sea su origen. Así, para HERNÁNDEZ-GIL, «los créditos pueden proceder de una sola relación obligatoria como, por ejemplo, cuando en razón de un contrato de arrendamiento se deben rentas correspondientes a diferentes

periodos de tiempo. Pero también es posible —y esta es la hipótesis que viene a considerar como normal el art. 1172— que los créditos procedan de relaciones obligatorias diferentes, siempre que sean de la misma especie⁴⁵. En el mismo sentido se pronuncia CRISTÓBAL, al afirmar que «siempre que entre un mismo acreedor y deudor existan varias relaciones jurídicas obligatorias, si se cumplen los otros requisitos de ley, operará el mecanismo de la imputación de pagos con indiferencia de que las normas hablen de obligaciones o de deudas... Y de que aquellas tengan una causa jurídica común o provengan de diferentes fuentes»⁴⁶. En cuanto a las concretas razones que han sido esgrimidas como argumentos de apoyo de semejante tesis, con un afán puramente sistematizador, podemos clasificarlas en tres categorías:

- Interpretación conjunta o sistemática de los preceptos que constituyen el régimen legal codificado de la imputación de pagos y, más concretamente, la expresa consideración, como hipótesis de imputación, de la planteada en relación con una deuda que genera intereses. Sin perjuicio del análisis más pormenorizado que haremos del artículo 1173 en un apartado posterior dentro del presente trabajo, del propio tenor literal de este precepto puede extraerse una básica conclusión en relación con la cuestión estudiada, como es la consideración de los intereses devengados por un capital como una deuda independiente de esta. En efecto, según el mencionado precepto, «si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses»⁴⁷.
- El Derecho comparado y, más específicamente, la interpretación que la doctrina alemana viene realizando de la regulación sobre imputación del BGB. En este sentido, se ha puesto de relieve que, pese a que el párrafo 366.1.º alude de modo expreso a «prestaciones del mismo tipo derivadas de diversas relaciones obligatorias», ello no ha supuesto un obstáculo para propugnar una interpretación más flexible de las exigencias legales, sugiriendo los autores alemanes la equivalencia, a los efectos del pago, entre relación obligatoria y deuda individual⁴⁸.
- Razones de utilidad práctica, en cuanto negar al posibilidad de aplicar las reglas de imputación cuando existan dudas sobre el destino del pago efectuado simplemente porque las deudas concurrentes tienen una causa común, supone dejar sin específica solución —al negar que exista un problema de imputación— cierta categoría de supuestos, «aunque luego la práctica muestre cómo hay que decidir entre la imputación de la prestación al pago de los intereses o al del capital, al de un plazo u otro, al de una parte de la obligación garantizada o a otra sin garantizar»⁴⁹. Al mismo tiempo, al quedar excluidas del supuesto de hecho de los artículos 1172 a 1174 las relaciones continuadas que generan deudas de la

misma especie (arrendamientos, suministros, etc.), dichos preceptos quedarían con un ámbito de aplicación efectivo muy reducido.

A los anteriores argumentos podría añadirse alguno más procedente del tratamiento de la cuestión en las propuestas normativas con vocación internacional a las que venimos refiriéndonos en el presente trabajo. Y así, en relación con el artículo 7:109 de los *Principios de Derecho Contractual Europeo*, en los comentarios oficiales del mismo, al definir el problema planteado y resuelto por el mencionado precepto, se describe indicando que «en ocasiones, una parte debe cumplir conforme a un único contrato o en razón de contratos separados, dos o más prestaciones de la misma naturaleza, en especial, de pagar dinero»⁵⁰. Evidentemente, esta tesis apunta en la dirección indicada por la doctrina española. Y lo mismo cabe inferir del artículo 128 del *Instrumento Opcional*, que plantea el problema de la imputación, exclusivamente en términos de pago: «...cuando el comprador tenga que efectuar varios pagos al vendedor...».

En el DCFR, el artículo III-2:110 habla de «varias obligaciones de la misma naturaleza». Sin embargo, no creo que pueda deducirse de aquí una posición contraria de esta propuesta normativa a la orientación seguida por la doctrina española, dado que ese mismo precepto, en otros apartados, prescinde de la utilización del término «obligación», para referirse lisa y llanamente a «deuda», de donde cabe inferir que la primera expresión no ha sido utilizada en un sentido técnico jurídico.

De otro lado, en la *Propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, la primera parte del 1163 (equivalente al actual 1172), en relación con la cuestión que nos ocupa, no efectuaría modificación alguna en relación con el texto codificado actualmente vigente, pues, al igual que este, principiaría indicando «el que tuviere varias deudas de la misma especie a favor de un mismo acreedor...». Por ello, si se estima que las reglas sobre imputación, como sostiene la mayoría de la doctrina española, deben ser aplicadas cuando existan varias deudas, sean o no autónomas, quizá fuera conveniente introducir alguna especificación en la referida propuesta, a fin de despejar cualquier duda que, al respecto, pudiera plantearse (sobre todo, en el ámbito jurisprudencial).

c) *Vencimiento, exigibilidad y liquidez de las deudas*

También en relación con las obligaciones susceptibles de imputación, otra de las cuestiones que puede plantear ciertas dudas se conecta con el alcance de la exigencia de que se encuentren vencidas. En efecto, en el artículo 1172 nada se dice sobre este extremo que, en cambio, sí aparece claramente precisado en el artículo 1174. Frente a semejante configuración, dos son, *a priori*, las alternativas posibles:

- La exigencia de vencimiento de las deudas afectadas lo es tan solo cuando entran en juego las reglas de imputación legal, esto es, si no ha habido una válida imputación efectuada por el deudor o, en su caso, por el acreedor.
- Aún cuando el requisito relativo al carácter vencido de las deudas aparece en el artículo 1174, se trata de una exigencia de general aplicación a todos los supuestos de imputación, con independencia de quién sea quien la efectúe.

La tesis mayoritariamente sustentada por nuestra doctrina afirma el carácter general de la exigencia del vencimiento de las deudas para que sean susceptibles de ser extinguidas —total o parcialmente— mediante la imputación del pago realizado. No obstante, también se admitiría la imputación del pago a deudas no vencidas si la efectúa quien tiene a su favor dicho plazo y, en consecuencia, renuncia al mismo⁵¹. De esta tesis, parece disentir PASCUAL, al señalar que «no le sería posible al deudor la imputación aun contando en su favor el beneficio del plazo o término del vencimiento, pues sería preciso el previo acto de la renuncia, sin el que no cabría hablar de deuda vencida y, por consecuencia, exigible»⁵². Realmente, la conclusión a la que llega este autor es la misma, si bien, el argumento formalmente empleado para sustentarla difiere considerablemente.

Volviendo a la tesis mayoritaria, la validez de la imputación efectuada mediante renuncia al plazo quedará condicionada a la demostración de que el referido término beneficiaba, efectivamente, a quien imputa, ya que, recuérdese, conforme al artículo 1127 del Código Civil, «siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio del acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto a favor del uno o del otro».

La jurisprudencia, por su parte, suele exigir el vencimiento de las deudas para aceptar la imputación pretendida. Así, por ejemplo, en la STS de 4 de julio de 1962, el Alto Tribunal afirmó que «...no cabe aplicar los preceptos de la compensación de deudas que solo cabe entre las líquidas y vencidas, y lo mismo puede decirse sobre la imputación de pago...»⁵³. A raíz del párrafo transcrito, cabe preguntarse por el alcance exacto del término «vencimiento» en sede de imputación y la necesidad, aparentemente asociada al mismo, de «liquidez».

Pues bien, en sentido estricto, podemos decir que una deuda ha vencido cuando, estando sometido su cumplimiento a término, este ha llegado. En realidad, el artículo 1125, en sede de obligaciones a plazo, no habla de «vencimiento», sino de «exigibilidad», y a pesar de que el tema esencial de nuestro trabajo no sea el de la precisión de esta última noción, sí resulta conveniente —en orden a un adecuado acercamiento al tratamiento que deba dispensarse a la imputación— la realización de alguna indicación en relación con las nociones de exigibilidad, vencimiento y liquidez.

En este sentido, la exigibilidad se traduciría en la posibilidad actual del acreedor de obtener el cumplimiento —aún de forma forzosa— de lo que le es debido, de modo que, desde esta perspectiva, el vencimiento se configuraría como una condición para que exista exigibilidad. En palabras de L. Díez-PICAZO, «la exigibilidad supone la llegada del vencimiento si se trata de una obligación a término o aplazada y la aparición de la condición si se trata de una obligación de carácter condicional»⁵⁴.

Tratándose de deudas dinerarias —que, como ya ha quedado indicado, constituirían el supuesto más frecuente en que se requieren las reglas sobre imputación— cabría preguntarse, además, por el carácter líquido de las mismas. Pues bien, de entrada, ha de indicarse que semejante cuestión ha recibido, también, una respuesta dispar dentro de la doctrina⁵⁵. Entendiendo que existe liquidez, de acuerdo con las tesis jurisprudenciales, cuando la prestación se halla «determinada y cuantitativamente precisada»⁵⁶, Díez-PICAZO, no obstante, efectúa una gradación de la referida exigencia, distinguiendo hasta cuatro supuestos distintos⁵⁷, a los que recurre R. BERCOVITZ para concluir que la liquidez no es necesaria para que pueda operar la imputación de pagos⁵⁸.

Entrando en el terreno de las propuestas normativas, la que tiene por objeto la modernización del Código Civil, si bien explícitamente no se pronuncia sobre el particular, de su redacción cabe inferir una actitud favorable a la flexibilización de los requisitos objetivos precisos para la admisión de la imputación, ya que, si bien en el párrafo primero de su artículo 1163 nada dice sobre la exigibilidad de las deudas imputables, en su párrafo segundo establece, como primera regla de aplicación subsidiaria, la imputación del pago a la «obligación vencida». Obviamente, si esta es la primera regla que ha de primar en defecto de la voluntad del deudor, cabría pensar que la concurrencia de esta podría desplazar la imputación hacia otra de las deudas existentes que no se encuentre vencida⁵⁹.

El planteamiento de la cuestión en los PECL revestía una cierta complejidad, ya que pese a que en relación con la imputación efectuada por el deudor nada se decía sobre el vencimiento de las deudas, en el párrafo segundo del artículo 7:109 se declaraba la invalidez de la imputación efectuada a la deuda no vencida, ilícita o litigiosa. A la vista de ello, podría plantearse la duda de si semejante exigencia lo era solo para la imputación efectuada por el destinatario del cumplimiento o, por el contrario, era una exigencia de alcance general. La cuestión, en el DCFR, quedó resuelta en el sentido de establecer la exigencia del vencimiento de la deuda a la que se impute el pago únicamente cuando es el acreedor el que la efectúa⁶⁰. Y en parecidos términos resuelve la cuestión el artículo 128.3.º del *Instrumento Opcional*, conforme al cual, «una imputación realizada en virtud del apartado 2 —esto es, cuando la imputación, por inactividad del comprador, la efectúa el vendedor— no tendrá efecto si está asociada a una obligación que aún no ha vencido o es litigiosa»⁶¹.

En la relación con la posible extrapolación de una regla como la establecida en los textos con vocación internacional a una eventual modificación del Código Civil, debe tenerse en consideración que el beneficio del plazo no presenta las mismas connotaciones en tales textos y en el Código patrio. Y así, es bien sabido que, tanto en su redacción actualmente vigente como en la propuesta de reforma de la Comisión de Codificación, como regla general, el plazo se entiende establecido en beneficio de ambas partes⁶²; en tanto que en el DCFR el régimen específicamente previsto para el cumplimiento anticipado por el artículo III.-2:103, hacen pensar en una configuración del término en beneficio del deudor⁶³, y otro tanto cabe afirmar en relación con la regulación de esta materia en el *Instrumento Opcional*, en relación con el plazo para efectuar el pago⁶⁴. Dando por buenas estas aseveraciones, se entenderá que la referida extrapolación, sin más, no resultaría admisible.

En todo caso, concurriendo los requisitos subjetivos y objetivos en los términos analizados, procederá la imputación en alguna de las modalidades legalmente establecidas. En efecto, como señalaba la STS 21 abril 1936⁶⁵, los artículos 1272 a 1274 regulan la imputación de pagos, «admitiendo como variedades de ella: a) la imputación hecha por el deudor en uso de la facultad exclusiva que para ello se le atribuye; b) la imputación realizada por el acreedor y consentida por el deudor por el hecho de aceptar de aquel un recibo en que se haga la aplicación del pago, y c) la imputación hecha por la ley en defecto de las dos anteriores...».

III. IMPUTACIÓN POR EL DEUDOR

En defecto de pacto previo de los interesados, el artículo 1172 otorga preferencia para efectuar la imputación al deudor, lo que constituye una manifestación más del principio *favor debitoris* que rige en nuestro Derecho obligacional.

Se trata de una declaración de voluntad unilateral, pero de carácter recepticio, pues, de otro modo, no podría operar la negativa del acreedor frente a una imputación incorrecta (por inexactitud del pago o de la propia imputación efectuada). Esto último es consecuencia de que, pese a conferirse preferencia a la voluntad del deudor, ello no significa que la declaración de voluntad de quien lo efectúa en orden a la elección de la deuda que ha de quedar extinguida sea por completo libre, ya que, junto con la inexistencia de convenio previo, la exigencia del artículo 1173 limita, también, su facultad de elección⁶⁶. De otro lado, la concurrencia de circunstancias subsumibles en el supuesto de hecho del artículo 1684 del Código Civil, posee, también, idéntica virtualidad limitativa de la voluntad del deudor.

Al margen de estos condicionantes previos, en relación con la modalidad de imputación que otorga preferencia a la voluntad del *solvens*, cabe plantearse dos cuestiones esenciales, relativas a la forma y al tiempo en que ha de tener

lugar su declaración de voluntad para producir los efectos legalmente previstos de extinguir total o parcialmente una o varias de las deudas concurrentes.

1. FORMA

No exige el Código Civil el cumplimiento de ninguna solemnidad especial. De otra parte, el silencio del artículo 1172 sobre este concreto extremo ha sido soslayado por doctrina y jurisprudencia, en el entendimiento de que junto con una modalidad expresa de imputación, la voluntad del *solvens* puede, también, manifestarse de un modo tácito. Como tal se considera el supuesto concreto en el que el deudor entrega una suma de dinero que coincide exactamente con el importe de una de las deudas sin ninguna indicación adicional⁶⁷ o, cuando por otros factores concurrentes, no cabe sino atribuir a la entrega efectuada por el deudor el carácter de acto concluyente a los efectos de la imputación del pago. Esto último fue lo que aconteció en el supuesto que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1987, en el que, presentado el deudor en suspensión de pagos, incluyó otros créditos y omitió aquel al que se consideró aplicada la prestación previamente efectuada⁶⁸.

2. TIEMPO

Previene el artículo 1172 que la imputación en la modalidad ahora analizada ha de realizarse «al tiempo de hacer el pago», de donde parece deducirse una exigencia de simultaneidad con la prestación efectuada. Ahora bien, si partimos de la idea previamente apuntada de que la imputación del deudor es una declaración de voluntad de carácter recepticio, estimamos que lo verdaderamente importante es que ambas (prestación e imputación), lleguen simultáneamente al acreedor, por lo que, en la medida en que quepa admitir que la realización de la prestación y su recepción por el acreedor no sean instantáneas, sí resultaría admisible una imputación posterior a la realización de la prestación (pero, siempre, en el intervalo previo a su recepción por su destinatario)⁶⁹.

También aquí, el acuerdo de los interesados puede distorsionar la aplicación de la normativa reguladora, permitiéndose una imputación posterior o, incluso, anterior al pago efectuado⁷⁰.

IV. IMPUTACIÓN POR EL ACREEDOR

El Código Civil parece que en defecto de imputación efectuada por el deudor, permite la realizada por parte del acreedor. En efecto, dispone el artícu-

lo 1172 que «si aceptare (el deudor) del acreedor un recibo en que se hiciese aplicación del pago...».

Este apartado de la normativa comentada plantea, como primera duda interpretativa, la referida a las circunstancias previas que condicionan la admisibilidad de la imputación del acreedor; esto es, si para que resulte eficaz —impidiendo la entrada en juego del art. 1174— es necesario que no exista imputación alguna por parte del deudor o sería también operativa frente una imputación inválida del mismo. En definitiva, lo que nos estamos planteando es la posibilidad de una imputación del acreedor correctora de una previamente efectuada por el deudor, que resulta inválida por oponerse a una disposición legal o convencional aplicable al concreto supuesto.

Pues bien, a este respecto, el Tribunal Supremo, en una vieja sentencia de 4 de noviembre de 1927 admitió que el acreedor modificase la imputación pretendida por el deudor para acomodarla a lo pactado⁷¹, de donde, en principio, cabría colegir una respuesta positiva a la cuestión formulada. No obstante, planteado el problema en sus estrictos términos, habría que concluir que, realmente, en tales casos no nos estaríamos enfrentando con un problema de imputación, si no de exacto cumplimiento de lo pactado o de lo establecido en la norma aplicable: la imputación, por definición, implica la licitud de la elección efectuada por el deudor entre las diversas deudas a las que puede aplicarse el pago, surgiendo la duda de cuál de ellas ha de considerarse extinguida y si, por acuerdo de los interesados o disposición legal, el pago debe vincularse a una concreta, no tendrían cabida las reglas sobre imputación. De este modo, si el deudor pretende extinguir con el pago realizado una deuda distinta de aquella que debe saldarse en primer lugar, no estará imputando, sino conculcando la norma o el pacto; y, de idéntico modo, si al acreedor rectifica el comportamiento anterior y aplica el pago a la deuda correspondiente, tampoco estará imputando, si no cumpliendo con esa legalidad. Así, pues, entendemos que, en sentido técnico jurídico, solo podremos hablar de imputación efectuada por el acreedor cuando no ha existido una declaración de voluntad previa del deudor⁷².

De otra parte, como ya ha quedado indicado de forma reiterada a lo largo del presente trabajo, las normas codificadas sobre imputación poseen un carácter dispositivo, por lo que pueden verse desplazadas por voluntad de los interesados que, además, podrían modalizar la aplicación de las referidas reglas. Así, pese a que del régimen legal aplicable puede deducirse el carácter subsidiario de la imputación efectuada por el acreedor en relación con esta misma facultad del deudor, cabe la posibilidad que los interesados le hayan atribuido un carácter preferente, lo que impediría la aplicación de otras reglas de imputación⁷³.

1. FORMA Y TIEMPO

Al igual que en el caso de la imputación efectuada por el deudor, la que tiene por protagonista al acreedor es también una declaración de voluntad recepticia, de tal modo que su eficacia queda condicionada a su comunicación al deudor⁷⁴.

Pero a diferencia de lo que acontece con la imputación por el deudor, el Código parece restringir las modalidades de la efectuada por el acreedor a la que se materializa a través de la emisión del correspondiente recibo, lo que parece situarnos ante una imputación expresa como única forma admisible.

En cuanto al momento en que ha de producirse esta declaración de voluntad del acreedor, la exigencia de que se manifieste en el recibo condiciona el *tempus* a la emisión de este que, normalmente, tendrá lugar tras la recepción de la prestación. Lo que cabría aquí plantearse es hasta cuando puede el acreedor aplazar la emisión del recibo sin que entren en juego las reglas de imputación legal. Ciertamente, existe algún pronunciamiento judicial que rechaza la imputación del acreedor efectuada varios años después de efectuado el pago⁷⁵. Pero, sin llegar a tales extremos, es lógico pensar que las exigencias impuestas por el principio de seguridad jurídica impiden la prolongación excesiva de ese periodo.

La referencia a esta cuestión, ausente en nuestro Código Civil, no lo está en otras disposiciones reguladoras de esta misma materia, que suelen hablar de un «plazo razonable» para que el acreedor emita su declaración de voluntad proponiendo la imputación del pago efectuado a una concreta deuda⁷⁶. Evidentemente, un plazo como el citado nos sitúa dentro de la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, que no son los mejores aliados de la certeza del Derecho⁷⁷.

En la *Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* se establece una nueva regulación de la imputación de la que, tal vez, pueda extraerse algún indicio en orden a la obtención de alguna solución razonable a la cuestión planteada. En efecto, de acuerdo con la redacción sugerida para el artículo 1163, tras la imputación por el deudor, en el párrafo segundo de la norma se establece como reglas supletorias de primer grado las constitutivas de la imputación legal. De este modo, la propuesta de imputación por parte del acreedor parece pasar a un segundo plano. Tal como está redactado el precepto, no resulta aventurado entender que, para impedir la inmediata aplicación de las reglas de imputación legal, el acreedor, ante el silencio del deudor sobre la deuda que ha de considerarse extinta, ha de actuar con la máxima diligencia procediendo a emitir el recibo correspondiente e indicando en el mismo la aplicación del pago efectuado. Esta interpretación, entiendo, resulta respetuosa tanto con las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica como con la facultad de que pueda ser el acreedor quien proponga la imputación, proporcionado un adecuado equilibrio entre ambos intereses, aparentemente contrapuestos.

2. INEFICACIA

Aún cuando en páginas precedentes nos hemos referido a la imputación efectuada por el acreedor, realmente, el correcto entendimiento del régimen contenido en los artículos 1172 a 1174 del Código Civil, nos llevarían a la rectificación de la afirmación previa, en el sentido de que el acreedor no imputa, si no que se limita a proponer una imputación. De esta forma, es la voluntad del deudor, que acepta el recibo emitido sin formular reservas, la que consolida la extinción de una concreta de las deudas concurrentes.

La cuestión que cabría aquí plantearse es la relativa a las consecuencias jurídicas que se derivarían del rechazo por parte del deudor de la imputación propuesta por el acreedor; esto es, frente a su discrepancia con la voluntad manifestada por el acreedor, ¿puede proponer una imputación diversa o entrarían en juego automáticamente las reglas de imputación legal? En un epígrafe anterior nos hemos referido al momento en el que el deudor debe efectuar su imputación que, según el artículo 1172 del Código Civil, es «al tiempo de efectuar el pago». La posibilidad de efectuar una contrapropuesta a la formulada por el acreedor significaría la apertura para el *solvens* de un nuevo periodo para imputar, lo que no parece encajar en el tenor literal del precepto citado. En mi opinión, y pese a la existencia de opiniones discrepantes dentro de la doctrina⁷⁸, es MANRESA quien centra adecuadamente la cuestión al precisar que «ante todo, la facultad de hacer la imputación (con las salvedades hechas en cuanto al plazo) corresponde al deudor, y dura hasta que hace el pago, en cuyo momento, si no la ha utilizado, se extingue y queda la imputación sometida a las normas legales, a no ser que el acreedor entonces determine aquella y su decisión se acepte por el obligado»⁷⁹. Esta interpretación, por otro lado, iría en la línea de la sugerida en relación con el artículo 1163 de la *Propuesta de modernización*.

Con la tesis propuesta, frente a la imputación efectuada por el acreedor en su recibo, el deudor puede aceptarla o rechazarla, pero si hace esto último, habrían de entrar en juego las reglas de imputación legal, a menos que hubiera mediado pacto sobre el particular, en cuyo caso, la negativa del deudor a aceptar una propuesta de imputación diversa puede ir encaminada a señalar la contractualmente procedente.

Al margen de todas las consideraciones previas, establece el artículo 1172 del Código Civil la posibilidad de que la propuesta de imputación efectuada por el acreedor, aceptada por el deudor, podría quedar sin efecto si hubiere «mediado causa que invalide el contrato», cuestión esta que durante años ha suscitado la duda y la consiguiente polémica doctrina sobre la precisión del «contrato» al que se refería la norma y sobre la posible naturaleza contractual de la imputación derivada del uso de semejante expresión⁸⁰. En efecto, con respecto a la expresión «contrato» contenida en el artículo 1172 *in fine*, cabía plantearse si se estaba

refiriendo al negocio jurídico bilateral del que surgió la deuda a cuya extinción se vinculó el pago efectuado; o bien, a la propia imputación efectuada. Resulta evidente que, en la primera propuesta interpretativa, si el contrato origen de la obligación es nulo, la imputación del pago a una obligación inexistente habría de ser, también, ineficaz. Pero, en la medida en que la indicada es una consecuencia generalmente predicable de cualquier negocio jurídico, la específica inclusión en el tenor del artículo 1172 de una regla como la descrita no estaría en modo alguno justificada. De otra parte, si ese «contrato» del artículo comentado se refiere a la aceptación por el deudor de la propuesta de imputación efectuada por el acreedor, la específica calificación como contractual resulta perturbadora, pues, a partir de la misma, podrían entenderse que la imputación requeriría el acuerdo de voluntades de deudor y acreedor, desnaturalizándose su propia esencia como declaración de voluntad de carácter unilateral.

Pues bien, a fin de no prolongar innecesariamente el presente trabajo con el relato de una polémica en la práctica estéril, ha de concluirse que, interpretado adecuadamente ese «contrato» del 1172, en realidad, semejante expresión ha de entenderse referida a la propia declaración de voluntad del deudor, de modo que resultaría ineficaz la imputación propuesta por el acreedor si en su aceptación por el deudor hubo vicio invalidante⁸¹.

La *Propuesta de modernización* prevé, también, para esta cuestión una respuesta mucho más satisfactoria, al establecer que «Si el deudor aceptare del acreedor un recibo en el que se hiciese la aplicación del pago, no podrá pretender una imputación diferente, a menos que hubiere mediado cualquiera de las causas que invalidan el consentimiento» (art. 1163.3.ª).

Por su parte, las propuestas normativas internacionales a las que nos referimos resuelven esta cuestión en términos diversos, pues, de entrada y a diferencia de lo que acontece en la normativa española, tanto los PECL, como el DCFR y el *Instrumento Opcional* parecen contemplar una verdadera imputación efectuada por el acreedor y no una mera propuesta de la misma: en tales textos, frente a la inactividad del deudor en orden a la aplicación del pago efectuado, la facultad de imputar se desplaza hacia el acreedor, sin que se exija la aceptación por el deudor de la así efectuada⁸². En tales coordenadas, la ineficacia de la imputación efectuada por el acreedor no puede hacerse depender del vicio de la voluntad del deudor (aquí, inexistente), sino de circunstancias que afectan al objeto de la imputación (deuda no vencida, ilícita o litigiosa) o a la voluntad del acreedor que la realiza.

V. LA IMPUTACIÓN «LEGAL»

Como ya ha quedado indicado en páginas precedentes, las reglas de imputación contenidas en el artículo 1174 solo pueden tener aplicación con carácter

subsidiario⁸³; esto es, en ausencia de imputación efectuada por el deudor o propuesta por acreedor y aceptada por aquel⁸⁴. Realmente, no solo en caso de falta de imputación deberían tener aplicación las normas del 1174: también en aquellos casos en los que, por voluntad del deudor —o, en su caso, propuesta del acreedor—, no se haya fijado íntegramente la aplicación del pago efectuado a la satisfacción de una (o varias deudas), respecto de las cantidades sobrantes no imputadas, habría de entrar en juego la denominada «imputación legal». De este modo, cabe la posibilidad de que en un mismo supuesto concurren, simultáneamente, la imputación (parcial) de las partes con la que procede directamente de la normativa codificada.

Dándose tales circunstancias —ausencia total o parcial de imputación—, prevé el Código la aplicación de dos reglas supletorias:

- Imputación a la regla más onerosa para el deudor de entre las que estén vencidas.
- Imputación a todas las deudas a prorrata.

En el ámbito continental europeo, los ordenamientos civiles suelen prever también reglas de imputación supletoriamente aplicables, si bien, no existe plena coincidencia en el contenido de las mismas⁸⁵.

Volviendo a los criterios establecidos por el legislador español para resolver el problema de la aplicación del pago efectuado, es necesario indicar que se encuentra entre sí, también, en una relación de subsidiariedad, de modo que, preferentemente, deberá entenderse extinguida la deuda más onerosa para el deudor. En todo caso, está claro que la correcta aplicación de las disposiciones legales ahora comentadas pasa, necesariamente, por el intento de resolver las dudas interpretativas que plantean algunas de las expresiones utilizadas por el legislador en la concreción de tales reglas.

1. LA «MAYOR ONEROSIDAD»

Por imperativo legal, ese carácter más gravoso para el deudor habrá de buscarse entre las deudas vencidas y puesto que esta última exigencia ya ha sido objeto de específico análisis en otra sede, a ella nos remitimos, evitando, así, reiteraciones innecesarias⁸⁶. En todo caso, el vencimiento de las deudas susceptibles de imputación, tal como está redactado el artículo 1174, funcionaría, no como primer criterio de imputación, sino que sería un *prius*, uno de los elementos constitutivos del supuesto de hecho que permitirían la aplicación de la primera de las reglas de imputación legal⁸⁷. En este sentido, si ninguna de las obligaciones del mismo tipo que ligan a deudor y acreedor ha vencido, en relación con el pago efectuado sin indicación de aplicación alguna por parte

de deudor o acreedor, más que un problema de imputación del pago efectuado, lo que se plantearía, muy posiblemente, es uno de pago indebido o, tal vez, de pago erróneo⁸⁸.

Pues bien, partiendo del carácter vencido de una pluralidad de deudas existentes entre las mismas partes, la realización de un pago que no alcance a cubrir todas ellas sin específica indicación por parte de los sujetos, determinará, de acuerdo con el principio *favor debitoris* que rige en nuestro Derecho obligacional, la imputación del pago efectuado a la deuda más onerosa para el deudor, lo que exigirá un análisis *ad hoc* de las circunstancias concurrentes a fin de pronunciarse sobre la concreta deuda que ha de considerarse, por esta vía, extinguida⁸⁹.

De entrada, un somero examen de las mismas permitirá discriminar entre las deudas en función de la concurrencia en alguna de ellas de factores adicionales que agraven el peso y significación de las mismas sobre el patrimonio del deudor. Así, por ejemplo, la cuantía elevada de los intereses fijados por demora, el establecimiento de garantías o el hecho concreto de que una de las deudas haya sido ya reclamada judicialmente.

La cuestión, qué duda cabe, puede plantear en la práctica no pocas dificultades, pues cabe la posibilidad de que se aprecien en las distintas deudas susceptibles de ser imputadas una pluralidad de elementos de agravación de la responsabilidad del deudor. Así, resulta factible la concurrencia de una deuda garantizada con hipoteca con otra deuda que goce, también, de garantía (por ejemplo, una cláusula penal).

La doctrina especializada, en relación con esta cuestión, ha intentado establecer reglas generales destinadas a priorizar entre los distintos tipos de circunstancias «agravantes», a fin de facilitar la selección de la deuda más onerosa. Así, se ha estimado que las deudas garantizadas son más gravosas para el deudor que las que carecen de garantías⁹⁰; dentro de las garantizadas, serían más onerosas las dotadas de garantía real que las que gozan de garantía personal. Entre las primeras, gozarían de preferencia para ser imputadas por aplicación de la regla analizada, las deudas con garantía inmobiliaria sobre las garantizadas con prenda. De otra parte, las deudas que generen intereses, se afirma que son más onerosas que las que no los produzcan y, entre ellas, la mayor onerosidad estará en función de la cuantía del interés⁹¹.

Pero no son estos los únicos elementos que, según la doctrina, tienen incidencia sobre el grado de onerosidad de la deuda: también la condición de deudor único o solidario es una circunstancia que debe ser valorada, ya que, para el codeudor solidario, en virtud del derecho de regreso que permite esta forma de configuración de la relación crediticia, este tipo de deuda resultaría menos gravosa que la que pesa sobre un único *solvens*⁹². En este mismo orden de consideraciones, se ha entendido que es más gravosa la deuda propia que la que se posee en concepto de fiador⁹³.

Por otro lado, un crédito sobre el que pese una reclamación judicial, incrementa, qué duda cabe, su repercusión negativa sobre el patrimonio del deudor en relación con aquellos otros, vencidos, pero no reclamados⁹⁴.

Pues bien, sin negar la utilidad puntual de las reglas anteriormente enunciadas, su admisión y aplicación indubitadas a un concreto supuesto puede suponer un análisis muy superficial de la cuestión y un perjuicio para el propio deudor al que se pretende favorecer. Piénsese, por ejemplo en la concurrencia de una deuda judicialmente reclamada frente a otra que no lo esté pero que, siendo de mora automática, tenga unos intereses convencionalmente fijados para tal eventualidad muy elevados⁹⁵. Por tales razones, lejos del establecimiento de criterios objetivos y generales que midan la «mayor onerosidad», entiendo que la aplicación del criterio legal exigirá tener en cuenta las cuantías, garantías, intereses, fechas de vencimiento y demás circunstancias concurrentes en la totalidad de las deudas susceptibles de imputación⁹⁶ a fin de pronunciarse acerca de cuál de ellas convendría más al deudor considerar extinguida por el pago efectuado⁹⁷. En relación con ello, debemos realizar una última apreciación, y así, pese a que el término «onerosidad» parecer tener un significado económico, en línea de principio, la exclusión efectuada por BERCOVITZ en relación con las repercusiones morales de las obligaciones imputadas o subsistentes, creo que debe ser objeto de alguna puntualización. En efecto, según este autor, el juicio de valor que exige la aplicación de la primera de las reglas del artículo 1174 debe excluir cualquier consideración que haga referencia al honor, fama o reputación del deudor, salvo cuando estas puedan tener consecuencias económicas⁹⁸. En nuestra opinión, la razón de la referida exclusión, si procede, obedecería exclusivamente a las dificultades de cuantificación del referido daño, y no, *per se*, a la naturaleza del daño en cuestión, por lo que, siendo susceptible de mensura, la repercusión sobre la esfera moral del deudor debe ser tenida en cuenta, también, en orden a la precisión de qué deuda resulta la más onerosa⁹⁹.

En la *Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, el párrafo segundo del artículo 1163 prevé una regulación parcialmente distinta de la materia, al establecer que «A falta de tal declaración (de imputación por parte del deudor), el pago se imputará a la obligación vencida; entre las vencidas, a la más gravosa para el deudor; entre las igualmente gravosas, a la más antigua; y en última instancia, el pago se imputará a las distintas deudas a prorrata». Comparándolo con el texto codificado actualmente vigente, son varias las diferencias que, a estos concretos efectos, pueden apreciarse:

- Ubicación sistemática, ya que las reglas de la denominada «imputación legal» se intercalarían en la *Propuesta* entre la imputación efectuada por el deudor y la que tiene su origen en la voluntad del acreedor.
- Establecimiento como primer criterio de imputación supletorio, al igual que en otros ordenamientos foráneos, el del vencimiento de las deudas¹⁰⁰.

- Sustitución de la expresión «más onerosa» por la de «más gravosa»¹⁰¹.
- Introducción de la antigüedad como criterio de imputación, que se antepondría a la del reparto a prorrata¹⁰².

La regulación de la *Propuesta* española se asemeja de modo considerable a las efectuadas en el ámbito europeo, con la particularidad de que tanto los PECL, como el DCFR y el *Instrumento Opcional*, como segundo criterio supletorio y antes de la mayor onerosidad para el deudor, establecen la aplicación preferente del pago a la obligación que ofrezca menor nivel de garantías para el acreedor¹⁰³. La diferencia de criterio no es baladí, habida cuenta que, de entre las deudas vencidas, estos textos europeos otorgan preferencia a los efectos de la imputación del pago realizado a la deuda menos segura para el acreedor¹⁰⁴, solución esta diametralmente opuesta a la interpretación jurisprudencial que se viene realizando en nuestro país de la «deuda más onerosa para el deudor» que sería, entre nosotros, criterio preferente.

2. LA REGLA DEL PRORRATEO

Como cláusula de cierre, frente a las dificultades de discriminar entre el grado de onerosidad que suponen para el deudor la pluralidad de obligaciones concurrentes, previene el artículo 1174 que el pago efectuado se imputen a todas ellas a prorrata.

La expresión «igual naturaleza y gravamen» que condiciona la aplicación de la regla del prorrateo, probablemente, no sea especialmente afortunada, por cuanto puede restringirla indebidamente. En efecto, dadas las concretas circunstancias del supuesto problemático, es posible que, como ya hemos indicado, se aprecien distintos «agravantes» sobre las deudas susceptibles de imputación que, pese a tener distinta naturaleza, determinen un menoscabo similar en el patrimonio del deudor, en caso de que se produzca su incumplimiento. Por otra parte, también cabe la posibilidad de que sea muy difícil efectuar una razonable previsión comparativa de dichas consecuencias. Por tal razón, la fórmula empleada en la *Propuesta de modificación del Derecho de Obligaciones y Contratos* me parece mucho más correcta por cuanto introduce la regla del prorrateo «en última instancia», sin incluir mayores especificaciones.

La distribución del pago efectuado entre todas las deudas susceptibles de imputación en proporción a las respectivas cuantías —eludiéndose un reparto lineal entre las mismas—, ha sido interpretado por parte de la doctrina en el sentido de entender que la mayor cuantía de una deuda, por sí misma, no implica un mayor grado de onerosidad, ya que, de ser así, en la inmensa mayoría de las ocasiones no había necesidad de acudir a esta última regla de imputación¹⁰⁵.

Lo que sí resulta verdaderamente llamativo es que esta pluralidad de pagos parciales —que, en definitiva, es en lo que se traduce la última regla del art. 1174—, parece entrar en abierta colisión con uno de los principios básicos del cumplimiento, como es el de la exactitud del pago efectuado y, más concretamente, los de integridad e indivisibilidad de la prestación. En efecto, de todos es bien sabido que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1157 del Código Civil, no se entenderá pagada la deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación, disponiendo el artículo 1169.1.º que «a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación». A partir de estas premisas legales, habrá que concluir que el acreedor podría rechazar una imputación del pago efectuado de la que se derive un efecto como el descrito. Dando por buena esta última aseveración, el centro de la cuestión se desplazaría hacia la precisión del momento y forma en que el acreedor puede manifestar su voluntad contraria al pago parcial de las diversas deudas. Recuérdese que en la configuración legal actual, la regla del prorrateo implica que ni el deudor ha efectuado una válida imputación, ni ha llegado a aceptar la propuesta por el acreedor en el correspondiente recibo. En definitiva, el carácter supletorio de la voluntad de las partes de las reglas sobre imputación legal, determinará su aplicación tras la realización del pago y la emisión del correspondiente recibo, por lo que la manifestación en contrario del acreedor, rechazando esa imputación parcial, puede resultar ya extemporánea¹⁰⁶.

La contradicción —al menos, aparente— entre la regla de la indivisibilidad del pago y la cláusula de cierre del artículo 1174 podría obviarse recurriendo al carácter dispositivo que tienen tanto una como otra. Y, en este sentido, tal vez, podría entenderse que cuando el acreedor, frente a la inactividad del deudor en orden a la imputación, no procede a efectuar una propuesta en el sentido que más le convenga, está admitiendo la aplicación de los criterios legales supletorios y, tácitamente, la posible derogación de la norma del 1169. Para la admisibilidad de esta interpretación, no supone un escollo el propio tenor literal del artículo 1169 cuando condiciona la obligatoriedad de aceptar el pago parcial a la voluntad expresamente manifestada en el correspondiente contrato, ya que, en la tesis propuesta, el acreedor no estaba *ab initio* obligado a aceptar ese pago parcial, habiendo podido negarse a una imputación parcial efectuada por el deudor o como contrapropuesta a la por él sugerida en su recibo¹⁰⁷.

La redacción del artículo 1163 de la *Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* me parece mucho más acertada, ya que, al anteponer en su redacción los criterios de imputación legal a la propuesta de imputación efectuada por el acreedor, parece estar advirtiendo a este último, de una forma mucho más clara que en la redacción vigente, de las consecuencias que se derivarían de su inactividad a este respecto.

VI. DEUDA GENERADORA DE INTERESES

De acuerdo con el artículo 1173, si la deuda produce intereses, el pago efectuado no podrá imputarse al capital en tanto los intereses no estén cubiertos. Este precepto, en la actual redacción del Código Civil, resulta distorsionador por varias razones:

- El tenor literal del mismo, aparentemente imperativo, ha planteado ciertas dudas interpretativas en orden a la eficacia de un posible convenio que postergase la aplicación del mismo.
- Frente a los artículos 1172 y 1174 —que contemplan como supuesto fáctico el relativo a la concurrencia de varias deudas entre los mismos sujetos—, el precepto al que ahora hacemos referencia alude, parece, a un problema de imputación planteado por una única deuda (generadora de intereses). En conexión con esta cuestión, el ámbito de aplicación del supuesto, dado su tenor literal, puede resultar, también, un tanto confuso, al menos, en lo que se refiere a su posible incidencia en supuestos de concurrencia de una pluralidad de deudas individualmente generadoras de intereses. De otra parte, no especifica el artículo 1173 a qué tipo de intereses —remuneratorios, moratorios, convencionales, legales— se está refiriendo.
- El artículo 1110 del Código Civil, cuando establece la imposibilidad de que el acreedor que haya efectuado la recepción del capital sin reserva alguna en relación con los intereses pueda posteriormente reclamar estos, resulta, *a priori*, difícil de coherencia con el contenido del artículo 1173.

1. NATURALEZA DEL PRECEPTO

La primera de las cuestiones aludidas, atinentes al posible carácter imperativo de la norma contenida en el artículo 1173 del Código Civil, ya ha sido objeto de comentario en el presente trabajo, en el sentido de afirmarse que, pese a lo que pudiera deducirse de una primera aproximación del texto del precepto, su aplicación queda condicionada —al igual que el resto de artículos constitutivos del régimen codificado de imputación de pagos—, a la inexistencia de pacto sobre la aplicación del efectuado¹⁰⁸. La jurisprudencia que implementa la norma en el sentido indicado es, ciertamente, abundante¹⁰⁹.

En cuanto al *tempus* del pacto que permitiría la imputación de la prestación en un sentido distinto del que inmediatamente se infiere del artículo 1173 del Código Civil, ha de indicarse que no tiene por qué ser necesariamente previo al pago efectuado, pues, como ha observado el Tribunal Supremo, es la recepción del pago imputado a la extinción de la deuda principal, aceptado por las partes,

lo que impide que prospere una posterior reclamación basada en la falta de aplicación del mencionado precepto¹¹⁰.

Por lo que se refiere al fundamento de la disposición en cuestión, según la jurisprudencia de nuestros tribunales, «el artículo 1173 del Código Civil contiene una norma de carácter imperativo y limitativa de la voluntad del deudor para el caso de que, teniendo una sola deuda productora de intereses frente a su acreedor, no puede imputar el pago parcial de lo debido al pago principal sin estar satisfechos los intereses, ya que ello supondría convertir por la sola voluntad del deudor una deuda que produce intereses en una simple, en claro perjuicio del acreedor...»¹¹¹. Por la misma razón, tampoco resulta admisible que sea el Tribunal, la Sala sentenciadora, la que adopte la decisión de alterar la deuda en el sentido anteriormente indicado¹¹².

A partir de lo reseñado, y coherentemente con la tesis expuesta, estimamos sustancialmente erróneas aquellas otras que hacen depender la aplicación del 1173, no de la inexistencia del pacto en contrario, sino de la ausencia de declaración al respecto por parte del deudor. En efecto, existe todo un cuerpo de doctrina jurisprudencial que convierte al hecho de que el *solvens* no haya concretado el destino del pago, en la razón esencial y última que obligaría a la imputación preferente a los intereses, antes que al capital¹¹³. Por el contrario, estimamos que, de darse el supuesto de hecho del artículo 1173, esto es, deuda generadora de intereses con pago en cuantía insuficiente para la cobertura total, en ausencia de pacto previo, el deudor podrá intentar la imputación al capital antes que a los intereses, pero tal derogación de la norma contenida en el precepto comentado exigirá la voluntad conforme del acreedor, siendo en cualquier otro caso improcedente.

A fin de despejar las dudas que —sobre todo, en el ámbito jurisprudencial— parecen existir sobre el particular, sería conveniente que, en una reforma futura de la norma, se incidiese sobre la imposibilidad de que operase una derogación de su contenido por voluntad unilateral. En tal sentido, la opción seguida por la *Propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, nos parece que cumple con estas expectativas, al sugerir como posible texto sustitutivo del actual 1173, una nueva redacción —art. 1164—, de acuerdo con la cual, «cuando, junto al capital, el deudor deba satisfacer gastos e intereses, no podrá imputar el pago al capital mientras no estén cubiertos primero los gastos y después los intereses; el acreedor podrá rechazar el pago ofrecido por el deudor con una aplicación que contravenga la regla anterior». De este modo, el «no podrá» del 1164 propuesto, frente «al no podrá estimarse» del actual 1173, unida a la expresa referencia a la posibilidad de rechazo por parte del acreedor en el primero, cumplen sobradamente con la función aclaratoria encomendada. El tratamiento de la cuestión, desde la perspectiva analizada, también resulta nítido en los PECL, en el DEFR y en el *Instrumento Opcional*¹¹⁴, así como en otros ordenamientos europeos¹¹⁵.

2. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

Frente a los supuestos contemplados en los artículos 1172 y 1174 —que proporcionan reglas para solventar los supuestos de pago incompleto cuando concurre una pluralidad de deudas entre las mismas partes—, el 1173 parece referirse al supuesto de una sola obligación generadora de intereses. Sin embargo, el correcto entendimiento de esta última norma exige tenerla en consideración, no solo en el caso de una unidad obligacional, sino, también, en todos aquellos otros supuestos de concurrencia de deudas, algunas de las cuales (o todas ellas) produzcan intereses. En otros términos, pese a lo que pudiera concluirse en una primera aproximación al texto de los preceptos del Código sobre imputación, la regla del 1173 no se refiere a un supuesto diverso del contemplado en los artículos 1172 ó 1174, sino que proporciona una regla de general aplicación invocable toda vez que la deuda principal produzca frutos civiles. De este modo, resulta perfectamente imaginable un supuesto de concurrencia de pluralidad de obligaciones entre las mismas partes, siendo así que, de algunas de esas obligaciones, resulte la obligación de pagar intereses. Pues bien, el deudor, al efectuar un pago insuficiente para la cobertura de todas ellas, en ausencia de pacto sobre el particular, puede proceder, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1172, a imputar el pago a cualquiera de esas obligaciones. Y podría proponer la afección del pago realizado a la extinción de la deuda de capital antes que a los intereses, pero, conforme a lo establecido por el artículo 1173 —insistimos, en ausencia de pacto— el acreedor podría rechazar el destino del pago fijado por el *solvens*. En el mismo sentido, si nos hallásemos ante un supuesto de imputación del pago a propuesta del acreedor, en caso de que hubiere extendido recibo aplicando el pago recibido a la extinción de la deuda de capital sin estar cubiertos los intereses, habría que interpretar que, al proceder así, está renunciando a la facultad que, *ex* artículo 1173, le permitiría exigir una imputación prioritaria a la deuda de intereses.

Ahora bien, en caso de que varias de las deudas concurrentes produzcan intereses, el correcto entendimiento del artículo 1173, en nuestra opinión, no autorizaría al acreedor, sobre la base de lo dispuesto en tal precepto, a negarse a considerar extinguida ninguna de las deudas de capital en tanto no estén cubiertos todos los intereses devengados por las distintas deudas. Por el contrario, entendemos que el sentido del 1173 en relación con la hipótesis normativa del 1172 es otro: de entre la totalidad de las deudas concurrentes, el deudor podrá seleccionar aquella a la que va a vincular el pago realizado y, si esta produce intereses, la prestación primero se aplicará a la extinción de los intereses y, el exceso, a la amortización del capital, salvo que el acreedor acepte una imputación diversa.

Però la eficacia de este precepto no se limita al supuesto normativo del 1172; por el contrario, también si la determinación de la deuda extinguida ha de

efectuarse por la aplicación supletoria de los criterios del artículo 1174, habrá de aplicarse preferentemente el pago a los intereses antes que al capital. Y, al igual que en relación con el artículo 1172, tampoco aquí la existencia de intereses desvirtúa el orden de imputación establecido por la norma, sino que modaliza la aplicación del pago dentro de la deuda que resulte preferente en caso de que genere intereses. En otras palabras, de darse el supuesto de hecho que permite la invocación del artículo 1174 del Código Civil, el pago deberá imputarse a la deuda que resulte más onerosa para el deudor y, dentro de la misma, si genera intereses, antes a la satisfacción de estos que del capital.

De otra parte, en cuanto al tipo de intereses que permitiría al acreedor la invocación del artículo 1173, la cuestión ha suscitado ciertas dudas dentro de la jurisprudencia¹¹⁶, si bien, puesto que la norma no establece ningún tipo de distinción, nos parece sustancialmente correcta la afirmación doctrinal relativa a la aplicación del precepto comentado a toda clase de intereses, sean estos moratorios o compensatorios, convencionales o legales¹¹⁷.

Las dudas jurisprudenciales también se han reiterado en relación con la posible aplicación del 1173 en el ámbito de la ejecución hipotecaria. Y así, no son pocas las sentencias que, alegando la existencia de normas especiales en esta sede, afirman que no quedaría hueco para la aplicación del mencionado precepto¹¹⁸. No obstante, no es este un criterio unánime y, en sentido opuesto, ha declarado el Tribunal Supremo que «...la cantidad obtenida en la subasta se imputa a los intereses, completos, y a parte del capital...»¹¹⁹.

Nuevamente aquí, la *Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, en la redacción sugerida para el artículo 1164 del Código Civil, permite solventar buena parte de las dificultades interpretativas que plantea el actual artículo 1173 en lo que a su ámbito objetivo de aplicación se refiere, ya que, al enunciar la regla de postposición de la deuda de capital en orden a su imputación, lo hace, no intercalándola entre la imputación voluntaria y la legal, sino en precepto aparte y tras la redacción de las referidas reglas. De este modo, en la propuesta normativa resulta meridianamente claro que la regla en cuestión despliega su eficacia tanto en uno como en otro tipo de imputación. Pero, además, el texto legal sugerido añade un plus, en cuanto contiene una mención expresa a los gastos, cuya cobertura habría de efectuar en primer lugar (desplazando la imputación de los intereses a un segundo puesto y, consecuentemente, la amortización del capital a un tercero).

¿A qué tipo de gastos se estaría refiriendo ese nuevo artículo 1164? La inmediatez de la norma contenida en el artículo siguiente, hacen pensar que esos gastos son los que ocasione el pago que, según el artículo 1165, serán de cuenta del deudor.

3. ARTÍCULO 1173 *VERSUS* ARTÍCULO 1110

Una interpretación literal del artículo 1110, qué duda cabe, podría representar un serio escollo para la admisión del carácter dispositivo de la norma contenida en el artículo 1173. En efecto, de acuerdo con el primero de los mencionados preceptos, el recibo del capital sin reserva en relación a los intereses, extingue la obligación del deudor en relación a estos últimos, por lo que, o bien se le asigna al orden de imputación del artículo 1173 un carácter imperativo, o bien, si el acreedor permite la imputación prioritaria al capital, a menos que expresamente introdujera la correspondiente cautela reservándose su derecho sobre los intereses, se produciría, *ex artículo 1110 del Código Civil*, la extinción del derecho sobre los mismos. Habría, según este precepto, una especie de condonación tácita de la referida obligación¹²⁰.

Las consecuencias de lo indicado no son, ni mucho menos, intrascendentes: si, como hemos sostenido reiteradamente aquí, la regla del artículo 1173 no tiene carácter imperativo, el acreedor debería ser consciente de que cuando acepta una imputación del pago efectuado al capital antes que a los intereses, salvo que introduzca las reservas oportunas, estaría condonando estos últimos. De este modo, su aceptación de la imputación propuesta, sin introducir las correspondientes reservas, implicaría no solo la alteración de la secuencia de pago (primero capital y, después, intereses), sino la renuncia al cobro de estos últimos.

Enfrentada con esta cuestión, la doctrina patria ha efectuado una interpretación correctora del artículo 1110, en el sentido de que, pese a su tenor literal claramente imperativo, entiende que lo establecido en el referido precepto no es una presunción *iuris et de iure*¹²¹ de extinción de los intereses, sino, tan solo, *iuris tantum*¹²².

También aquí, la *Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* sugiere una nueva redacción para el artículo 1110 —convertido en la *Propuesta* en el art. 1169— que, en buena medida, permitiría superar las dudas interpretativas antes aludidas, al atribuir expresamente a esos pagos imputados al capital o al último plazo, el valor de simple presunción de cumplimiento de la obligación de intereses o de los plazos anteriores, respectivamente.

Tal vez, pensando en una futura reforma, junto con el carácter meramente presuntivo de la extinción de los intereses cuando se imputase el pago al capital, la correcta interpretación de ambas disposiciones se facilitara si se incluyesen en un único precepto en el que, después de prever la aplicación preferente a los intereses (o a los gastos, en su caso), antes que al capital; se indicara que, al aceptarse una fórmula de imputación diversa, se presumiría *iuris tantum* la extinción de las deudas preteridas¹²³.

VII. CONCLUSIONES: PROPUESTA DE REFORMA

El estudio previamente realizado sobre el régimen legal codificado de la imputación de pagos nos ha permitido detectar la existencia de graves problemas interpretativos que, doctrina y jurisprudencia, enfrentadas con la aplicación de tales preceptos, han tenido que soslayar. De un tiempo a esta parte parece que soplan vientos de reforma —tanto internos como procedentes de Europa— y aun cuando parece que ahora mismo atravesamos un periodo de cierta calma —de iniciativas legislativas en esta materia, se entiende— puede resultar útil la reflexión sobre la misma. De este modo, en caso de activarse el proceso tendente a la modificación, podríamos evitar algo tan español como es la improvisación (que si bien en determinados ámbitos puede resultar creativa y deseable; conviene tenerla lo más alejada posible del terreno jurídico).

De acuerdo con ello, y teniendo en cuenta las conclusiones parciales que hemos ido decantando a lo largo del desarrollo del presente trabajo, creemos que sería conveniente una modificación de los preceptos codificados reguladores de la imputación de pagos en el sentido siguiente:

- Expresa indicación del carácter dispositivo de la correspondiente normativa.
- Incluir en un solo artículo los distintos supuestos de imputación (esto es, por indicación del deudor, a propuesta del acreedor legal); y dejar en otro parte la regulación prevista para la deuda de intereses.
- Sustitución de la mención expresa al deudor por la de «parte pasiva».
- Si esa es la opción legislativa que se estima más adecuada, indicación de que también cabe imputación respecto de deudas que no tengan un origen autónomo.
- Precisar si el vencimiento de las deudas imputables constituye o no un requisito previo a la aplicación de cualquier fórmula de imputación.
- Intercalar la imputación legal entre la efectuada por el deudor y la propuesta por el acreedor, a fin de advertir más claramente a este último de las consecuencias de su inactividad y estimularle a una rápida propuesta (si es lo que conviene a sus intereses).
- En cuanto a las concretas reglas de imputación legal, subrayar el carácter de cláusula de cierre de la imputación a prorrata, mediante la indicación de que procedería en todos aquellos casos en los que no resulten de aplicación las anteriores reglas.
- Refundir en un único precepto las normas contenidas en los actuales artículos 1173 y 1110 del Código Civil.

Por razones de obligada prudencia, la parte conclusiva de nuestro trabajo no debería ir más allá de efectuar estas sugerencias, sin entrar en la formulación

de concretas propuestas. Tales eran nuestras iniciales aspiraciones, dirigidas a proporcionar un material lo suficientemente sugestivo como para inducir a la reflexión y a su estudio posterior. No obstante, dar por cerrado el trabajo con estas indicaciones generales me genera la inquietud que produce la tarea inconclusa. Por ello, asumiendo el riesgo de errar en mis apreciaciones y pecar de atrevimiento, propondría una reformulación de los preceptos estudiados en los términos siguientes:

«1. A falta de acuerdo de los interesados y sin perjuicio de lo establecido por la ley para supuestos especiales, la parte que tuviere varias deudas (vencidas), procedentes o no de un mismo contrato, a favor de un mismo acreedor podrá declarar, al tiempo de hacer un pago que no alcance para la extinción de todas ellas, a cuál debe aplicarse.

2. En ausencia de tal declaración, la imputación se efectuará:

- a) A la deuda más gravosa para el deudor.
- b) Si no puede aplicarse regla anterior, se imputará el pago a la deuda más antigua.
- c) En última instancia, se imputará el pago a todas las deudas a prorrata.

3. Si el deudor aceptare del acreedor un recibo en el que se hiciese la aplicación del pago, no podrá pretender una imputación diferente».

«Cuando, junto con el capital, la parte deudora deba satisfacer gastos e intereses, no podrá imputar el pago al capital mientras no estén cubiertos primero los gastos y, después, los intereses.

El acreedor podrá rechazar el pago ofrecido por el deudor en un sentido diverso, de tal modo que, si no lo hace, se presumirán pagados los gastos e intereses, a menos que formule la correspondiente reserva.

La misma regla se aplicará cuando, tratándose de prestaciones periódicas, el acreedor acepte la imputación efectuada por la parte deudora al último plazo».

VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, II, vol. I, 8.^a ed., Bosch, Barcelona, 1989.

ATAZ LÓPEZ, J.: «Comentario a la sentencia de 10 de julio de 1990», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 24, septiembre/diciembre de 1990, págs. 873 y sigs.

BERCOVITZ, R.: *La imputación de pagos*, Montecorvo, Madrid, 1973.

— *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. BERCOVITZ, 3.^a ed., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 1398 a 1405.

- BERCOVITZ, R. y VALLADARES, E.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 1.º, 2.ª ed., EDERSA, Madrid, 1991, págs. 199 a 258.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: *Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 2009.
- CRISTÓBAL MONTES, A.: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1986.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, Las relaciones obligatorias, Civitas, Madrid, 1993.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M.: *Los principios del Derecho Europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- ENNECCERUS, L.: *Derecho de Obligaciones*, revisada por L. LEHMANN, traducción de la 35.ª edición a cargo de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, vol. I, Bosch, Barcelona, 1954.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: «El pago o cumplimiento de la obligación (II)», en VV.AA., *Manual de Derecho Civil*, II, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- HERNÁNDEZ-GIL, A.: *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960.
- LANDO, O. y BEALE, H.: *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
- MANRESA, J. M. y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VIII, vol. I, Reus, Madrid, 1967, págs. 692 a 700.
- MORATILLA GALÁN, I.: «La imputación de pagos presupone la existencia de varias deudas contra el mismo obligado y a favor del mismo acreedor», en *RCDI*, núm. 706, 1984, págs. 933 a 937.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (actualizado por N. ÁLVAREZ LATA): «Comentarios a los artículos 1172 a 1174 del Código Civil», en *Jurisprudencia Civil comentada*, dirigidos por M. PASQUAU LIAÑO, 2.ª ed., Tomo II, Comares, Granada, 2009, págs. 2137 a 2140.
- NANCLARES VALLE, J.: «Libro III. Obligaciones y Derechos», en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, coordinado por E. VALPUESTA, Bosch, Barcelona, 2011, págs. 163 y sigs.
- PASCUAL ESTEVILL, L.: *El pago*, Bosch, Barcelona, 1986.
- VON BAR, C. and CLIVE, E.: *Draft Common Frame of Reference, Outline Edition*, Prepared by Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Sellier, Munich, 2009.

NOTAS

¹ La amplitud de tal afirmación debe ser corregida, por cuanto nuestro trabajo va a estar centrado en el régimen de la imputación de pagos del Código Civil. Como es bien sabido, en nuestro Derecho positivo es posible encontrar referencias a la imputación en otros cuerpos normativos. Así, el artículo 318 del Código de Comercio señala que «el recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto a los mismos. Las entregas a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán en primer término al pago de intereses por orden de vencimiento y después al del capital».

Por su parte, el artículo 29 de la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) establece que «sin perjuicio de las especialidades previstas

en esta Ley para los aplazamientos y en el ordenamiento jurídico para el deudor incurso en procedimiento concursal, el cobro parcial de la deuda apremiada se imputará, en primer lugar, al pago de la que hubiera sido objeto del embargo o garantía cuya ejecución haya producido dicho cobro y, luego, al resto de la deuda. Tanto en un caso como en otro, el cobro se aplicará primero a las costas y, luego, a los títulos más antiguos, distribuyéndose proporcionalmente el importe entre principal, recargo e intereses». También en materia fiscal, el artículo 63 de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre) contiene específicas precisiones sobre imputación de pagos, así como el artículo 218 de la Ley concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), en relación con créditos procedentes de bienes del deudor situados en el extranjero. Con un ámbito de aplicación restringido a los territorios correspondientes, son también normas de imputación de pagos las contenidas en los artículos 62 de la Norma Foral General Tributaria de Alava (Norma Foral 6/2005, de 28 de febrero), y 62 y 61 de las Normas Forales Generales Tributarias de Guipúzcoa y Vizcaya (Norma Foral 2/2005, de 8 de marzo y 2/2005, de 10 de marzo, respectivamente).

² Ni lícito, a menos que se atribuyera al recurso al régimen legal la eficacia de un acuerdo novatorio, lo que implicaría una alteración de la naturaleza que —al menos, en línea de principio— cabría predicar de las normas legales codificadas objeto de estudio.

³ A. CRISTÓBAL, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, editorial Tecnos, Madrid, 1986, pág. 135. Por su parte, J. M. MANRESA, en sus *Comentarios al Código Civil Español* (Reus, S. A., Madrid, 1967, tomo VIII, vol. I, pág. 696), atribuye expresamente ese carácter dispositivo a las reglas contenidas en el artículo 1174.

⁴ STS de 22 de febrero de 1988 (RJ 1988/1270). En sentido análogo se había resuelto la cuestión en la STS de 23 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8642): «...la prueba practicada en autos ha acreditado de forma indubitada que el Banco actor recibió la orden de abono del Banco de Bilbao sin especificar la cuenta en que debería ser abonada, pero siendo el ordenante de la dicha transferencia el Gerente de la sociedad demandada, la aplicación y abono hechos por el Banco Español de Crédito de Cáceres al cumplimentar la orden de abono a «TYDASA, S. A.» en el saldo deudor de una de las cuentas (beneficiándose dicha entidad puntual y oportunamente del abono efectuado) se ajusta a las reglas sobre imputación de pagos contractualmente pactadas y no infringe las normas que rigen en el contrato de cuenta corriente». Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999/7996), afirmó que: «El motivo cuarto del recurso —al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— por quebrantamiento, ante su inaplicación, del artículo 1174 del Código Civil, debido a que, según reprocha, la sentencia traída a casación no ha considerado que había que entender satisfecha la deuda más onerosa, esto es, el capital, en vez de los intereses ... se desestima porque la cuestión relativa a la liquidación de los intereses se resolvió en la instancia de conformidad con lo acordado en la cláusula tercera del contrato de compraventa, donde se estableció que la cantidad que restase por pagar del precio al inicio del tercer año (19 de enero de 1990) devengaría a favor del vendedor un interés anual del 8 por 100, que constituye una respuesta pactada y autorizada por el artículo 1255 del Código Civil y que, por consiguiente, hace inaplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 1174 de dicho Texto Legal».

⁵ Y en buena parte de otros foráneos. Así, a título meramente ejemplificativo, pueden citarse los artículos 1253 a 1256 del *Code*; parágrafos 366 y 367 BGB; artículos 1193 a 1195 del *Codice Civile*, o los artículos 783 a 785 del Código Civil portugués.

⁶ *Draft Common Frame of Reference, Outline Edition*, Prepared by Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), edited by VON BAR, Christian and CLIVE, Eric, Sellier, Munich, 2009.

⁷ 11-10-2011. COM 2011. 635 final. 2011/0284 COD.

⁸ «El que tuviere varias deudas... a favor de un solo acreedor...».

⁹ Pese a la proximidad que, como más tarde tendremos ocasión de comprobar, existe en ciertos aspectos entre imputación de pagos y compensación, obviamente, en lo que a los sujetos se refiere, el supuesto planteado difiere sustancialmente del que permite la aplicación de las

reglas sobre compensación ya que, a diferencia de lo que acontece en esta última, para que proceda la imputación, en las diversas obligaciones concurrentes no se intercambian las posiciones de deudor y acreedor, siendo así que el sujeto activo ocupa idéntica posición en todas las obligaciones sometidas a posible imputación y lo mismo sucede en relación con el sujeto pasivo.

¹⁰ R. BERCOVITZ, en sus *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters, 3.^a ed., Pamplona, 2009, pág. 1399, señala que: «...la pluralidad de acreedores no es obstáculo para una aplicación analógica de los artículos 1172 a 1174 cuando dicha pluralidad plantee el problema de cuál de los acreedores quedará total o parcialmente satisfecho con la prestación realizada... Se puede decir lo mismo sobre los casos de pluralidad de deudores». I. MORATILLA GALÁN, «La imputación de pagos presupone la existencia de varias deudas contra el mismo obligado y a favor del mismo acreedor», en *RCDI*, núm. 706, 1984, págs. 933 a 937, concretamente la pág. 934, llega a idéntica conclusión relativa a la posible aplicación de las reglas de imputación de pagos en caso de existencia de pluralidad de sujetos activos o pasivos, pero lo hace partiendo de un enfoque de la cuestión sustancialmente diverso. En concreto, esta autora, con base en el carácter dispositivo y el juego de la autonomía de la voluntad de los implicados, admite el pacto sobre el particular, lo que, evidentemente, modalizaría *ad hoc* las exigencias legales que condicionan la aplicación de los preceptos comentados.

¹¹ *Ob. cit.*, pág. 693.

¹² En cambio, si se trata de obligaciones parciarias, la pluralidad de sujetos resultaría incompatible con las reglas de imputación ya que, en tales hipótesis, «el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros» (art. 1138 CC).

¹³ Lo que, probablemente, obligaría a la introducción de alguna regla específica en relación con la imputación efectuada por uno de los codeudores solidarios.

¹⁴ R. BERCOVITZ, *La imputación de pagos*, Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 60 y 61. Según este autor, «...estos supuestos plantean un problema de imputación del que depende la liberación total o parcial de unos o de otros deudores. Ciertamente el artículo 1172 se refiere a *el que tuviere varias deudas* y que el artículo 1174 habla de *la deuda más onerosa al deudor*. Pero ello no es obstáculo para una aplicación analógica de los artículos 1172 a 1174 del Código Civil a los supuestos ahora contemplados, puesto que plantean fundamentalmente el mismo problema, no hay otras normas positivas a las que acudir y, lo que es más importante, no parece que haya ninguna variante con respecto al caso de deudor singular que haga inadecuadas aquí las reglas derivadas de aquellos artículos».

¹⁵ Según este autor, «...tampoco resulta admisible el parecer de BERCOVITZ, y ello aunque se aceptase, lo que no es procedente, que cabe considerar tercero a los efectos del pago a uno de los deudores de una obligación mancomunada o indivisible, o al fiador. Cuando el que cumple la obligación sea uno de estos sujetos su situación jurídica respecto a los otros implicados en el débito se reglará, no por las pautas de la imputación de pagos, sino por las relativas a las obligaciones mancomunadas, a las indivisibles o a la fianza. Mientras que si el pago de la deuda ajena es realizado por un genuino tercero..., aparte de que no se alcanza a ver cómo cabe hablar en tal caso de pluralidad de deudores, la situación cae bajo los dictados de los artículos 1158 y 1159 del Código Civil...» (*ob. cit.*, pág. 132). A la misma orientación responden las tesis de L. PASCUAL ESTEVILL, «La interpretación del número 1 del artículo 1172 no autoriza, a nuestro juicio, otra lectura, en lo que a los sujetos de la relación se refiere, que la afirmación consistente en que solo son dos los personajes de la trama obligaciones (acreedor y deudor), de lo contrario, dicen DÍEZ PICAZO y BELTRÁN DE HEREDIA, se trataría, más bien, de supuestos de pluralidad de sujetos en sus formas de mancomunidad o de solidaridad» (*El pago*, Bosch, Barcelona, 1986, pág. 344).

¹⁶ *La imputación de pagos*, cit., pág. 61.

¹⁷ *La imputación de pagos*, cit., pág. 60.

¹⁸ En un sentido análogo, M. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, vol. I, 8.^a ed., Bosch, Barcelona, 1989, págs. 145 y 146: «...puede ocurrir que... pagando el deudor, no lo haga como tal, sino como tercero que paga la deuda igual que la suya, que hacia el mismo acreedor tiene

otra persona. Indiscutiblemente, que mientras que el que paga sea deudor se presumirá que paga su propia deuda; pero, queriendo, puede imputar el pago a la de otro deudor».

¹⁹ Fuera del ejemplo propuesto, habrá que convenir que resulta bastante difícil encontrar otros casos análogos en los que pudiera plantearse una extensiva aplicación de las reglas de imputación del pago efectuado por un tercero en relación con las deudas del mismo tipo que, varias personas, tengan a favor del mismo acreedor.

²⁰ Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 2009.

²¹ En efecto, conforme al propuesto artículo 1163.1.º, «El que tuviere varias deudas de la misma especie a favor de un mismo acreedor podrá declarar, al tiempo de hacer un pago no bastante para extinguirlas todas, a cuál de ellas debe aplicarse».

²² Así, a título meramente ejemplificativo, en el *Code* se establece que: «El deudor de varias deudas tendrá el derecho a declarar, cuando pague, la deuda que entienda saldada» (art. 1253). Por su parte, el parágrafo 366.1.º BGB señala que: «Si el deudor está obligado frente al acreedor a prestaciones del mismo tipo derivadas de diversas relaciones obligatorias y lo que él presta no basta para satisfacer la totalidad de las deudas, será satisfecha la deuda que él determine en la prestación» (*Código Civil alemán y Ley de introducción al Código Civil*, traducción de LAMARCA MARQUÉS, Albert, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008); en tanto que el artículo 1193 del Código Civil italiano prevé que: «Chi ha più debiti della medesima specie verso la stessa persona può dichiarare, quando paga, quale debito intende soddisfare. In mancanza di tale dichiarazione, il pagamento deve essere imputato al debito scaduto; tra più debiti scaduti, a quello meno garantito; tra più debiti ugualmente garantiti, al più oneroso per il debitore; tra i più debiti ugualmente onerosi, al più antico. Se tali criteri non soccorrono, l'imputazione è fatta proporzionalmente ai vari debiti».

²³ Con semejante dominación nos estamos refiriendo, básicamente, a los distintos textos que, en la última década, se vienen sucediendo con la pretensión de servir de unificación a la contratación europea. Por razones de proximidad y obligada brevedad, limitaremos nuestra cita a los *Principios de Derecho Contractual Europeo*, basados en los trabajos de la Comisión de Derecho Contractual Europeo, dirigida por O. LANDO y H. BEALE (publicadas en España las partes I y II por el Consejo General del Notariado, Madrid, 2003); así como al DCFR y al *Instrumento Opcional*, ya citados. Ello, sin perjuicio de una puntual referencia a otros textos internacionales en la medida en que resulte precisa.

²⁴ En tanto que en el *Instrumento Opcional*, por razones obvias, los sujetos implicados en el problema de la imputación de pagos son designados con las denominaciones de «comprador» y «vendedor» (art. 128).

²⁵ Así, por ejemplo, en la STS de 11 de mayo de 1984 (*RJ* 1984/2407), se rechazó la aplicación de las reglas de imputación, entre otras razones, porque las deudas concurrentes tenían distintos acreedores: «...es palmario que la imputación de pagos, manifestada en una declaración de voluntad receptiva en principio correspondiente al deudor sobre el destino de la prestación que realiza, presupone la existencia de varias deudas contra el mismo obligado y a favor del mismo acreedor, según lo indica en su párrafo 1.º aquel precepto que «empieza por reconocer la facultad del deudor, al tiempo del pago para declarar a qué deuda de las pendientes ha de aplicarse» —sentencia de 13 de mayo de 1969 (*RJ* 1969/2478)—, y así lo imponían también los textos del derecho histórico, según puede leerse en la ley primera, título 3, libro 46 del Digesto («quoties quis debitor ex pluribus causis unum solvit debitum, est in arbitrio solventis dicere quod potius debitum voluerit solutum»), fundamental requisito que no concurre en el caso debatido por tratarse de situaciones bien diferenciadas en su origen y en su manifestación cronológica. 2.ª) La sentencia combatida entiende con acierto que los pagos en cuantía de 20.000 ptas. mensuales responden a un contrato de arrendamiento de servicios profesionales de aparejador, concertado con señalada anterioridad y con plena independencia del que motiva la reclamación, pues este data de mediados del año 1976 mientras que aquel se celebró en marzo de 1975, y los respectivos objetos son distintos, sin que en los términos del primeramente convenido pueda englobarse el informe técnico de que se trata...».

²⁶ *La imputación de pagos*, cit., págs. 43 y sigs. Más específicamente, en la página 49 de este trabajo, BERCOVITZ indica que: «es en los supuestos de representación donde más clara parece la necesidad de acudir a las reglas de la imputación de pagos para atribuir la prestación ejecutada por el deudor a una determinada obligación. En efecto, tanto el mandatario como el representante legal o el gestor de negocios ajenos, pueden ser acreedores de una misma persona en nombre propio y en nombre ajeno, o como representante de diversos acreedores». Con anterioridad, MANRESA (*ob. cit.*, pág. 493), había admitido la posibilidad de imputación en el caso de la representación, pero sin efectuar ningún tipo de aclaración adicional más allá de la indicación que debía ser el representante el que debía recibir el pago para que surgiera la necesidad de imputar.

²⁷ La *Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, de la Comisión General de Codificación, contempla la modificación del artículo 1684 pero en un aspecto puramente formal, en cuanto, por razones evidentes, sustituye la referencia al artículo 1172 contenida en el párrafo segundo de aquel precepto, por una remisión al artículo 1163 que sería, en la *Propuesta*, el equivalente al actual 1172.

²⁸ *RJ* 1998/1519. En el caso enjuiciado en esta sentencia se estimó que, puesto que uno de los acreedores era una entidad bancaria filial de la otra entidad también acreedora, realmente no concurrían una pluralidad subjetiva activa.

²⁹ «La referencia al artículo 1172, a tenor del contenido del apartado a), deberá entenderse como infracción por inaplicación, dato este que, de cualquier manera, es irrelevante, ya que la cita de tal precepto carece de sentido desde el momento en que la Sala *a quo*, como ya lo hiciera el Juzgado de Instancia, considera acreditado que la entrega del talón por importe de 2.308.085 pesetas, tuvo como finalidad la amortización de otros débitos, por tanto, la existencia de dos deudas diferenciadas, una, entre el actor y la sociedad Promyteco, S. A., y otra, entre el primero y los señores O. B. y O. G., venía a imposibilitar la aplicación, en un sentido u otro, del artículo 1172 al no estarse en presencia de un caso de imputación de pagos»: STS de 10 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989/7865).

³⁰ *La imputación...*, cit., págs. 50 y 51.

³¹ *La imputación...*, cit., pág. 54.

³² *Cit.*, pág. 59.

³³ Tesis apuntada por CRISTÓBAL, *ob. cit.*, pág. 132.

³⁴ Así, por ejemplo, previene el artículo 1715, en sede de mandato, que «no se considerarán traspasados los límites del mandato si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por este»; o el artículo 1719.2.º, que obliga al mandante a hacer, en ausencia de instrucciones del mandante, todo lo que, «según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia». En el mismo sentido propugnado en el texto, previene el artículo 1720 que «todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo». También apunta a esa protección de los intereses del representado el establecimiento legal de la responsabilidad solidaria de la pluralidad de mandantes del artículo 1723. Por su parte, de acuerdo con el artículo 1891 del Código Civil, «el gestor de negocios responderá del caso fortuito cuando acometa operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese costumbre de hacer, o cuando hubiese pospuesto el interés de este al suyo propio».

³⁵ *El pago o cumplimiento...*, cit., pág. 133.

³⁶ Entre otras, STS de 7 de diciembre de 1982 (*RJ* 1982/7463). Basándonos en el tenor literal del precepto, los pronunciamientos contenidos en la STS de 27 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006/8630) nos parecen verdaderamente críticos, por cuanto se rechaza la aplicación de las reglas de imputación en un supuesto en el que, a tenor de los hechos descritos, debían tener cabida: «según el recurrente, son de aplicación las reglas sobre la imputación de pagos, previstas en los artículos 1172 a 1174 del Código Civil, y, al no haberse pactado nada al respecto, ni aplicación concreta del pago, debe este atribuirse a la deuda mas onerosa, es decir, al abono de la obligación que generaba intereses, es decir, al precio del contrato de compraventa de maquinaria agrícola —se desestima porque la norma señalada como infringida carece de

aplicación a este supuesto—, toda vez que, de una parte, se refiere al caso de que alguien tuviese varias deudas de una misma especie en favor de un solo acreedor, que no es el aquí contemplado, donde nos encontramos ante dos débitos distintos, procedentes de los impagos de las rentas de un arrendamiento de fincas y de una compraventa de maquinaria agrícola, y de otra, el deudor, en el momento del pago parcial, no ha manifestado a cual de ellas debía imputarse». Se trataba, tal como se indica en el párrafo transcrito, de dos obligaciones diversas que, en cuanto a su concreto contenido, consistían en el pago de una suma monetaria, por lo que, cumpliéndose los demás requisitos exigidos para que proceda la aplicación de las reglas de imputación, la pretensión de los recurrentes nos parecía sustancialmente correcta.

³⁷ Evidentemente, utilizamos aquí el término «fungible», no en el sentido del artículo 337 del Código Civil, sino en el de cosa sustituible por otra de idénticas características.

³⁸ Y, dentro del mismo género, de idéntica calidad, si esta se hubiese designado: artículo 1196.2.º, por analogía. Sobre la vinculación entre imputación de pagos y compensación, véase el artículo 1201 del Código Civil.

³⁹ La existencia del propio artículo 1173 constituye una buena prueba de lo que se afirma en el texto.

⁴⁰ Enfrentado con esta cuestión, PASCUAL, *ob. cit.*, págs. 335 y 336, propone los siguientes ejemplos: respecto de obligaciones de hacer, «...realizar veinte jornales en calidad de labrador... para con aquellos, atender las varias obligaciones contraídas a la fuerza de causas diferentes o a virtud de una sola relación obligacional, con diferimiento del pago por medio de un número de jornales, en un tiempo determinado, cada uno de ellos». El ejemplo para la imputación en obligaciones de no hacer, sería el siguiente: «...no sería contraria a derecho la tesis por la que, en base a un determinado negocio jurídico bilateral, las partes hubieren establecido varias obligaciones que el deudor cumpliría a manera de abstenciones de determinados comportamientos que, de no haberse comprometido, tenía decidido realizar (como podrían ser el establecimiento y apertura, en una concreta ciudad, de una cadena de supermercados), en tiempos determinados para la entrada en servicio de cada uno de los locales de negocio que comprenderían la llamada cadena de establecimientos. El transcurso de las fechas en las que debían entrar en actividad comercial las tiendas, sin que así sucediera (en cumplimiento de lo pactado), significa la acumulación de prestaciones que bien puede el deudor imputarlas al pago de una o más de las varias deudas para en concepto de cumplimiento, pues aquella pluralidad de débitos son de la misma especie por lo que bien puede cada uno saldarse con el pago de las abstenciones comprometidas». Pese a los esfuerzos de este autor, no resulta fácil visualizar concretos supuestos de prestaciones de hacer y no hacer de la misma especie en los que resulte precisa la aplicación de las normas contenidas en los artículos 1172 y siguientes del Código. No obstante, queda apuntada como posibilidad.

⁴¹ Que, sin embargo, subsistiría con toda su complejidad en el texto de *Código Civil Europeo* propuesto por la Academia de Pavía, dado que en la redacción sugerida para la regulación de la imputación —art. 84 del referido texto—, expresamente se alude a «varias deudas de dinero o de la misma especie»: *Código Europeo de Contratos. Libro I, Libro II, Título I*, Bogotá, México DF, Madrid, Buenos Aires, 2009.

⁴² Glosada por R. BERCOVITZ, *El pago...*, págs. 65 y 66.

⁴³ Sentencia citada por M. L. MORENO-TORRES, «De la imputación de pagos», actualizado por N. ÁLVAREZ LATA, en la obra colectiva *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, 2.ª ed., Tomo II, dirigidos por M. PASQUAU, Comares, Granada, 2009, págs. 2137 y sigs., concretamente pág. 2137. En esta misma obra se cita otra sentencia del Supremo de 31 de mayo de 1910 en la que se «entendió cumplido el requisito de la pluralidad de deudas y aplicó las normas sobre imputación de pagos en un caso en que se había garantizado con hipoteca únicamente una parte de la cantidad adeudada por el prestatario».

⁴⁴ STS de 21 de diciembre de 1965 (*RJ* 1965/5952). Más recientemente, la misma tesis contraria a la admisión de la imputación en relación con deudas generadas por el mismo vínculo obligacional, ha sido sustentada, entre otras, en la STS de 16 de febrero de 1981, que, con cita de jurisprudencia previa, señaló que: «...tratándose en el presente caso de

una deuda única por venta de mercaderías, no le son aplicables los preceptos que se dicen violados según ya declaró esta Sala en sentencias, entre otras de 8 de julio de 1909 y de 13 de marzo de 1910 (*RJ* 1981/562); en la STS de 22 de febrero de 1988, en el que no se consideran deudas susceptibles de imputación las generadas como consecuencia de las distintas ventas integrantes de contrato de suministro (*RJ* 1988/1270); o en la, ya citada, STS de 27 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006/8630).

Semejante orientación cuenta con respaldo, también, en la llamada «jurisprudencia menor»: A título meramente ejemplificativo, pueden citarse, entre otras, SAP de Teruel, de 20 de mayo de 1996 (*AC* 1996/996) y SAP de Jaén, de 6 de noviembre de 1998 (*AC* 1998/7859). En la SAP de Guipúzcoa, de 15 de septiembre de 2004 (*JUR* 2004/308994) se excluyó la posibilidad de aplicar las reglas de imputación en un supuesto de compraventa con precio aplazado y fraccionado.

⁴⁵ A. HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960, pág. 421.

⁴⁶ *Ob. cit.*, pág. 134. Abundando en la misma idea, pero expresándola aún con más rotundidad, señala PASCUAL, *ob. cit.*, pág. 331 que: «...aunque el número 1 del artículo 1172 del Código, a nuestro juicio, contempla situaciones pasivas que dimanen de relaciones obligacionales diferentes, no es ello óbice para que de una sola relación puedan desprenderse deudas varias, lo que podrá suceder cuando se halle el deudor en deber rentas correspondientes a diferentes periodos de tiempo, o cuando una única deuda se hubiere fraccionado su pago en varios plazos...».

⁴⁷ Según R. BERCOVITZ, *La imputación...*, cit., pág. 91, «...el artículo 1173 del Código Civil nos brinda un ejemplo concreto de cómo las varias deudas del artículo 1172 del Código Civil no son ni mucho menos varias obligaciones totalmente distintas».

⁴⁸ Así, L. ENNECERUS señala que «La ley habla de prestaciones de igual especie derivadas de varias relaciones obligatorias. Pero por relación obligatoria, aquí como en la mayoría de los casos... ha de entenderse simplemente el crédito»: *Derecho de obligaciones*, revisada por L. LEHMANN, traducción de la 35.^a edición a cargo de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, vol. I, Bosch, Barcelona, 1954, pág. 313, cita número 1. No obstante, el propio autor reconoce la existencia de opiniones enfrentadas dentro de la doctrina alemana de la época.

⁴⁹ R. BERCOVITZ, *La imputación...*, pág. 92.

⁵⁰ *Principios de Derecho...*, cit., pág. 506. Comentando el citado precepto de los PECL, L. DíEZ-PICAZO, E. Roca TRÍAS y A. M. MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 312, señalan la necesidad de la existencia, conforme al referido precepto, de «varias obligaciones de la misma naturaleza, surgidas de un mismo título o de títulos diferentes...».

⁵¹ Entre otros, M. ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 143; A. CRISTÓBAL, *ob. cit.*, pág. 134; J. M. MANRESA, *ob. cit.*, págs. 693 y 694.

⁵² *Ob. cit.*, págs. 344 y 345.

⁵³ *RJ* 1962/3188. Dicha orientación ha sido seguida, entre otras, por la SAP de Zaragoza, de 7 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/92146): «...el precepto citado exige que las deudas sean de una misma especie, y no han de confundirse aquellas que puedan estar pendientes a consecuencia de la liquidación de la sociedad con la que es objeto de reclamación en este juicio...». En cambio, más próxima a las tesis doctrinales se muestra la SAP de Pontevedra, de 30 de mayo de 2001 (*AC* 2001/1869): «...a propósito de la imputación de pagos y en relación con la anticipación de pago aplazado, viene entendiendo la doctrina que si el plazo beneficia también al acreedor, la imputación solo puede hacerse con su consentimiento».

⁵⁴ L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, Las relaciones obligatorias, Civitas, Madrid, 1993, págs. 627 y 628.

⁵⁵ Así, J. GIL RODRÍGUEZ, «El pago o cumplimiento de la obligación (II)», en VV.AA., *Manual de Derecho Civil*, II, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 210, sostiene que «lo que parece fuera de lugar es requerir que las deudas vencidas (o sea, exigibles) hayan de ser además líquidas... no hay inconveniente para que el deudor o el acreedor imputen una prestación de pago de una deuda ilíquida, siempre que se halle vencida...». En sentido opuesto se manifiesta I. MORATILLA, *ob. cit.*, pág. 934: «Si las deudas deben ser vencidas y exigibles,

diffícilmente puede pensarse que no sean al mismo tiempo líquidas, es decir, determinadas con precisión en su cantidad total».

⁵⁶ STS de 11 de junio de 1981 (TOL1.740.143).

⁵⁷ En efecto, en su obra, aquí ya citada, sobre los *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (y en relación con el régimen de la mora de las obligaciones), Díez-PICAZO enuncia y ejemplifica diversas situaciones que van desde la absoluta concreción y determinación del *quantum*, hasta la total iliquidez:

- a) La determinación de una cuantía de una prestación pecuniaria depende de una sencilla operación aritmética cuyos factores son conocidos en su totalidad.
- b) La determinación de la deuda depende de una circunstancia futura y externa a las partes, fijadas por ellas como criterio de determinabilidad de la prestación.
- c) La prestación debe quedar formada como resultado (saldo) de una cuenta.
- d) La determinación de la prestación solo puede hacerse mediante un acuerdo de las partes o, subsidiariamente, en virtud de una decisión judicial que supla la falta de acuerdo» (pág. 630).

⁵⁸ *El pago...*, cit., págs. 103, y 105 y 106.

⁵⁹ De aprobarse esta propuesta en sus actuales términos, también habría que introducir las debidas matizaciones sobre la renuncia del plazo, ya que, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 1117 de la mencionada *Propuesta de modernización*, «Si se hubiese señalado término, se presumirá este establecido en beneficio de ambas partes, a no ser que del título de la obligación resulte otra cosa».

⁶⁰ En efecto, los tres primeros párrafos de su artículo III-2:110 establecen que: «(1) Cuando un deudor tiene que satisfacer varias obligaciones de la misma naturaleza y el cumplimiento realizado no es suficiente para cumplirlas todas, el deudor podrá notificar al acreedor en el momento de efectuarse el cumplimiento a cuál de las deudas debe aplicarse, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado (5).

(2) Si el deudor no realiza dicha notificación, el acreedor podrá, en un plazo de tiempo razonable y previa notificación al deudor, aplicar el pago a una de las deudas.

(3) Una aplicación realizada, según lo dispuesto en el apartado (2), no tendrá efecto si está asociada a una deuda que aún no ha vencido, o si es ilícita o litigiosa».

⁶¹ Análogo pronunciamiento en el artículo 6.1.12 (2) de los Principios Unidroit.

⁶² Artículo 1127 del Código Civil y 1117 de la *Propuesta de modernización*.

⁶³ Según el apartado primero de este precepto, «el acreedor puede rechazar una oferta de cumplimiento anticipado salvo cuando este no le cause un perjuicio excesivo».

⁶⁴ Dado que, según previene el artículo 126.2.º del referido texto, «el vendedor podrá negarse a aceptar una oferta de pago anterior al vencimiento de este si tiene un interés legítimo en ello».

⁶⁵ *RJ* 1936/828.

⁶⁶ Ambos condicionantes se encuentran también presentes en buena parte de las disposiciones con vocación internacional reiteradamente citadas en este trabajo. De este modo, el párrafo primero del artículo 7:109 PECL faculta a la parte deudora para elegir la deuda a la que aplicar el pago, «a salvo las disposiciones del apartado (4)», siendo así que, de acuerdo con este último, «En las deudas de dinero, todo pago del deudor se ha de imputar, en primer lugar a los gastos, en segundo lugar a los intereses y finalmente al capital, salvo que el acreedor disponga otra aplicación». En análogo sentido, en el DCFR se establece que: «En las deudas dinerarias, todo pago del deudor se ha de aplicar en primer lugar a los gastos, en segundo lugar a los intereses y, finalmente, al capital, salvo que el acreedor disponga una aplicación preferente» (art. III-2:110, apartado 5). Vid. J. NANCLARES VALLE, «Libro III. Obligaciones y Derechos», en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, coordinado por E. VALPUESTA, Bosch, Barcelona, 2011, págs. 163 y sigs., concretamente pág. 174.

⁶⁷ CRISTÓBAL, *ob. cit.*, págs. 135 y 136; GIL RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pág. 212; LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 92; BERCOVITZ, *La imputación...*, cit., pág. 125. Como señala este último autor, la

consideración como supuesto de imputación tácita del descrito en el texto es consecuencia, además, del principio de indivisibilidad del pago.

⁶⁸ «La imputación de pagos a que la preceptiva contenida en el párrafo 1.º del artículo 1172 del Código Civil se contrae, como facultad que atribuye al deudor que tuviera varias deudas de una misma especie a favor de un solo acreedor, puede hacerse mediante una declaración de voluntad expresa o tácita del mismo, por lo que en el caso de la presente controversia... la deudora principal «San Juan del Condado, S. A.», hizo una imputación tácita de los pagos que efectuó a «Explotaciones Forestales Álvarez, S. A.»... a deudas distintas de las significadas por las que habían sido objeto de los procedimientos ejecutivos en su contra instados por la segunda de dichas sociedades... como lo demuestra la circunstancia de que en fecha tan próxima a las de las sentencias de remate que pusieron fin a los meritados procedimientos ejecutivos, «San Juan del Condado, S. A.» al presentarse en suspensión de pagos el día 28 de noviembre de 1980 incluyera entre los créditos de que era deudora el representado por las obligaciones de pago que las repetidas sentencias de remate le imponían» (RJ 1987/4543).

⁶⁹ Circunstancia que no se dio en el caso enjuiciado por la STS de 18 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9401), que declaró extemporánea, además del pago efectuado tras el requerimiento resolutorio, la imputación efectuada con posterioridad a dicho pago.

⁷⁰ Como dice CRISTÓBAL, *ob. cit.*, pág. 136, «...la manifestación del deudor podrá hacerse en el momento en que verifique la prestación, pero también puede haberla hecho antes, pues no forma parte del contenido del pago, e incluso después, siempre que por acuerdo de las partes o por los usos del tráfico no se produzca la aplicación mecánica de la imputación legal dispuesta por el artículo 1174 del Código Civil».

⁷¹ Citada por BERCOVITZ, *La imputación...*, cit., págs. 140 a 146.

⁷² Por tales razones, discrepamos de las tesis que configuran la imputación como una especie de acuerdo o negocio jurídico celebrado entre deudor y acreedor, en el que propuesta de imputación y contrapropuesta se suceden a la manera de los tratos preliminares que preceden a la conclusión del negocio, tesis esta que cuenta con algún apoyo jurisprudencial. Así, en la SAP de Tarragona, de 3 de junio de 1999 (AC/1999/5541), literalmente se señala que «no es menos cierto que el párrafo 2.º del artículo 1172 del Código Civil faculta al acreedor a proponer al deudor una determinada imputación, de forma que aunque sea este último quien decida, puede el acreedor tanto en los supuestos de que exista una imputación previa por parte del deudor como en los casos en que no exista, hacer una contrapropuesta sobre la aplicación de la prestación recibida en el primer caso, o proponer una determinada imputación en caso de inexistencia de una imputación previa por su parte, lo que ocurre es que el deudor puede aceptar o rechazar la propuesta del acreedor o incluso realizar una segunda imputación distinta a la primera».

⁷³ Así, en la STS de 31 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9151) existía un pacto de los hipotecantes con el acreedor hipotecario facultándole para la imputación, por lo que se denegó la aplicación de las reglas de imputación legal.

⁷⁴ «Lo que la apelante intenta es hacer valer una determinada imputación de pagos pretendidamente llevada a cabo por ella pero que resulta inatendible pues, con ser teóricamente posible, según el artículo 1172 del Código Civil, para su eficacia, debió serle puesta en conocimiento al demandado deudor toda vez que la imputación que hace el acreedor tiene carácter recepticio lo que quiere decir... que en ningún caso podrá ser eficaz la imputación realizada unilateralmente por el acreedor sin comunicársela al deudor»: SAP de León, de 28 de abril de 2000 (AC 2000/4846).

⁷⁵ STS de 3 de abril de 2009 (RJ 2009/1746).

⁷⁶ Así, el artículo 7:109 (2) de los PECL; artículo III-2:100 del DCFR; artículo 128.2.º del *Instrumento Opcional*.

⁷⁷ Aún cuando en estas normas se pretenda proporcionar unos parámetros objetivos acerca de qué debe entenderse por «razonable». Así, por ejemplo, el artículo 1:302 de los PECL, a cuyo tenor: «...lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría

como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y el objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiere».

⁷⁸ Para GIL RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pág. 231, «...le cabe (al deudor) no aceptar la propuesta que se le formula a través del recibo y hacer él mismo la imputación que había omitido al realizar la prestación». En un sentido análogo, ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 145. En cambio, de esta tesis parece disentir CRISTÓBAL, *ob. cit.*, pág. 138, al indicar que: «Tampoco tienen mayor justificación el plantearse si el deudor, tras el recibo del acreedor, puede proceder a realizar la imputación, pues como antes señalábamos, lo ordinario será que la omisión de aquel determine la operatividad de la imputación legal propuesta por el artículo 1174 del Código Civil».

⁷⁹ *Ob. cit.*, pág. 694.

A favor del carácter contractual de la imputación efectuada a propuesta del acreedor, se manifiesta MANRESA, *ob. cit.*, pág. 695; en contra, PASCUAL, *ob. cit.*, pág. 341.

⁸¹ BERCOVITZ, *La imputación...*, cit., págs. 199 a 232; CRISTÓBAL, *ob. cit.*, págs. 140 a 142.

⁸² De acuerdo con el artículo 7:109 (2) PECL: «Si la parte que debe cumplir no formula tal declaración, la otra parte puede imputar el pago a la deuda de su elección en un plazo razonable. Esta parte debe informar a la parte deudora de su elección. Sin embargo la imputación del pago a una determinada obligación será inválida cuando:

- a) La deuda no estuviera vencida.
- b) Fuera ilícita.
- c) O fuera litigiosa».

Por su parte, previene el párrafo 2, del artículo II-2:110 DCFR que: «Si el deudor no realiza dicha notificación, el acreedor podrá, en un plazo de tiempo razonable y previa notificación al deudor, aplicar el pago a una de las deudas»; y en términos análogos se manifiesta el artículo 128.2.º del *Instrumento Opcional*: «Si el comprador no realiza dicha notificación en virtud del apartado 1, el vendedor podrá, previa notificación al comprador en el plazo de tiempo razonable, imputar el cumplimiento a una de las obligaciones».

⁸³ A título meramente ejemplificativo, SAP de Asturias, de 2 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/5686).

⁸⁴ «A este respecto, tras dejar sentado que no se ha acreditado por ninguna de las dos partes litigantes que se haya hecho expresa imputación de dichos pagos a satisfacer una o varias deudas determinadas, visto lo dispuesto en el artículo 1172 del Código Civil, es de aplicación legal, impuesta por el legislador, la imputación de pagos que con carácter supletorio establece, a este respecto, el artículo 1174 del Código Civil»: SAP de Segovia, de 27 de febrero de 1998 (*AC* 1998/4459). En el mismo sentido, SAP de Cuenca, de 5 de marzo de 2003 (*AC* 2003/166181).

⁸⁵ Así, por ejemplo, en el *Code*, el artículo 1255 establece que: «Cuando el recibo no contenga ninguna imputación, el pago deberá ser imputado a la deuda que el deudor tenga más interés en pagar de entre las que fueran igualmente vencidas; si no, a la deuda vencida, aunque fuera menos onerosa que las no vencidas. Si las deudas fueran de igual naturaleza, la imputación se hará a la más antigua; si las cosas fueran iguales, se hará proporcionalmente». Por su parte, según el parágrafo 366.2.º: «Si el deudor no efectúa ninguna determinación, será satisfecha en primer lugar la deuda vencida que entre diversas deudas vencidas ofrece menor garantía al acreedor, entre deudas de igual garantía la más gravosa para el deudor, entre deudas igual de gravosas la más antigua y entre deudas de igual antigüedad la satisfacción es a prorrata».

⁸⁶ Véase el apartado relativo al «vencimiento, exigibilidad y liquidez de las deudas».

⁸⁷ En este sentido, disintimos de las tesis sustentadas al respecto de CRISTÓBAL, *ob. cit.*, pág. 148. Este autor, comparando nuestra legislación con la establecida al respecto en otros Códigos Civiles, sostienen que si bien, aparentemente, el texto español no contempla como primer criterio de imputación legal el del vencimiento de las obligaciones, «el supuesto si está regulado de manera indirecta o refleja porque al hablar el precepto de la “más onerosa entre las vencidas” nos viene a decir que también en el Derecho español el primer criterio de

imputación es el del vencimiento, ya que para que pueda operar el segundo de la onerosidad debe tratarse de deudas vencidas...». No obstante, este mismo autor para desdecirse posteriormente, por cuanto señala, dentro del mismo trabajo que «quizá sea dogmáticamente más correcta la dicción de nuestro Código Civil al no contemplar de manera expresa como primer criterio de imputación el del vencimiento de la deuda, porque de la propia naturaleza de esta figura se desprende que la misma solo tiene sentido y justificación cuando, existiendo varias deudas con un solo acreedor y estando todas ellas en situación de inmediato cumplimiento, se desconoce la dirección que a su pago ha impuesto el obligado».

⁸⁸ En sentido opuesto se manifiesta BERCOVITZ, *La imputación...*, cit., págs. 278 y 279, para quien, cuando solo existan deudas inexigibles y se efectúe un pago, habría de aplicarse el artículo 1174 por analogía.

⁸⁹ A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no se inclinó nuestro legislador por la imputación, sin más, a la deuda más antigua, regla esta que, en cierto sentido, a quién beneficiaría sería al acreedor, en la medida en que quepa entender que la deuda más antigua es, también, la deuda más próxima a la prescripción.

⁹⁰ MANRESA, *ob. cit.*, pág. 697. En sentido opuesto se ha manifestado Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil...*, cit., pág. 527, al afirmar que el sentido del artículo 1174 no puede ser el de favorecer una extinción prioritaria de las obligaciones garantizadas frente a las no garantizadas, por ser contrario a la buena fe. Dicha tesis es combatida por BERCOVITZ, *La imputación...*, cit., pág. 248: «...la conducta del deudor encaminada a extinguir en primer lugar las deudas garantizadas... no es fraudulenta, sino que además resulta la más normal, como acorde con los intereses del deudor y no contrapuesta a los intereses legítimos (protegidos por el Ordenamiento) del acreedor».

⁹¹ BERCOVITZ, *La imputación...*, cit., págs. 253 y 254. La cuantía del interés, junto con la fecha de antigüedad, fue estimada como criterio en orden a la determinación de la deuda imputable, *ex artículo 1174*, en el Auto de la AP de Sevilla, de 3 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004/100182): «teniendo las dos deudas de que aquí se trata el mismo origen, como es el hecho de la suscripción de las letras de cambio que se hicieron valer con la demanda, no es desacertado estimar como más onerosa para la sociedad deudora que hace el pago la relativa a las cambiales con fecha de vencimiento mas antigua, que, lógicamente, producen más intereses de demora, como es, en este caso, aquella deuda a la que, con preferencia, se ha aplicado el pago de la suma de dinero entregada». Por su parte, las SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/215877) y la SAP de Córdoba, de 20 de noviembre de 2003 (*JUR* 2003/19481) dirimieron análoga cuestión aplicando el criterio de la antigüedad de las deudas.

⁹² CRISTÓBAL, *ob. cit.*, pág. 152.

⁹³ Por la subrogación por pago que confiere a este sujeto el artículo 1839.

⁹⁴ GIL RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pág. 214. Semejante tesis ha sido aplicada reiteradamente por la jurisprudencia. Así en la SAP de Barcelona, de 22 de marzo de 2001 (*AC* 2001/886), en la que se indicó que: «La doctrina y la jurisprudencia han ido dando pautas de interpretación sobre lo que debe entenderse por deuda más onerosa pero sucede que en el caso presente, y por comparación ante las deudas perseguidas ya judicialmente, no sirven para decantar con claridad la balanza a favor de una u otra... Lo realmente decisivo, y así lo declaran pronunciamientos jurisprudenciales, es si existe o no reclamación judicial...». En el mismo sentido, SAP de León, de 2 de abril de 2008 (*JUR* 2008/339886) y la SAP de Segovia, de 27 de febrero de 1998 (*AC* 1998/4459). Por su parte, las deudas que llevan aparejada la ejecución han sido consideradas más gravosas que las que no incorporan este efecto: SAP de Castellón, de 19 de octubre de 2010 (*JUR* 2011/65808).

⁹⁵ Como se señaló en la SAP de Barcelona, de 22 de marzo de 2001 (*AC* 2001/886), «La ponderación de las diversas circunstancias que concurren en las diferentes deudas que entran en la comparación, resulta a veces... complejo y aleatorio, al estar en la tesitura de tener que confrontar magnitudes y datos de distinta naturaleza y significación, que vienen a neutralizarse entre ellos y que impiden la representación de lo que en realidad hubiera sido más beneficioso al deudor, criterio en atención al cual se ha establecido la norma legal».

⁹⁶ Así se precisó, por ejemplo, en la STS de 16 de noviembre de 1996 (*RJ* 1996/948): «se desconocen todas y cada una de las condiciones convenidas por las partes cuando se pactó el arrendamiento de obra, constando por el contrario la existencia legal de la cláusula resolutoria tácita de los artículos 1124 y 1504 del Código Civil». La idea sobre la necesidad de efectuar un análisis *ad hoc* pero exhaustivo de todas las circunstancias concurrentes en las deudas susceptibles de imputación aparece muy bien reflejada en la SAP de Murcia, de 31 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/220650) cuando señala que: «siendo cierto que la deuda con intereses (aunque sean moratorios) es más onerosa que la deuda que no los produce y, naturalmente, según sea mayor el monto de los intereses, también lo será la onerosidad de la deuda correspondiente, también es cierto que no basta con limitarse a una consideración abstracta de la deuda en cuestión, ya que su plena valoración económica (de la que ha de deducirse su mayor o menor onerosidad para el deudor) solo puede medirse correctamente atendiendo a la relación obligatoria global dentro de la cual se inserta. Más onerosa debe entenderse como más perjudicial en cualquier sentido. No solo habrá de poner la deuda en relación con las consecuencias que su impago pueda producir dentro de la relación obligatoria de la que forma parte, lo que implica tener en cuenta diversos criterios (tantos como efectos puedan producir) con respecto a la misma deuda, sino que además habrá que compararlos con las correspondientes a las demás deudas». Estas tesis ya habían sido sustentadas con anterioridad por esta misma Audiencia Provincial en su sentencia de 12 de abril de 2004 (*JUR* 2004/153066).

⁹⁷ Es lo que hizo la SAP de Sevilla, de 15 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/76925): «Parece razonable considerar más onerosa la deuda derivada del primer contrato no solo por ser la más antigua, lo que de por sí constituye un criterio suficiente para determinar la mayor onerosidad de una deuda, sino porque, en definitiva, el principio de favorecer al deudor en caso de duda que inspira al citado precepto, debe conducir a concederle la imputación de pagos que pretende en estos autos ya que la misma le permite considerar cumplido uno de los dos contratos y conservar en su poder la maquinaria, siendo indudablemente más gravoso para él que se declaren incumplidos los dos contratos con pérdida de la maquinaria y de la totalidad de las cantidades entregadas. Por todo ello deben imputarse las cantidades pagadas en primer lugar al precio del primer contrato y considerar probado que se ha pagado la totalidad del mismo, aplicándose el resto a la segunda compraventa».

⁹⁸ *La imputación...*, cit., págs. 258 y 259.

⁹⁹ Según PASCUAL, *ob. cit.*, pág. 353, «la imaginación del jurista y, con mayor alcance práctico, la del abogado, adivinan cuáles son aquellas circunstancias que inciden eficazmente en el patrimonio moral y económico del deudor».

¹⁰⁰ Sobre el establecimiento como criterio supletorio expresó el carácter vencido de la deuda, nos remitimos a lo ya reseñado en páginas anteriores, en el sentido de que si las deudas no están vencidas y las partes nadan han dicho al respecto, no creo que el problema específico que se plantee sea de aplicación del pago efectuado.

¹⁰¹ Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el exacto significado del término «oneroso» es «pesado, molesto o gravoso»; en tanto que, en su segunda acepción, esta última expresión significa «que ocasiona gasto o menoscabo».

¹⁰² Si partimos de la idea de que la deuda más antigua estará más próxima a su prescripción, realmente la introducción de este criterio de imputación a quien favorecería sería al acreedor, y no al deudor.

¹⁰³ En efecto, de acuerdo con el párrafo tercero del artículo 7:109 PECL: «Si ninguna de las partes procediera a la imputación del pago, a salvo las disposiciones del apartado 4, el pago se aplicará a la obligación que satisfaga alguno de los siguientes criterios en el orden indicado:

- a) La obligación vencida o la que venza en primer lugar.
- b) La obligación que ofrezca menor nivel de garantías para el acreedor.
- c) La obligación que resulte más onerosa al deudor.
- d) La obligación más antigua.

Si no resulta aplicable ninguno de los criterios anteriores, el pago se imputará a prorrata entre todas las deudas». Esta norma coincide literalmente con la contenida en el párrafo cuarto del artículo III-2:110, salvo que en este último se suprime la referencia expresa al orden en que deben ser estos criterios aplicados, mención al orden de aplicación que se recupera en el artículo 128.4.º del *Instrumento Opcional*.

¹⁰⁴ Vid. NANCLARES, *ob. cit.*, pág. 175. De hecho, en los comentarios oficiales de este texto, ya citados, se especifica que esa imputación a favor de la deuda que ofrezca menor nivel de garantías para el acreedor, ha de entenderse en sentido amplio: «por ejemplo, una deuda de carácter solidario o que ya se puede reclamar en juicio también ofrece más seguridad» (*Principios de Derecho Contractual Europeo*, cit., pág. 509).

¹⁰⁵ Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho...*, cit., pág. 526.

¹⁰⁶ BERCOVITZ, *La imputación...*, cit., pág. 239, lo explica así: «...la mayoría de las veces el acreedor se dará cuenta del efecto perjudicial para él y contrario a sus derechos demasiado tarde para poder ejercer eficazmente estos últimos, rechazando el pago en cuestión... Normalmente esto ocurrirá mucho después de haber recibido la prestación de que se trate (cuando se plantee un conflicto). De manera que... ya no será tiempo para un rechazo eficaz del pago, operando la posesión de la cosa junto con la imputación supletoria del artículo 1174 del Código Civil como pago definitivo de la parte de la deuda más onerosa o de parte de todas las deudas».

¹⁰⁷ Esta opción interpretativa no resulta extensiva a la hipótesis de imputación a prorrata también contemplada en el artículo 1684.1.º del Código Civil, dado el carácter imperativo que corresponde a la regla en cuestión. En efecto, según el mencionado precepto, «cuando un socio autorizado para administrar cobra una cantidad exigible, que le era debida en su propio nombre, de una persona que debía a la sociedad otra cantidad también exigible, debe imputarse lo cobrado en los dos créditos a proporción de su importe, aunque hubiese dado el recibo por cuenta de solo su haber; pero si lo hubiere dado por cuenta del haber social, se imputará todo en este».

¹⁰⁸ ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 143; CRISTÓBAL, *ob. cit.*, págs. 143 y 144; GIL RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pág. 213; MANRESA, *ob. cit.*, pág. 695, entre otros.

¹⁰⁹ A título meramente ejemplificativo, en la SAP de Barcelona, de 27 de febrero de 1996 (AC 1996/2573) se señaló que: «el deudor que tiene deudas productoras de intereses frente a su acreedor, no puede imputar, sin el consentimiento de este, un pago al principal sin estar antes satisfechos los intereses devengados, pues ello es contrario a lo establecido en el artículo 1173 del Código Civil».

¹¹⁰ STS de 30 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9487).

¹¹¹ STS de 24 de octubre de 1994 (RJ 1994/7681). En sentido análogo, Auto de la AP de Madrid, de 19 de febrero de 2000 (AC 2000/3052) y SAP de Toledo, de 8 de noviembre de 2002 (JUR 2003/42430).

¹¹² STS de 24 de octubre de 1994. En el mismo sentido, en la SAP de Madrid, de 3 de julio de 2008 (JUR 2008/321319), se señaló que «no cabe distinguir... entre el cumplimiento de las obligaciones mientras se desenvuelven en el marco de las relaciones privadas, y el que tiene lugar una vez que se ejercita la correspondiente acción de reclamación en sede judicial. La claridad del citado artículo 1173 impide tal diferenciación... resulta irrefragable que, en trámite de ejecución de sentencia, el principal adeudado continúa devengando intereses hasta que se extingue la obligación principal, con independencia de que se practique la liquidación de estos...».

¹¹³ Entre otras muchas, SAP de Córdoba, de 27 de julio de 1998 (AC 1998/1374) y 5 de marzo de 1999 (AC 1999/3942), SAP de Toledo, de 16 de septiembre de 2003 (JUR 2003/242917). Semejante interpretación podría encontrar, tal vez, cobertura en el párrafo segundo del artículo 318 del Código de Comercio, según el cual, «Las entregas a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán en primer término al pago de intereses por orden de vencimiento y después al del capital».

¹¹⁴ «En las deudas de dinero, todo pago del deudor se ha de imputar, en primer lugar a los gastos, en segundo lugar a los intereses y, finalmente, al capital, salvo que el acreedor disponga otra aplicación» (art. 7:109, apartado 4.º PECL). Dicha norma es reproducida, prácticamente de modo literal, en el apartado 5.º del artículo III-2:110 DCFR y en el apartado 6.º del artículo 128 del *Instrumento Opcional*.

¹¹⁵ De acuerdo con el artículo 1254 *Code*: «El deudor de una deuda que comporte interés o produzca atrasos, no podrá, sin consentimiento del acreedor, imputar el pago que efectúe sobre el capital con preferencia a los atrasos o intereses: el pago efectuado sobre el capital e intereses, que no sea integral, se imputará primero a los intereses». Dicho precepto ha sido objeto de consideración por parte del TJCE en su sentencia de 2 de octubre de 2001 (TJCE 2001/254): Caso SIVU du plan d'eau de la Vallée du Lot contra Comisión de las Comunidades Europeas y otros.

¹¹⁶ Así, en el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 21 de noviembre de 2000 (AC 2000/2315), tras exponer —con la correspondiente cita jurisprudencial— las distintas orientaciones seguidas por el Tribunal Supremo, afirma que «no existe, por tanto, un criterio jurisprudencial seguro que determine si el citado artículo 1173 del Código Civil se refiere a todo tipo de intereses o solo a los remuneratorios», para terminar concluyendo que la solución por la que optó el tribunal de instancia de aplicar los pagos efectuados al capital, dejando fuera los intereses por demora, fue correcta: «...la actitud del Juzgador de primera instancia al determinar que satisfecha una cantidad equivalente del principal deberá, en su caso, instar al acreedor la liquidación de intereses resulta para esta Sala acertada y coherente, pues de otro modo estaría en cierta forma dejándose al arbitrio del acreedor la determinación del momento final del pago».

¹¹⁷ CRISTÓBAL, *ob. cit.*, pág. 144. En este sentido se pronunció la SAP de Castellón, de 22 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/185828): «si se estuviese en el supuesto de cumplimiento de una obligación fuera de un procedimiento judicial, le asistiría razón al recurrente cuando afirma que caso de recibir el capital sin efectuar reclamación sobre los intereses ya no podría cobrar estos, que no es aplicable al caso de autos pues al estarse de ejecución de sentencias y estar tal ejecución bajo la tutela del órgano jurisdiccional que la ejecuta, y debiendo hacerse conforme al ordenamiento jurídico, ejecutándose en sus propios términos... no se podría proveer en contra del artículo 1.1.73 mencionado...». Sobre la inaplicación del precepto en sede de obligaciones producidas como consecuencia de responsabilidad por daños generados de hechos de la circulación, véase la SAP de Murcia, de 10 de enero de 2007 (*JUR* 2007/266104).

¹¹⁸ Entre otras, las SSAP de Alicante, de 31 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/124188) y de 26 de mayo de 2005 (AC 2005/1419). De acuerdo con las mismas, la cantidad ingresada en el remate debe destinarse a la satisfacción del principal, si bien, en el mismo procedimiento el acreedor deberá solicitar la liquidación de intereses y la tasación de costas para que resulte el exceso a solicitar en un juicio declarativo posterior.

¹¹⁹ STS de 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010/7269). Esta sentencia ha sido comentada por H. DIEZ GARCÍA, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87, septiembre-diciembre de 2011, págs. 1451 a 1485.

¹²⁰ Así lo ha estimado, expresamente, el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de noviembre de 2012 (*RJ* 223/569).

¹²¹ No obstante, existe jurisprudencia que, efectivamente, le atribuye este valor a la previsión analizada del artículo 1110 del Código Civil: STS de 21 de julio de 1993 (*RJ* 1993/6178), SAP de Orense, de 30 de enero de 2003 (AC 2003/566), así como la jurisprudencia en ella citada.

¹²² BERCOVITZ, *La imputación...*, cit., págs. 297 y sigs., especialmente, págs. 325 a 348; CRISTÓBAL, *ob. cit.*, pág. 145; PASCUAL, *cit.*, pág. 349, entre otros. Por su parte, J. ATAZ LÓPEZ, «Comentario a la sentencia de 10 de julio de 1990», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 24, septiembre/diciembre de 1990, pág. 873 y sigs., concretamente págs. 625 y 626, hace un resumen de las distintas opciones doctrinales sustentadas a este respecto.

En el ámbito jurisprudencial, como se indica en la SAP de Segovia, de 31 de julio de 2002 (AC 2002/1445), «la justificación del establecimiento de dicha presunción en el meritado artículo 1110 del Código Civil tiene su razón de ser en que es lo normal y lo usual, y así lo acredita la práctica constante, pagar en último lugar el último plazo por el orden de los sucesivos vencimientos y el capital. Por ello si el deudor prueba que dichos pagos se han efectuado presentado los recibos o de otra manera es lógico presumir que en principio los pagos de los plazos anteriores se han producido, lo cual al tiempo de facilitar al deudor una prueba (la del art. 1214 CC), que podría ser difícil al referirse a un hecho alejado en el tiempo, si no se pueden presentar documentos al respecto porque no se conservan, tiene la virtud de no colocar al acreedor en una situación irreversible con respecto a la defensa de sus créditos cuando estos subsisten realmente».

¹²³ La idea de unificar ambas normas en un único precepto no puede decirse que sea algo completamente novedoso en nuestro Derecho: a ella responde el régimen contenido en el artículo 318 del Código de Comercio.

*(Trabajo recibido el 26-4-2013 y
aceptado para su publicación el 18-6-2013)*

La facultad de anticipar el
cumplimiento del artículo 1129.1
del Código Civil y el concurso
de acreedores*

*The creditor's faculty to require
the anticipated performance of the
obligation in case of «insolvency»
(art. 1129 Spanish civil Code) and the
Spanish Bankruptcy Act 22/2003*

por

GONZALO SEVERIN FUSTER**
*Profesor asociado de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)*

RESUMEN: Este trabajo estudia la relación que existe entre la facultad de anticipar el cumplimiento por insolvencia del deudor que contempla el ar-

* Este artículo es una adaptación del trabajo que fue presentado para obtener el grado de Máster en Derecho Empresarial de la UAM, realizado bajo la dirección de la profesora doctora Aurora Martínez Flórez, a quien agradezco los comentarios, sugerencias y correcciones realizadas en dicha oportunidad. Asimismo, agradezco los comentarios y las sugerencias que me hicieron los profesores de la UAM, doctora Nieves Fenoy Picón y doctor Máximo Pérez García. Los errores son exclusivamente míos. Téngase en consideración que este trabajo fue aceptado para su publicación el 21 de enero del 2013, y que en este periodo la LC ha sufrido

título 1129.1 del Código Civil y el concurso de acreedores regulado en la Ley Concursal 22/2003, de 7 de julio. Se intenta demostrar: 1) que el ejercicio de la facultad del artículo 1129.1 del Código Civil no solo no requiere la previa apertura del concurso, sino que, por el contrario, es necesario que el concurso aún no se haya abierto; 2) que la pluralidad de acreedores es un presupuesto implícito de esta facultad, y que, por tanto, la declaración de concurso es una consecuencia inminente en caso que opere el supuesto del artículo 1129.1 del Código Civil; y 3) que la eficacia de un pago hecho bajo el amparo de la facultad de anticipación del artículo 1129.1 del Código Civil es dudosa, debido a la forma en que la Ley Concursal regula la acción rescisoria dentro del concurso, y, sobre todo, porque se trata de una regla que no encaja bien con los principios de la moderna legislación concursal.

ABSTRACT: This paper deals with the relationship between the creditor's faculty to require the anticipated performance of the obligation in case of «insolvency» (article 1129 of Spanish Civil Code —CC—) and the Spanish Bankruptcy Act 22/2003 (July, 7). It is proposed that: 1) art. 1129.1 CC requires that there is no bankruptcy proceeding; 2) plurality of creditors is an implicit condition of this faculty, and that opening insolvency proceeding is an imminent and inevitable consequence if the event of article 1129.1 CC occurs; and 3) the efficacy of a payment made under article 1129.1 is questionable, regarded the regulation of the actio pauliana in the Bankruptcy Act, and, mainly, since this rule is against the principles that govern the modern insolvency proceeding.

PALABRAS CLAVE: Cumplimiento anticipado. Insolvencia. Concurso de acreedores. Acción pauliana.

KEY WORDS: Anticipated compliance. Bankruptcy. Insolvency proceedings. Actio pauliana.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. PRIMERA CUESTIÓN: ¿SUPONE EL ARTÍCULO 1129.1 DEL CÓDIGO CIVIL UNA DECLARACIÓN PREVIA DE CONCURSO?: 1. SOLUCIÓN CON ANTERIORIDAD A LA LC: 1.1. *Argumentos históricos.* 1.2. *Argumentos dogmáticos o de interpretación sistemática.* 2. LA SOLUCIÓN CON LA LC.—III. SEGUNDA CUESTIÓN. ¿ES POSIBLE (Y

varias modificaciones, algunas de las cuales afectan a algunos de los artículos referidos en este trabajo. Se ha procurado actualizar esas referencias en el cuerpo del texto, y en su caso, en las respectivas notas a pie de página.

EN SU CASO, SUFICIENTEMENTE PROBABLE) LA APERTURA DEL CONCURSO CON POSTERIORIDAD AL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE ANTICIPAR EL CUMPLIMIENTO?: 1. LA NOCIÓN DE «INSOLVENCIA» DEL ARTÍCULO 1129.1 DEL CÓDIGO CIVIL: 1.1. *Delimitación negativa*. 1.2. *Delimitación positiva*. *Pasivo «exigible» mayor que el activo «realizable»*. *Consecuencias de admitir este concepto*. 2. EL CONCEPTO DE INSOLVENCIA EN LA LC. 3. LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO ES UNA CONSECUENCIA LÓGICA E INMINENTE EN CASO QUE OPERE EL ARTÍCULO 1129.1 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. TERCERA CUESTIÓN: LA EFICACIA DEL PAGO HECHO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 1129.1 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. UNA BREVE MIRADA AL PROBLEMA ANTES DE LA LC. 2. EL PROBLEMA TRAS LA LC: 2.1. *Las bases del problema: La par conditio creditorum y la recomposición patrimonial*: a) La insolvencia y el principio de *par conditio creditorum*; b) El sistema de recomposición patrimonial. 2.2. *La eficacia del pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil frente a la acción rescisoria concursal*: a) *Ámbito de aplicación*. Actos realizados por el deudor; b) *Exclusión de ciertos actos*; c) *El perjuicio como fundamento de la rescisión*; d) *Consecuencias de admitir esta noción de perjuicio y posición crítica*; e) *El efecto de la rescisión*. 2.3. *Eficacia del pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil frente a las acciones rescisorias de Derecho Civil*: a) *La eficacia del pago hecho en situación de insolvencia frente a otros acreedores* (art. 1292 CC); b) *La impugnación del pago por fraude de acreedores* (art. 1111 CC); c) *Conclusión*.—V. CONCLUSIÓN Y COMENTARIOS FINALES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

El objeto de estudio de este trabajo es la relación que existe entre el supuesto contemplado en el artículo 1129.1 del Código Civil y la apertura del concurso de acreedores regulado en la Ley Concursal 22/2003, de 7 de julio (en adelante, LC).

El artículo 1129 del Código Civil —a propósito de las «obligaciones a plazo»— establece tres supuestos en los que el deudor «(p)erderá (...) todo derecho a utilizar el plazo». No se trata, como a veces se afirma, de casos en los que se produce un «vencimiento anticipado» de la obligación, sino de casos en los que la ley se concede una *facultad* al acreedor para anticipar el cumplimiento de una obligación aplazada¹. Por lo mismo, y aun cuando el artículo no lo indica expresamente, es evidente que esta facultad supone que el plazo ha sido establecido en beneficio exclusivo del deudor o en beneficio de ambas partes².

El primero de dichos supuestos —que es el que interesa en este trabajo— es «cuando [el deudor] después de contraída la obligación resulte insolvente,

salvo que garantice la deuda». La justificación de este supuesto es fácil de comprender: parece razonable permitir que el acreedor pueda cobrar su crédito sin tener que esperar el cumplimiento del plazo, porque la insolvencia *sobrevenida* del deudor³ le hace perder la confianza en este, y pone en peligro su derecho de crédito⁴.

El problema es que el artículo 1129.1 del Código Civil no define «insolvencia», y no existe una definición con alcance general en el Código Civil a la que pueda recurrirse⁵. Aquí se sitúa la primera pregunta a la que se busca dar respuesta en este trabajo: ¿para poder anticipar el cumplimiento en virtud del artículo 1129.1 del Código Civil se requiere que previamente se haya abierto el concurso de acreedores?; o dicho de otro modo, ¿supone la «insolvencia» del artículo 1129.1 del Código Civil una declaración previa de concurso? Antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003, la doctrina ya se había preguntado si la noción de «insolvencia» del artículo 1129.1 del Código Civil suponía una la declaración previa de *quiebra o concurso*⁶, y como veremos, la respuesta era negativa. Con la LC es posible concluir, como se intentará demostrar, que no solo no se requiere que se haya abierto previamente el concurso sino que se requiere *precisamente que no se haya abierto el concurso de acreedores*. Es decir, la apertura del concurso de acreedores excluye la posibilidad de ejercer la facultad de anticipación del cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil (Parte II).

Esta conclusión permite plantearse una segunda interrogante: una vez que ha obtenido el cobro anticipado en virtud del artículo 1129.1 del Código Civil, ¿qué ocurre si, con posterioridad, se abre el concurso de acreedores? ¿Es eficaz este pago anticipado? Lo primero que interesa es demostrar que, a diferencia de lo que ocurría antes de la entrada en vigor de la LC, ello no es una mera «posibilidad teórica»⁷, sino que, al contrario, se trata de un problema que resulta justificado e importante abordar, en la medida que la declaración de concurso es una consecuencia lógica e inminente en caso que opere el artículo 1129.1 del Código Civil (Parte III). Luego, se ofrece una respuesta a esta cuestión, defendiendo la tesis que la eficacia de tal pago es dudosa, debido a la forma en que la Ley Concursal regula la acción rescisoria dentro del concurso, y, sobre todo, porque se trata de una regla que no encaja bien con los principios de la moderna legislación concursal (Parte IV).

II. PRIMERA CUESTIÓN: ¿SUPONE EL ARTÍCULO 1129.1 DEL CÓDIGO CIVIL UNA DECLARACIÓN PREVIA DE CONCURSO?

La facultad de anticipación del cumplimiento por insolvencia del artículo 1129.1 del Código Civil no parece ser un tema que despierte demasiado interés en la doctrina civil. En efecto, los comentarios a este artículo que pueden

hallarse en los tratados y textos generales —anteriores a la entrada en vigor de la LC— suelen limitarse a transcribir el artículo, y a lo más, a proponer alguna idea sobre qué ha de entenderse por «insolvencia» o por «suficiente garantía»⁸. Y si bien la pregunta por si la «insolvencia» del artículo 1129.1 del Código Civil supone una declaración previa de concurso se planteaba algunas veces, no se respondía con demasiada claridad⁹. Hoy esta pregunta sigue vigente¹⁰. Las posiciones doctrinales existentes antes de la entrada en vigor de la LC pueden arrojar algunas luces para responder, y en esa medida vale la pena revisar los argumentos esgrimidos; sin embargo, no todos ellos son válidos a la luz de la LC.

1. LA SOLUCIÓN CON ANTERIORIDAD A LA LC

Se puede concluir que, antes de la entrada en vigor de la LC, la doctrina que se planteaba esta cuestión se inclinaba a sostener que el artículo 1129.1 del Código Civil no requería para operar una declaración previa de concurso o quiebra, porque se trataba de supuestos diferentes, cada uno con su propio ámbito de aplicación, lo que se afirmaba con apoyo tanto en argumentos históricos como en argumentos de interpretación sistemática. Los revisamos a continuación.

1.1. *Argumentos históricos*

Aunque con algunos antecedentes previos¹¹, se entiende que la regla que permite la anticipación del cumplimiento por insolvencia tendría un doble origen. Por un lado, sería resultado de un proceso de evolución doctrinal, a partir de los casos particulares que reconocían los antiguos ordenamientos, y que se observan con algo más de claridad en el Derecho Español de los siglos XVI al XVIII (en cuanto los comentaristas admitían el vencimiento anticipado por la causa general de *tendencia a la pobreza*). La existencia de esta regla se explicaría, también, por la influencia que en la codificación civil española tiene el *Code Civil* de 1804, que recoge, en este punto, las ideas de POTHIER¹².

Para POTHIER, «cuando el deudor se ha presentado en quiebra y el precio de sus bienes se distribuye entre los acreedores, el acreedor puede cobrar, aun cuando no haya expirado el término de la deuda», ya que la concesión del término se justifica en la confianza en la solvencia del deudor¹³. Esta regla fue recogida en el artículo 1188 del *Code*, que contempla la «quiebra» (*faillite*) como causa del vencimiento¹⁴. Si bien la «quiebra» (*faillite*) era el procedimiento universal de ejecución de bienes de los comerciantes, la doctrina francesa amplió sin reparos el alcance del artículo 1188 del *Code* a los no comerciantes, estableciendo una equiparación de hecho entre este concepto (quiebra-*faillite*) con el de «insolvencia» (*insolvabilité*), a partir de su extensión a la *deconfiture*¹⁵.

La influencia de esta doctrina de equiparación entre «quiebra» e «insolven-
cia» se puede observar en diversos códigos civiles posteriores que, en alguna
medida, son tributarios del *Code*, y que conservan tanto el fundamento «concur-
sal» como el de la insolvenca¹⁶. En el caso de España, no obstante, el supuesto
simplemente se redujo a «la insolvenca», adoptando sin más la equiparación,
tal como antes lo había hecho el Código Civil italiano de 1865, que sin duda
le sirvió de fuente¹⁷. De esta forma, se plantea que la «insolvenca» adquiere
autonomía como fundamento de la anticipación respecto del tradicional funda-
mento concursal, que era el seguido en todos los proyectos del Código Civil
más antiguos¹⁸. Como señala CLEMENTE, «(e)n lugar de hablar de quiebra se
habla de insolvenca como causa de vencimiento anticipado»¹⁹.

Sin perjuicio de estos argumentos, hay quienes sostienen que fundar la
anticipación del cobro en la sola insolvenca carece de justificación histórica²⁰.

1.2. Argumentos dogmáticos o de interpretación sistemática

En lo que se refiere a los argumentos dogmáticos, la conclusión de que el
artículo 1129.1 del Código Civil no requería una declaración previa de quiebra
o concurso se sostenía a partir de los siguientes argumentos²¹:

- i) En primer lugar, se afirmaba que la regulación de los procedimien-
tos concursales (el *concurso de acreedores*, en el art. 1915 CC; y la
quiebra, en el art. 883 C. de C.) tornaba innecesario entender que el
artículo 1129.1 del Código Civil exigía una declaración previa de con-
curso o de quiebra, ya que en caso de existir una situación concursal, la
anticipación del cumplimiento no operaría en virtud del artículo 1129.1
del Código Civil, sino como consecuencia de estas regulaciones espe-
cíficas, porque la sola declaración de dichos procedimientos producía
el vencimiento anticipado de todas las deudas²²; y
- ii) En segundo lugar, se decía que *las situaciones de concurso y quiebra*
no suponían, necesariamente, insolvenca, ya que podía obtenerse la
correspondiente declaración por el hecho de verificarse ciertos supues-
tos que no necesariamente implicaban un estado de insolvenca (por
ejemplo, la falta de pago de ciertas deudas, la existencia de juicios
ejecutivos pendientes o la falta de bienes para embargar, etc.). Y, por
otro lado, se sostenía que «cabe insolvenca fuera de la declaración de
concurso y quiebra»²³.

Junto con estos argumentos, se presentaban otros que no servían tanto para
sostener que el artículo 1129.1 del Código Civil no requeriría una declaración
previa de concurso o quiebra, sino para sostener que se trataba de supuestos

de vencimiento anticipado que tenían su propio ámbito de aplicación, distinto y autónomo, y que su solapamiento no era posible²⁴. En este sentido, se decía que los procedimientos concursales suponen *pluralidad de acreedores*, lo que no es necesario para que exista insolvencia, de forma que un único acreedor puede apreciar la insolvencia, y así aprovecharse de la anticipación del cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil²⁵.

Por todo ello, la doctrina entendía que la insolvencia del artículo 1129.1 del Código Civil no exigía una declaración previa de quiebra o concurso²⁶.

2. LA SOLUCIÓN CON LA LC

Parece posible sostener que, desde una perspectiva histórica, la incorporación de la noción de «insolvencia» en el artículo 1129.1 del Código Civil, como condición de la anticipación del cumplimiento, es deliberada. En consecuencia, es posible concluir su autonomía frente a la declaración de concurso o quiebra, y por lo mismo, este recurso permitiría justificar su autonomía frente al concurso de acreedores de la LC. La facultad de anticipar el cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil *no supone una declaración de concurso*.

Sin embargo, la utilidad que pueden ofrecer los argumentos de interpretación sistemática, vigente la LC, es muy discutible: en *primer lugar*, porque hoy la sola declaración de concurso no produce el vencimiento anticipado de las deudas a plazo, efecto que se difiere a la eventual apertura de la fase de liquidación (cfr. art. 146 LC); en *segundo lugar*, porque no es posible sostener que el concurso de acreedores no suponga necesariamente «insolvencia» (cfr. art. 2.2 LC); y en *tercer lugar*, porque si bien generalmente se entiende que la pluralidad de acreedores es un requisito del concurso²⁷, todavía habría que analizar si la facultad del artículo 1129.1 del Código Civil supone una pluralidad de acreedores. Nuestra opinión, como se verá más adelante, es que es así.

Por lo dicho, la conclusión a la que puede llegarse es que la facultad de anticipación del artículo 1129.1 del Código Civil no solo no exige una declaración de concurso, sino que, al contrario, *es preciso que no exista situación concursal*. Antes de la LC, se entendía que la razón de ello —y prescindiendo de toda otra argumentación— era que el ejercicio de dicha facultad carecía de sentido una vez declarado el concurso, ya que la sola declaración de quiebra o concurso acarrea el vencimiento anticipado de todas las deudas aplazadas²⁸. Con la LC la justificación es distinta, pues la sola declaración de concurso no produce el vencimiento anticipado de las deudas aplazadas, *pero impide el ejercicio de las acciones individuales destinadas a obtener el cobro de la obligación* (cfr. art. 55.1 LC).

Si se sostuviera que el artículo 1129.1 del Código Civil exige la declaración previa de concurso, entonces tendríamos dos soluciones legales absolutamente

contradictorias: Por un lado, que por la declaración de concurso el acreedor aplazado puede exigir anticipadamente el cobro al deudor; por otro, que por la sola declaración de concurso los créditos aplazados no solo conservan su plazo (pues vencen en caso de abrirse la fase de liquidación), sino que los acreedores quedan impedidos de iniciar ejecuciones individuales. Luego, la forma de resolver este conflicto de normas sería recurriendo a las reglas de antinomia, que favorecen a la ley especial sobre la general; o a la ley posterior sobre la anterior; y en ambos casos, primaría la LC. Es cierto que todavía subsistirían ciertas diferencias, entre ellas, que el vencimiento del artículo 1129.1 del Código Civil es una facultad del acreedor, en cambio el vencimiento en el concurso es un efecto de la apertura de la liquidación que opera *ipso iure*. Pero también es cierto que no tiene sentido admitir que, en concurso, un acreedor aplazado pueda ejercitar este derecho, pues la finalidad de la anticipación de cobro es obtener el pago, y esto no es posible sino en la fase de liquidación o en la forma que se establezca en el convenio. Y además, porque el hecho de que los créditos aplazados no venzan sino una vez que se abra la liquidación obedece a una lógica que entiende que el cauce preferible del concurso es el convenio y no la liquidación del patrimonio²⁹.

En conclusión: la insolvencia del artículo 1129.1 del Código Civil no solo no supone o no requiere una declaración de concurso, sino que la excluye. Para que el artículo 1129.1 del Código Civil pueda operar, por tanto, no debe existir un concurso de acreedores. Una vez abierto el concurso, esta facultad no puede ejercitarse, porque en tal caso se impone la regla concursal, que impide a los acreedores ejercitar acciones individuales destinadas a obtener el cobro.

III. SEGUNDA CUESTIÓN. ¿ES POSIBLE (Y EN SU CASO, SUFICIENTEMENTE PROBABLE) LA APERTURA DEL CONCURSO CON POSTERIORIDAD AL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE ANTICIPAR EL CUMPLIMIENTO?

La conclusión hasta este punto es que la facultad de anticipar el cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil no solo no requiere una declaración previa de concurso, sino que requiere que no exista concurso. Con ello respondemos a una de las preguntas que la doctrina se planteaba con anterioridad a la LC. La segunda pregunta que se hacía la doctrina decía relación con la eficacia de un pago anticipado *en caso que, con posterioridad al ejercicio de la facultad de anticipar el cumplimiento, se abriera el concurso de acreedores*.

En esta parte del trabajo, únicamente se pretende analizar el presupuesto de esta pregunta: si opera el artículo 1129.1 del Código Civil, ¿es posible abrir el concurso de acreedores?, y es más, ¿es la apertura del concurso una consecuencia suficientemente probable como para que justifique estudiar el problema de

la eficacia de dicho pago? En buena medida, la respuesta depende de la identidad que pueda existir entre los presupuestos de aplicación de la facultad de anticipación del cumplimiento y los del concurso de acreedores, lo que supone adentrarse un poco más en la noción de «insolvencia» del artículo 1129.1 del Código Civil. La conclusión que ello sugiere es que si opera el artículo 1129.1 del Código Civil, la apertura del concurso no solo es altamente probable, sino además, una consecuencia inminente.

1. LA NOCIÓN DE «INSOLVENCIA» DEL ARTÍCULO 1129.1 DEL CÓDIGO CIVIL

Lo primero que habría que destacar es que una aproximación etimológica a «insolvencia» no ofrece muchas luces sobre esta cuestión³⁰. Y si bien existe consenso en la doctrina en entender la insolvencia como una situación patrimonial «objetiva», distinta del concurso de acreedores, se observa una importante discrepancia a la hora de determinar qué específica situación patrimonial debe ser calificada como insolvencia. En este sentido, es posible hallar algunos esfuerzos, tanto de delimitación negativa (qué no debe considerarse como «insolvencia» a los efectos de este artículo), como de conceptualización positiva.

1.1. *Delimitación negativa*

La doctrina suele rechazar ciertos supuestos como situaciones de «insolvencia», aunque sin negar que los mismos puedan ser indicios más o menos claros de esta, según las circunstancias. Así (además de excluir que la insolvencia suponga una declaración de concurso, como ya hemos visto), se entiende que la insolvencia no debe asimilarse a «incumplimiento»³¹; que la mera «iliquidez» no configura necesariamente un supuesto de insolvencia³²; que el concepto de insolvencia no se puede identificar con los indicios o manifestaciones externas de su existencia (venta ruinosa de bienes, fuga, etc.)³³; y que la insolvencia no supone inexistencia absoluta de bienes³⁴.

Por otro lado, a pesar de que algún autor ha sostenido que «la insolvencia puede quedar definida como la alteración del estado patrimonial del deudor consistente en una merma o disminución significativa de la garantía patrimonial»³⁵, la mayoría de los autores parece entender que la insolvencia no podría identificarse con una mera variación o alteración de la situación patrimonial del deudor³⁶. En nuestra opinión, hay al menos tres buenas razones para justificar esta conclusión:

- i) La facultad de anticipar el cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil constituye una excepción a lo pactado por las partes, y como consiste en la pérdida de un derecho para una de ellas (el beneficio del

plazo), resulta que, por su propia naturaleza, no puede ser aplicada por analogía a otros casos distintos de los contemplados en dicho artículo, aunque revelaran un mismo fundamento, y además, *sus supuestos de aplicación deben ser interpretados en forma restrictiva*³⁷.

- ii) Asimilar la insolvencia a una mera variación de la situación patrimonial del deudor no es razonable si se consideran los rasgos jurídicos de la llamada responsabilidad patrimonial universal, que no es, como a veces se entiende, una «prenda» o «garantía real» sobre el patrimonio³⁸. La garantía patrimonial es un poder que tiene el acreedor para obtener el cumplimiento de lo debido o su equivalente económico, en caso de que la obligación no sea cumplida por el deudor³⁹. Como esta garantía recae sobre una universalidad jurídica, se extiende sobre todos los bienes que existen al momento de solicitar la ejecución⁴⁰. Por ello, *el acreedor a plazo no puede pretender el cumplimiento en forma anticipada de la deuda por haber variado la composición del patrimonio del deudor*, pues lo que asegura su satisfacción es el patrimonio como tal y no los elementos que lo integraban al momento de contraer la deuda⁴¹; y
- iii) Admitir que la mera disminución del patrimonio del deudor —aun cuando sea significativa— puede constituir «insolvencia», y que consecuentemente posibilita la anticipación del cumplimiento, introduce un elemento distorsionador en las bases de la contratación, pues imposibilita al deudor para planificar sus pagos, en relación a sus ingresos esperados. Por ello, no es razonable entender que el acreedor puede, en cualquier momento pendiente la obligación, actualizar teóricamente su exigibilidad, a fin de establecer si el deudor puede o no pagarle la deuda aplazada en ese momento.

1.2. *Delimitación positiva. Pasivo «exigible» mayor que el activo «realizable». Consecuencias de admitir este concepto*

Antes de la entrada en vigor de la LC, se entendía que un atisbo de definición legal se encontraba en el artículo 1913 del Código Civil, que prescribía: *«El deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, deberá presentarse en concurso ante el Tribunal competente luego que aquella situación le fuere conocida»*. La insolvencia, de este modo, se caracterizaba por la concurrencia de dos circunstancias: una situación patrimonial (contable) determinada (un pasivo mayor que el activo) y un hecho externo (la falta de pago de las obligaciones corrientes). La concurrencia de ambos requisitos permitía diferenciar la insolvencia, en un sentido estricto, de un mero incumplimiento⁴².

Este concepto doctrinal indicado, sin embargo, no solo pierde su base legal al ser derogado el artículo 1913 del Código Civil, sino que ya antes la doctrina había encontrado insuficiente una configuración de la insolvencia desde el punto de vista contable (pasivo mayor que activo)⁴³. Tomando en consideración que el activo y el pasivo pueden ser nociones muy generales, esta concepción requería ser matizada: en consecuencia, se entiende que hay insolvencia cuando el pasivo «exigible» exceda del activo «realizable»⁴⁴.

Una de las consecuencias más importantes de entender la insolvencia como una relación entre el pasivo exigible y los bienes realizables es que, en el caso del artículo 1129.1 del Código Civil, la insolvencia *supone una pluralidad de créditos*, y esta, a su vez, supone pluralidad de deudores. En efecto, partiendo del imperativo lógico de que el crédito del que es titular el acreedor aplazado no puede ser tomado en cuenta para configurar la insolvencia (debido, precisamente, a que dicha obligación no es exigible), la noción de insolvencia del artículo 1129.1 del Código Civil contiene un presupuesto «implícito»: debe haber pluralidad de créditos. Habrá, de una parte, obligaciones exigibles a las que no puede hacer frente (al menos una) y, de otra, la obligación aplazada que se pretende anticipar. Desde este punto de vista, si no hay obligaciones exigibles no puede decirse que el deudor sea insolvente, por muy disminuido que esté su patrimonio en cuanto a los bienes que lo componen. Por lo tanto, la insolvencia supone pluralidad de créditos.

Pero además, esta pluralidad de créditos supone pluralidad de acreedores. El supuesto de un único acreedor no solo es «de laboratorio», sino que en dicho caso la anticipación carecería de sentido: habría que pensar en un único acreedor que es titular de al menos dos créditos, uno de los cuales tendría que ser exigible (en relación con el cual puede establecerse el estado de insolvencia) y otro estar aplazado (respecto del cual se pretende la anticipación). Pero aún en este caso cabría preguntarse, ¿qué utilidad tendría para este único acreedor exigir anticipadamente el crédito aplazado? Como el deudor es «insolvente», por definición sus bienes ni siquiera alcanzarán para cubrir el importe del crédito que ya ha vencido. Al menos desde el punto de vista de la satisfacción de su crédito, un único acreedor no gana nada anticipando el cumplimiento de una deuda aplazada. Es más, le resultaría conveniente solo intentar el cobro de los créditos vencidos y esperar el vencimiento natural de los aplazados, ya que, desde la perspectiva teórica de un único acreedor, lo único que cabe esperar es que la situación del deudor mejore en el futuro⁴⁵.

En cambio, en el supuesto de pluralidad de acreedores, la anticipación del cumplimiento en caso de insolvencia tiene sentido, pues permite al acreedor aplazado participar en la ejecución de los bienes del deudor junto con los otros acreedores. De esta forma, aunque se sostenga la autonomía del concepto de «insolvencia» del artículo 1129.1 del Código Civil respecto de una previa declaración del concurso de acreedores, el fundamento de la norma sigue siendo

«concurzal», en el sentido de que lo que se busca es permitir al acreedor aplazado cobrar anticipadamente frente a un patrimonio insuficiente, por el peligro de no llegar a cobrar que conlleva la espera hasta el vencimiento natural de la obligación⁴⁶.

2. EL CONCEPTO DE INSOLVENCIA EN LA LC

Como se sabe, «(e)l nuevo sistema concursal está basado en un esfuerzo de unificación del presupuesto objetivo, tanto desde el punto subjetivo —cualquier persona— como objetivo —la insolvencia— como de procedimiento...»⁴⁷. En lo que respecta al presupuesto objetivo, el artículo 2.1 LC señala que: «*La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común*». No obstante, como se expresa en la Exposición de Motivos (ap. II), «ese concepto unitario es también flexible y opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario».

Para algunos, esto no obsta la conclusión de que «el presupuesto del concurso es único y en todo caso, reside en la insolvencia del deudor»⁴⁸. Sin embargo, ROJO cuestiona esta pretendida unidad, y sostiene que, en realidad, «la Ley establece tres presupuestos objetivos diferentes, que, de menor a mayor razón de la gravedad de la situación, son *insolvencia inminente* (que define el art. 2.3, segundo inciso), la *insolvencia actual* (que define el art. 2.2) y la que podría llamarse *insolvencia cualificada*, la que al estado de insolvencia actual añade la concurrencia de alguno de los “hechos externos” de especial gravedad que, con criterio taxativo, enumera la propia Ley (art. 2.4)»⁴⁹. En efecto, es posible distinguir tres «clases» de insolvencia:

- i) La insolvencia actual, que está definida en el artículo 2.2 la LC: «*Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*».

Se dice que esta definición «aporta un grado de razonable certidumbre en uno de los aspectos decisivos del procedimiento concursal (...) porque la determinación normativa de la insolvencia obliga a considerar todos los intereses que se ven afectados por la eventual iniciación de un procedimiento»⁵⁰. A partir de esta definición, la doctrina ha intentado delinear, no sin discusión, los contornos de la «insolvencia» como presupuesto del concurso⁵¹. Se pone de relieve que es una *situación de hecho* de carácter económico⁵², caracterizada por una *imposibilidad* de cumplir con las obligaciones *exigibles*⁵³; que no se identifica con una mera insuficiencia patrimonial⁵⁴; por lo tanto, excluye los incumplimientos voluntarios⁵⁵; y excluye una transitoria falta de liquidez⁵⁶. Además, la causa por la cual se ha llegado a este estado es irrelevante, a efectos de la declaración del concurso⁵⁷.

Por otro lado, la imposibilidad de cumplir se ha modulado con el adverbio «regularmente», para el que la doctrina ha propuesto diversas interpretaciones, que no necesariamente se excluyen entre sí, por ejemplo: que se trata de una referencia a las reglas generales del pago (requisitos objetivos del pago)⁵⁸; que se trata de una dimensión temporal, que sugiere cierta «continuidad» en el incumplimiento⁵⁹; que se refiere a un cumplimiento que no pueda ser considerado perjudicial para la masa activa⁶⁰; o que se refiere a un cumplimiento por los medios normales u «ordinarios» utilizados por operadores económicos en el sector de la actividad del deudor⁶¹.

De esta forma, la insolvencia (actual) puede comprender diversas situaciones. En la mayoría de los casos será un deudor cuyo pasivo sea mayor que el activo, pero además podría incluir supuestos en los que un deudor con un activo mayor que el pasivo no puede, sin embargo, liquidar su patrimonio en un plazo razonable, o que obtiene liquidez por medios que no puedan ser considerados regulares⁶².

- ii) La «insolvencia cualificada», que es el presupuesto objetivo del concurso cuando quien solicita la apertura es un acreedor o cualquier otro legitimado distinto del deudor (cfr. arts. 3.1, 3.3. y 2 LC). No basta probar la imposibilidad del deudor de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, sino que se debe acreditar que concurre uno de los hechos que la LC taxativamente enumera en el artículo 2.4. Estos hechos son considerados por la Ley como reveladores de la insolvencia, y pueden ser alegados por cualquier legitimado, aunque no sea el directamente afectado por el supuesto de hecho⁶³.
- iii) La insolvencia inminente, que está definida en el artículo 2.3 LC: «*se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones*». Solo está legitimado el deudor para solicitar el concurso en este caso, pues, como señala ROJO, solo él puede establecer un juicio de previsibilidad sobre la posibilidad o imposibilidad de cumplir⁶⁴. En este sentido, solo es insolvencia inminente cuando sea objetivamente probable que se produzca de modo inmediato, y no si es a medio o largo plazo. Determinar este límite temporal de la inminencia, sin embargo, es muy difícil.

Ahora, a pesar de que efectivamente se distinguen estas tres situaciones (insolvencia actual, cualificada e inminente), ello no significa que el concepto de insolvencia sea distinto en cada caso. Al contrario, sigue siendo solo uno: *la imposibilidad de cumplir con las obligaciones exigibles*. Otra cosa es que se reconozca al deudor la posibilidad de solicitar el concurso de acreedores cuando prevea la inminencia de dicho estado, o que se exija a los legitimados activos la concurrencia de otros elementos para acreditarlo procesalmente. En conse-

cuencia, la noción de insolvencia contenida en LC recoge el sentido común y natural del término (una imposibilidad para cumplir) y desde esta perspectiva, se identifica con el concepto que la doctrina civil otorga al concepto de insolvencia contenido en el artículo 1129.1 del Código Civil, cuya razonabilidad hemos justificado anteriormente. En ambos casos, se trata de un estado patrimonial del deudor en el que no puede cumplir con sus obligaciones exigibles, sin que importe la causa por la cual se ha llegado a dicho estado, y que no se identifica necesariamente ni con falta de bienes ni con una transitoria falta de liquidez.

3. LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO ES UNA CONSECUENCIA LÓGICA E INMINENTE EN CASO QUE OPERE EL ARTÍCULO 1129.1 DEL CÓDIGO CIVIL

Lo dicho hasta ahora permite concluir que la apertura del concurso de acreedores con posterioridad al ejercicio de la facultad del artículo 1129.1 del Código Civil, hoy, lejos de ser, como se planteaba antes de la LC, una «posibilidad teórica»⁶⁵, es una posibilidad altamente probable, puesto que si opera el artículo 1129.1 del Código Civil *se cumple con el presupuesto objetivo del concurso*, de forma que tanto el propio acreedor aplazado como los demás acreedores del deudor —que como hemos justificado, los habrá— podrán instar su apertura, cumpliendo con los requisitos que a estos efectos establece la LC⁶⁶.

Pero además, podría decirse que la apertura del concurso es una consecuencia lógica e inminente en caso que opere la facultad de anticipación, porque la declaración de concurso a solicitud del propio deudor (concurso voluntario) no se solo se configura como una *facultad* del deudor (cuyo ejercicio la ley incentiva a través de estímulos positivos)⁶⁷, sino además, como un *deber*. En efecto, el artículo 5 LC sostiene que: «*El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*»; y además, en el segundo apartado, estableciendo una presunción *iuris tantum* sobre dicho conocimiento, cuando «*haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4, haya transcurrido el plazo correspondiente*»⁶⁸. El incumplimiento de este deber autoriza presumir *iuris tantum* la existencia de dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia en caso que se forme la sección de calificación (art. 165.1.º LC); y adicionalmente, genera responsabilidad para los administradores de sociedades de capital (cfr. art. 367 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital)⁶⁹.

De esta forma, en la medida que el artículo 1129.1 del Código Civil tiene como presupuesto la existencia del estado de insolvencia, la declaración posterior del concurso no es solo una posibilidad «teórica» sino que es una consecuen-

cia *lógica*, desde que es un imperativo para el deudor solicitar el concurso, porque es evidente que, desde el momento en que efectúa el pago (o desde la sentencia que da por acreditada la insolvencia para efectos del art. 1129.1 del CC), el deudor ya sabe que es insolvente. Y además, la declaración posterior de concurso es *inminente*, porque el deudor debe solicitar el concurso dentro del plazo de dos meses siguientes a la fecha en que conoce o debía conocer su estado de insolvencia.

* * *

Es tiempo de recapitular. Hasta ahora, hemos intentado demostrar que una lectura más detenida de los presupuestos legales de la facultad de anticipación del cumplimiento que contempla el artículo 1129.1 del Código Civil lleva a concluir que *el fundamento de dicha facultad es claramente concursal*, esto es, que supone una pluralidad de acreedores. En efecto, si se asume el concepto de insolvencia propuesto por la doctrina civil, resulta que la pluralidad de acreedores se presenta como un elemento implícito, pues la facultad de anticipar pretende proteger al acreedor aplazado, permitiéndole actualizar su crédito, equiparándolo a los demás acreedores del deudor. Esta facultad no tiene sentido si ese acreedor aplazado es el único acreedor, y prueba de ello es que tampoco es útil esta facultad de anticipación para perseguir a los posibles deudores por garantía, porque en tal caso, el acreedor no tiene facultad de anticipación⁷⁰.

Igualmente, hemos establecido que resulta claro que *la declaración de concurso excluye esta facultad de anticipación*, pues, una vez abierto el concurso, el acreedor aplazado ya no puede proteger su interés en forma individual, y de hecho, el concurso de acreedores (a diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior) no importa el vencimiento anticipado de los créditos, sino todo lo contrario: los plazos siguen vigentes.

De esta forma, resulta interesante —tal como ocurría antes de la LC— preguntarse por la eficacia de un pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil si con posterioridad se abre el concurso. En lo que respecta a esta pregunta, hasta ahora únicamente hemos intentado justificar que buscar una respuesta es mucho más urgente que con la antigua legislación concursal, ya que si bien el hecho de que opere el artículo 1129.1 del Código Civil no determina automáticamente la declaración de concurso, la apertura del concurso se presenta como una consecuencia inminente, debido a la identidad en el presupuesto objetivo y, principalmente, por el deber que la LC impone al propio deudor de solicitar la apertura. Queda pendiente, por tanto, analizar la eficacia de un pago realizado en virtud de la facultad de anticipación del artículo 1129.1 del Código Civil.

IV. TERCERA CUESTIÓN: LA EFICACIA DEL PAGO HECHO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 1129.1 DEL CÓDIGO CIVIL

En este último apartado, como hemos anunciado, interesa estudiar un aspecto particular de la relación que existe entre la facultad de anticipar el cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil y el concurso de acreedores: la eficacia del pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil si, con posterioridad, se declara el concurso.

1. UNA BREVE MIRADA AL PROBLEMA ANTES DE LA LC

Como hemos apuntado antes, con la antigua legislación concursal, la doctrina sostenía que los ámbitos y presupuestos de aplicación del artículo 1129.1 del Código Civil y de los procedimientos concursales (quiebra y concurso) eran, en realidad, distintos. Sin embargo, ello no permitía descartar el problema de la eficacia de un pago realizado al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil frente a una posterior declaración del concurso, ya que, desde que la extensión del primero alcanza tanto a los deudores civiles como a los comerciantes por ser una norma de Derecho común, se advertía que «la insolvencia extrajudicial del comerciante puede abocar al sobreseimiento en el pago corriente de sus obligaciones —o, si se quiere, a cualquiera de los denominados “actos de quiebra”, y, en consecuencia, a la declaración de quiebra—»⁷¹.

Esta posibilidad ponía de relieve un problema de difícil solución, en cuanto envolvía un conflicto de intereses, ambos en principio protegidos por el ordenamiento: el individual, del acreedor aplazado que ejercita la facultad del artículo 1129 del Código Civil, y el colectivo, de los acreedores en concurso. No es que a estos acreedores concursales se les negara la facultad de anticipar el crédito; lo que ocurría es que dicha facultad era innecesaria, porque la declaración del concurso (y quiebra) tenía precisamente este efecto⁷². Sin embargo, este vencimiento anticipado que producía la declaración de concurso o quiebra no tenía por finalidad la protección de los derechos de crédito de los deudores aplazados (objetivo que se obtenía con la misma declaración, por el desapoderamiento del deudor), sino que, como se trataba de procedimientos orientados a la liquidación, lo que se buscaba era no extender el proceso en el tiempo hasta el vencimiento natural de cada una de las deudas, y en cambio, ir pagando todos los acreedores, aplazados o no, a medida que era posible, y bajo la ley del dividendo.

Por esto, el problema se planteaba desde la perspectiva de la vigencia de la *par conditio creditorum*, básicamente, que «algún acreedor, mediante el ejercicio de la acción individual del artículo 1129.1 del Código Civil reciba el importe íntegro, mientras que los acreedores inmersos en los mecanismos concursales de defensa colectiva únicamente percibirán en su momento el dividendo co-

rrespondiente»⁷³. La posibilidad de rescindir el pago recurriendo a las acciones revocatorias concursales no era una solución obvia, sino al contrario, más bien difícil de sostener, considerando que la doctrina entendía que si opera el artículo 1129.1 del Código Civil no se está realmente frente a un pago anticipado, sino frente a un supuesto de exigibilidad anticipada contemplado en la ley, y por ende, la deuda pagada era exigible y no podía en ello haber fraude⁷⁴.

2. EL PROBLEMA TRAS LA LC

Como hemos visto, con la legislación anterior la respuesta no era fácil, debido a que este problema tenía a la base un potencial conflicto de intereses (interés del acreedor aplazado —*par conditio creditorum*—) que no estaba resuelto expresamente en la ley. En nuestra opinión, este problema no solo no queda resuelto con la LC, sino que la solución resulta más difícil. Ello, principalmente por la forma en que se configura el sistema de rescisión en la LC, que se basa en un elemento objetivo: el «perjuicio». Y por otro lado, porque, a diferencia de lo que establecían los antiguos procedimientos concursales (concurso y quiebra), la apertura del concurso no conlleva el vencimiento anticipado de las deudas pendientes, sino, justamente, la conservación del plazo, porque el objetivo mismo del procedimiento concursal ha cambiado.

2.1. *Las bases del problema: La par conditio creditorum y la recomposición patrimonial*

a) La insolvencia y el principio de *par conditio creditorum*

El problema de la eficacia del pago al amparo del artículo 1129 del Código Civil, una vez declarado el concurso, sigue siendo hoy un conflicto de intereses. Por un lado, el interés del acreedor individual, que en ejercicio de una facultad reconocida por el ordenamiento jurídico ha obtenido el pago del crédito; y por otro, el de los acreedores en concurso, a quienes se impone el principio de la igualdad de trato en la ejecución del patrimonio del deudor: como dicho patrimonio garantiza el cumplimiento de las obligaciones de distintos acreedores, debe ejecutarse a favor de todos.

El eje del problema es que la igualdad de trato frente al patrimonio del deudor no se impone a partir del momento de la declaración del concurso, sino que es una exigencia derivada del hecho mismo de la insolvencia. Como señala LEÓN, «(e)n la insolvencia los efectos del concurso no se producen solo a partir de la declaración del concurso, sino que afectan a los actos del deudor que han sido hechos en el periodo anterior a esta declaración»⁷⁵. Y, por ello, se

busca «recomponer» el patrimonio concursal⁷⁶. Desde luego, el alcance de esta recomposición no solo debe mirar el interés de los acreedores, sino también la protección de los demás intereses en juego, como los del propio deudor, y de los de terceros.

b) El sistema de recomposición patrimonial

Hay diversos «sistemas» por los que puede obtenerse la recomposición patrimonial: un sistema de *retroacción absoluta*, en el que se fija una fecha anterior a la declaración del concurso que se entiende es el momento en que cesaron efectivamente los pagos, y que conlleva que todos los actos realizados por el deudor con posterioridad devienen nulos; un sistema de *retroacción relativa*, que fija un periodo anterior que se considera como «sospechoso», en los que ciertos actos quedan anulados por disposición de la ley, y otros pueden serlo si se prueba el fraude; y un sistema de ausencia de retroacción, tanto absoluta como relativa, en el que si bien se fija un periodo «sospechoso», se requiere que se ejerciten acciones para obtener la ineficacia de los actos que, singularmente considerados, sean perjudiciales para los acreedores⁷⁷.

El sistema vigente en la antigua legislación concursal era un sistema «mixto o doble»⁷⁸, en cuanto combinaba un periodo de retroacción absoluta (sancionando todos los actos con nulidad) con una pluralidad de periodos sospechosos⁷⁹. El fundamento de la ineficacia de los actos realizados por el deudor se hallaba en una retroacción del efecto de la declaración consistente en la inhabilitación o desapoderamiento de los bienes del deudor⁸⁰. Como se sabe, desde esta perspectiva la LC importa un cambio significativo, porque opta por un sistema de impugnación, estableciendo una acción *rescisoria*⁸¹, cuyo fundamento no es otro que el *perjuicio* que el acto causa a los intereses de la masa activa⁸².

La regulación de este sistema se encuentra en los artículos 71 a 73 LC, de los que se deduce, que «los presupuestos y requisitos para el ejercicio de las acciones (...) se reducen a la previa declaración del concurso, la realización de los actos perjudiciales para la masa activa y la limitación temporal a los dos años anteriores a la declaración de concurso»⁸³. La ley, para facilitar el ejercicio de estas acciones, presume el perjuicio *iuris et de iure* en determinados actos (art. 71.2), y *iuris tantum* en otros (art. 71.3). Para los casos no contemplados, el perjuicio debe probarse (art. 71.4). Finalmente, no se impide el ejercicio de otras acciones de impugnación de los actos del deudor (art. 71.6). Por otro lado, se establece que, bajo ciertas condiciones, no podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación y otros pagos y actos relacionados con estos procesos (art. 71 bis)⁸⁴.

Esta configuración, en consecuencia, sugiere la necesidad de un doble análisis. *Primero*, analizar la posibilidad de que la eficacia del pago hecho al amparo

del artículo 1129.1 del Código Civil quede restringida en virtud de la acción rescisoria concursal. El *segundo*, la posibilidad de que el pago pueda ser atacado recurriendo a otras acciones de Derecho común.

2.2. *La eficacia del pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil frente a la acción rescisoria concursal*

Una mirada a los distintos numerales del artículo 71 LC, en lo que toca a los pagos hechos en situación de insolvencia, nos permite resolver la cuestión. Los dos extremos que delimitan el ámbito de aplicación de estas acciones rescisorias concursales en cuanto a los actos son: *a)* que se trate de un acto realizado por deudor; y *b)* que no sea de aquellos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados de forma normal. Lo primero que hay que hacer, entonces, es analizar si el supuesto del artículo 1129.1 tiene lugar entre ellos. Solo si el supuesto del artículo 1129.1 del Código Civil puede quedar dentro del ámbito de aplicación de la rescisoria concursal, habrá que analizar, considerando que el fundamento de la impugnación es siempre el perjuicio a la masa, si puede decirse que el pago entraña tal perjuicio, y en su caso, si queda cubierto por alguna de las presunciones legales que facilitan su prueba. Veamos estos puntos.

a) Ámbito de aplicación. Actos realizados por el deudor

Lo primero que hay que tener presente es que estas acciones tienen por objeto la impugnación de *actos realizados por el deudor* (cfr. art. 71.1). ¿En qué medida un pago realizado en virtud del artículo 1129.1 del Código Civil puede ser considerado «acto del deudor»? Al respecto podemos encontrar dos posiciones:

- i) *Es acto del deudor siempre que no haya imposición judicial.* De acuerdo con la interpretación mayoritaria, si el acto no deriva de una facultad del deudor, sino que ha sido resultado de una imposición judicial, la impugnación no es posible. Como sostiene algún autor, «de ahí que siga siendo válida la aseveración de que han de dejarse al margen “aquellas transmisiones operadas por virtud de una ejecución forzosa, ya sea administrativa o judicial” y en las que el adjudicatario no puede ser inquietado, aunque el auto de remate encajara dentro del periodo sospechoso»⁸⁵. Si se admite esta interpretación, el pago que recibe el acreedor aplazado al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil solo quedaría a salvo de la rescisión concursal en cuanto hubiera sido un pago obtenido como consecuencia de un cobro en juicio, y no, en cambio, si el pago se hubiera hecho extrajudicialmente⁸⁶.

- ii) *Es acto del deudor siempre que no haya requerimiento del acreedor.* Para MASSAGUER, deben incluirse solamente los «pagos voluntariamente realizados por el deudor antes de la fecha del vencimiento, pero no los pagos que hubiere realizado de forma obligatoria, y en particular, compelido por la resolución del contrato o por un vencimiento anticipado que de forma ilícita hubiere promovido el acreedor» (nota: el sentido de la oración obliga a entender que «ilícita» es un error de transcripción, queriendo decir «lícita»)⁸⁷. Como se puede observar, se trata de una postura más favorable a la eficacia extrajudicial del artículo 1129.1 del Código Civil.

b) Exclusión de ciertos actos

Por otro lado, hay que tener presente que ciertos actos son legalmente excluidos (art. 71.5 LC), entre ellos, los *actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales*. La justificación de esta excepción es la necesidad de mantener el funcionamiento de la empresa⁸⁸, y de hecho, se aceptaba *de facto* por la doctrina y jurisprudencia como excepción a la retroacción en la antigua regulación⁸⁹. En todo caso, no parece que se pretenda establecer un blindaje respecto de cualquier vía de impugnación, sino solo respecto de la rescisoria concursal, de modo que «en lo que se refiere a los actos correspondientes a estos ámbitos, la reintegración de la masa solo podrá llegar (...) de la mano de otras figuras impugnatorias, como la nulidad o la revocatoria por fraude de acreedores⁹⁰.

Como se puede apreciar, la cuestión es determinar, por un lado, qué ha de entenderse por *acto ordinario*, lo cual es difícil. Como sostiene CRESPO, «quizás el criterio definidor sea el de actos necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional, es decir, todos aquellos de carácter impositivo, laboral, suministros y en general los de mantenimiento ordinario, sin cuya realización se paralizaría en un corto periodo de tiempo la actividad productiva de la empresa»⁹¹. Pero, para que resulte excluido, el acto debe ser, además, *realizado en condiciones normales*. En todo caso, tratándose de un pago al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil, es dudoso que, en consideración del fundamento de esta exclusión, pueda quedar «blindado» por esta vía, precisamente porque el presupuesto que habilita al acreedor a cobrar es una situación de suyo anormal, como es la insolvencia. En condiciones normales las deudas se pagan a su vencimiento.

c) El perjuicio como fundamento de la rescisión

El fundamento de la acción rescisoria concursal es, exclusivamente, la existencia de perjuicio. Para determinar cuando existe o no «perjuicio» —que evidentemente es un concepto jurídico indeterminado— podemos recurrir, como punto de partida, al marco funcional de esta acción: el procedimiento concursal⁹². El perjuicio a que alude el legislador concursal va referido a las expectativas de realización de los créditos que se integran en la masa pasiva⁹³. Y, desde esta perspectiva, la mayoría de la doctrina entiende que, a efectos de la acción rescisoria, no solo hay perjuicio cuando disminuye el patrimonio o sale un bien sin que ingrese un valor equivalente, sino además, en aquellos casos en los que infringe la regla de la *par conditio creditorum*⁹⁴.

Por eso, la LC no solo presume el perjuicio *iuris et de iure* en los actos de disposición a título gratuito, en los que, por definición son actos de disposición patrimonial sin contrapartida por parte del beneficiario⁹⁵, sino también en el *pago u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso*⁹⁶. En efecto, el fundamento de la presunción en este caso es que dicho pago supone un beneficio exclusivo para el acreedor que ve satisfecho su crédito, en perjuicio de la igualdad de trato del resto de los acreedores de su misma condición, violando la regla de la *par conditio creditorum*⁹⁷. Se sostiene que «como consecuencia de tal proceder media un empeoramiento para la masa, que se ve perjudicada por la pérdida del beneficio del plazo sin justificación —o contraprestación— alguna. De igual modo, la discriminación injustificada entre los propios acreedores, cuyo origen está en la simple voluntad del deudor cuando la obligación que sobre él pesa aún no es exigible pero, también en la voluntad que expresara el acreedor beneficiario de tal pago (...) provoca unos efectos de cara al concurso que no son ni pueden ser asumibles»⁹⁸.

Y en este sentido, se ha llegado a sostener que el perjuicio se presume de modo absoluto también frente a los supuestos legales de anticipación del vencimiento del artículo 1129 del Código Civil, en base a que la letra del precepto no da margen para otra interpretación⁹⁹. Esta conclusión no deja de ser lógica, pues por el artículo 1129.1 del Código Civil la obligación aplazada no «vence», sino que se vuelve «exigible». De forma que, en rigor, si el vencimiento natural de la obligación era posterior a la declaración de concurso, el pago de la obligación aplazada quedaría comprendido dentro de esta presunción.

d) Consecuencias de admitir esta noción de perjuicio y posición crítica

Desde esta perspectiva, cualquier pago hecho por el deudor antes de la declaración de concurso y dentro de los dos años anteriores, podría ser considerado

«perjudicial», en cuanto afectaría la *par conditio creditorum* por su proximidad temporal al momento de la declaración del concurso¹⁰⁰. La LC solo considera bajo presunción *iuris et de iure* el pago de una deuda cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración, pero ello no significa que, en los demás casos —por ejemplo, el pago anticipado de una deuda cuyo vencimiento fuere anterior a la fecha de declaración del concurso, o incluso el pago de una deuda exigible y vencida— no se pueda probar la existencia del perjuicio patrimonial por quien ejercite la acción rescisoria (cfr. art. 71.4 LC)¹⁰¹.

Hay, sin embargo, buenos argumentos para oponerse a un concepto tan amplio de perjuicio. En este sentido, se ha señalado que un concepto de perjuicio tan amplio y general no debe mantenerse por ser contrario «al principio de seguridad del tráfico, y por esconder, en definitiva, una suerte de retroacción encubierta»¹⁰². Más categórico es VILLORIA, para quien: «(a)demás de ser contrario a la seguridad jurídica, revisar el pasado a la vista de la insolvencia posterior es una tarea inabarcable. Antes de la insolvencia, el deudor habrá pagado a numerosos acreedores (¿acaso hay algo malo en ello?), y, sin embargo, habrá dejado a otros pendientes (de otro modo no habría insolvencia). En todo concurso se habrá producido un trato desigual de los acreedores, y este hecho no se puede corregir»¹⁰³.

e) El efecto de la rescisión

El artículo 73 LC prevé como efecto de la rescisión, la ineficacia del acto y la restitución de las prestaciones recíprocas. El artículo 73.3 señala que «(e)l derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado».

Sin embargo, es evidente que la restitución de las prestaciones se limita a aquellos casos en que resulten posibles, en consideración a la naturaleza del acto. Así, por ejemplo, no habrá restitución si se ha constituido una garantía real a favor de una deuda preexistente¹⁰⁴. Y en los casos de pagos de deudas, sean o no vencidas, ocurre lo mismo, ya que la restitución solo incumbe a la contraparte del deudor concursado (el acreedor del pago): no habrá contraprestación y el crédito será considerado como crédito concursal y no como crédito contra la masa¹⁰⁵.

2.3. *Eficacia del pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil frente a las acciones rescisorias de Derecho Civil*

Al lado de la acción rescisoria concursal fundada en el perjuicio, la vía para impugnar un pago queda abierta a través del ejercicio de acciones extra-concursales. La LC no excluye la posibilidad de ejercer otras acciones de impugnación que procedan conforme a Derecho (art. 71.6 LC)¹⁰⁶. Y entre ellas, desde luego, las acciones rescisorias de Derecho Civil, siendo particularmente aplicables al caso del pago las contenidas en los artículos 1111 y 1292 del Código Civil. La posibilidad de que el pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil no sea rescindible mediante el ejercicio de la acción concursal justifica analizar esta otra vía de impugnación.

a) La eficacia del pago hecho en situación de insolvencia frente a otros acreedores (art. 1292 CC)

El artículo 1292 del Código Civil establece que: *«(s)on también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos»*. Por ello, la eficacia del pago hecho por el deudor insolvente al acreedor aplazado dependerá de si es posible excluirlo del ámbito de aplicación del artículo 1292 del Código Civil. En general, la doctrina ha propuesto dos vías por las cuales puede sostenerse la eficacia del pago frente a esta acción rescisoria:

- i) Una primera alternativa es proponer ámbitos distintos de aplicación: se puede entender que el artículo 1129.1 del Código Civil contempla una consecuencia general de la insolvencia que atañe a la relación jurídica entre acreedor y deudor, mientras que el artículo 1292 del Código Civil tiene un campo de acción más estricto —insolvencia más fraude— y mira el caso de colisión de varios derechos de crédito. Desde esta perspectiva, el acreedor podría exigir anticipadamente, pero el deudor debería pagar por el orden de prioridad en la fecha¹⁰⁷. Nos parece que esta interpretación, sin embargo, tiene dos problemas: primero, que reduce el ámbito de aplicación del artículo 1129.1 del Código Civil al supuesto en que no hay colisión de derechos y, como hemos sostenido, la facultad de anticipar el cumplimiento del artículo 1129.1 solo se explica en cuanto hay pluralidad de acreedores, de forma que no puede pretenderse que su eficacia quede reducida al caso en que existe un solo acreedor; y segundo, que tampoco parece determinante que siempre que opere el artículo 1129.1 del Código Civil se excluirá el fraude, que por lo demás, ni siquiera parece exigir el artículo 1292 del Código Civil¹⁰⁸.

- ii) Otra alternativa es entender que, en estado de insolvencia, el pago de una obligación aplazada es siempre pago de una obligación exigible. Como sostiene un autor, «si se da la situación de insolvencia, en las obligaciones a término no existirán pagos a cuyo cumplimiento no pudiera ser compelido el deudor, porque la propia insolvencia determina la posibilidad de exigir»¹⁰⁹. Lo que se puede rescindir en virtud del artículo 1292 del Código Civil son pagos hechos por el deudor en estado de insolvencia *a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos*, y si existe insolvencia, se faculta al acreedor aplazado a exigir el cumplimiento, por lo tanto, es un pago al que el deudor *podía ser compelido*, aunque, de hecho, no lo hubiera sido todavía. Si en verdad existía situación de insolvencia al momento del pago, el acreedor aplazado que ha recibido el pago quedaría siempre a cubierto de la rescisión que pudieran solicitar los demás acreedores, y, en principio, sería irrelevante que dicho acreedor haya obtenido este pago como consecuencia de un acto espontáneo del deudor, como consecuencia de haberlo solicitado al deudor en forma extrajudicial, o por haber obtenido sentencia favorable en juicio. En todos los casos, dicho pago quedaría excluido del ámbito de la acción rescisoria del artículo 1292 del Código Civil¹¹⁰.

Se ha puesto de relieve, sin embargo, que asumir esta posición dejaría al artículo 1292 del Código Civil «prácticamente sin posibilidad de operar»¹¹¹. La justificación de esta afirmación parte de reconocer que las «*obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor*» no solo comprenden las obligaciones aplazadas, sino además otras categorías de obligaciones, como las sujetas a condición suspensiva, las obligaciones naturales y las prescritas, pero, al menos respecto de las condicionales y las prescritas, el artículo 1292 no sería aplicable, limitando su ámbito de aplicación únicamente al pago de obligaciones naturales. Desde esta perspectiva, sería necesario, por tanto, buscar una interpretación diversa, que no restrinja tanto el alcance al artículo 1292 del Código Civil.

No obstante, el fundamento de esta posición nos parece discutible. En relación con las obligaciones *condicionales*, el argumento que permitiría excluirlas del artículo 1292 del Código Civil es que no sería necesario rescindir el pago, porque si se paga la deuda, pendiente la condición, hay pago de lo no debido, y los acreedores pueden ejercitar la acción oblicua para obtener la restitución de lo pagado (cfr. art. 1121. ap. 2 CC y art. 1111 CC). Sin embargo, la existencia de otra vía de protección no es suficiente argumento para privar a los acreedores de la acción rescisoria (de hecho, no es infrecuente que los acreedores tengan a su disposición acciones diferentes que, sin embargo, tienen similar finalidad, como ocurre en la fianza —cfr. arts. 1210.3, 1839 y 1838 CC—). Respecto de las

obligaciones *prescritas*, se ha dicho que quedarían fuera del ámbito del artículo 1292 del Código Civil porque la obligación en tal caso sigue existiendo, porque la prescripción puede renunciarse, y porque debe alegarse como excepción, de forma «que son tan exigibles como cualesquiera otras»¹¹², conclusión que, desde luego, no es correcta, ya que la prescripción tiene por efecto, precisamente, extinguir las acciones (cfr. 1930 CC).

En consideración de lo expuesto, nos parece que hay suficientes argumentos para concluir que el artículo 1292 del Código Civil conserva un ámbito de aplicación que justifica su existencia, y que es posible excluir el pago de obligaciones aplazadas, aun cuando el pago hubiera sido hecho en sede extrajudicial.

b) La impugnación del pago por fraude de acreedores (art. 1111 CC)

La acción por fraude de acreedores (acción pauliana) está contemplada en el artículo 1111 del Código Civil en los siguientes términos: «*(l)os acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe (...) pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho*». La cuestión aquí es: ¿puede haber fraude en un pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil? La respuesta depende de lo que se entienda por «fraude», y al respecto, hay diversas opiniones en la doctrina:

- i) Unos entienden que el pago anticipado al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil no puede ser fraudulento en ningún caso, porque el acreedor que exige en este supuesto cobra lo que se le debe, es decir, ejerce un derecho legítimo¹¹³. Por ello, no puede sostenerse que haya fraude a los demás acreedores en el pago de una deuda *exigible*, aun cuando exista insolvencia y tanto el deudor como el acreedor conozcan dicho estado, pues, «(e)l pago es por su propia naturaleza un acto que excluye el fraude en el deudor, en cuanto que es necesario»¹¹⁴. La cuestión es distinta si no existía insolvencia al momento de efectuar el pago, pues la obligación aplazada no era una obligación exigible, y por tanto, el requerimiento anticipado por parte del acreedor, o el pago voluntario en forma anticipada no excluye necesariamente el fraude a los demás acreedores. Y decimos «necesariamente» porque siempre podría sostenerse que el acreedor que cobra antes exige legítimamente, pues corresponde al deudor oponer frente al cobro la excepción de plazo, ya que la obligación existe, y de hecho, el pago voluntario que haga el deudor no puede repetirse. Lo que es claro es que es la insolvencia la que determina la exigibilidad del crédito, por lo que, desde el punto de vista lógico, no habría inconveniente en que pueda

- acreditarse con posterioridad —precisamente frente al ejercicio de la acción pauliana— que el deudor era insolvente al tiempo de pagar la deuda aplazada. Desde este punto de vista, el pago al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil quedaría a cubierto del ejercicio de la acción pauliana incluso si hubiera operado en vía extrajudicial.
- ii) Se ha sostenido, por otro lado, que si quiere alejar la duda de fraude, simulación o mala fe, el acreedor que pretende cobrar antes del vencimiento debe acreditar que existe insolvencia, porque es esta la que, precisamente, faculta al acreedor a exigir anticipadamente¹¹⁵. Además, se sostiene que esto no quiere decir que el acreedor deba iniciar un procedimiento declarativo previo, sino que basta que la insolvencia se acredite en el mismo juicio en que se exige el cobro anticipado¹¹⁶. Desde esta perspectiva, el pago realizado al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil solo quedaría protegido frente a la acción pauliana cuando el acreedor aplazado hubiera acreditado la insolvencia del deudor. Esta posición permite, al menos, dudar de la eficacia de un pago en sede extrajudicial.
 - iii) Otra postura, finalmente, entiende que puede haber fraude si el acreedor obtiene una ventaja respecto de los demás, ventaja que deberá restituir, y que la doctrina denomina el *interusurium*, que es el valor de los intereses y frutos percibidos (que algunos consideran desde una perspectiva únicamente temporal, que comprende el periodo entre el vencimiento y la fecha de anticipación, y otros consideran, además, que se haga en proporción al patrimonio del deudor)¹¹⁷.

Por otro lado, la jurisprudencia del TS, en forma constante y consolidada, exige ciertos requisitos para la viabilidad de esta acción, a saber: *a*) la existencia de un crédito a favor de la parte actora; *b*) la realización de un acto por virtud del cual desaparece el patrimonio del deudor y que sea posterior al nacimiento del crédito del actor; *c*) propósito defraudatorio, tanto de dicho deudor como del que adquiere los bienes; *d*) ausencia de otro medio para obtener la reparación (carácter subsidiario de la acción)¹¹⁸. En este sentido, el TS entiende que el «fraude» no precisa la intención de dañar (*animus nocendi*) sino que basta la conciencia del perjuicio a los acreedores (*scientia fraudis*)¹¹⁹, pero se exige que la celebración del negocio dispositivo que causa el daño a los acreedores (en este caso, sería el pago) «se haya realizado con la complicidad o conocimiento de la persona con la que contrata y hace suyos los bienes para dejarlos fuera de la acción de su acreedor, por lo que no basta por sí solo el perjuicio causado con el negocio en cuestión, sino que es preciso que vaya acompañado de este propósito defraudatorio, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa objeto de la enajenación»¹²⁰. En este punto, es importante destacar que el mismo TS ha señalado que «la presunción de fraude [que establece el artículo 1297.2

del Código Civil: «También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes»] desaparece cuando se acredita que las enajenaciones tuvieron por objeto satisfacer obligaciones anteriormente contraídas»¹²¹.

En nuestra opinión, no parece razonable identificar la noción de fraude con perjuicio. Como el supuesto de hecho del artículo 1129.1 del Código Civil es la insolvencia, el acreedor aplazado siempre sería consciente que, por el hecho de recibir el pago, se causa un perjuicio a los demás acreedores, y, en consecuencia, siempre sería posible rescindir un pago hecho al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil. Ello privaría de sentido a la norma, pero además implicaría para los acreedores una especie de deber de abstenerse de exigir el pago de sus créditos si conocen el mal estado patrimonial del deudor. No parece que sea esa la finalidad de la acción pauliana, y por ello, nos inclinamos por entender, como lo ha hecho el TS, que el pago de una obligación contraída con anterioridad, en principio, excluye el fraude, tanto en los casos en los que se ha exigido judicialmente el cobro, como en aquellos en los que el acreedor ha requerido extrajudicialmente al deudor, o se ha pagado voluntariamente la deuda.

c) Conclusión

Hay suficientes motivos para sostener que el pago realizado al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil no puede ser dejado sin efecto por los demás acreedores, ni en virtud del artículo 1292 del Código Civil ni del 1111 del Código Civil, ni siquiera en los casos en que fuese hecho extrajudicialmente. En efecto, la situación de insolvencia, en cuanto justifica el cobro anticipado, torna «exigible» la obligación aplazada, y en consecuencia, el pago realizado queda comprendido dentro de aquellos pagos a los que el deudor *podía ser compelido*, incluso si dicho pago fue voluntario. Y ello es un argumento importante para admitir la eficacia extrajudicial de la anticipación del cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil. Por su parte, si bien la acción del artículo 1111 del Código Civil permite dejar sin efecto los actos del deudor realizados en fraude de los derechos de los acreedores, es posible sostener que el pago de una obligación existente excluye el fraude.

V. CONCLUSIÓN Y COMENTARIOS FINALES

Considerando que las acciones de Derecho Común (arts. 1292 CC y 1111 CC) no permiten obtener la ineficacia de un pago anticipado realizado al amparo del artículo 1129.1 del Código Civil, nos parece que su eficacia en una

posterior declaración de concurso dependerá del alcance que se otorgue a la rescisoria concursal, y de la forma en que ha tenido lugar el pago al acreedor aplazado.

En este sentido, la postura que se adopte en relación a la extensión que debe darse a la frase: *actos realizados por el deudor* (art. 71.1 LC) tiene una importancia capital sobre la eficacia del artículo 1129.1 del Código Civil, ya que si se adopta una interpretación amplia, que incluye en «actos del deudor» tanto las actuaciones voluntarias como las obligatorias, el pago que sea consecuencia de la exigibilidad anticipada del artículo 1129.1 del Código Civil sería siempre rescindible una vez declarado el concurso, en cuanto perjudicial para la masa, siendo indiferente que haya sido espontáneo, motivado por un requerimiento del acreedor, o en cumplimiento de una sentencia judicial¹²². Si, en cambio, se interpreta en forma más restrictiva, no serían rescindibles los actos que sean resultado de una resolución judicial que condene al pago, y, aunque algo más dudoso, podría también sostenerse lo mismo de aquellos pagos que sea hagan como consecuencia de un requerimiento extrajudicial del acreedor.

Para poder rescindir un determinado acto, se requiere que sea perjudicial para la masa. Y, en general, se entiende que existe «perjuicio» no solo cuando se produzca una disminución patrimonial, sino también cuando se afecte la *par conditio creditorum*. Desde esta perspectiva, puede sostenerse que todo pago a un acreedor realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso es *siempre* perjudicial para la masa, y por lo mismo, que resulta irrelevante, a estos efectos, que la deuda pagada tuviera un vencimiento posterior a la declaración de concurso o se tratase de una deuda que era exigible con anterioridad. La única diferencia estaría en que, en el primer caso, la LC presume la existencia del perjuicio, sin admitir prueba en contrario; en el segundo caso, la prueba del perjuicio es necesaria. No obstante, esta interpretación ha sido objeto de críticas, pues parece exagerado permitir rescindir pagos de obligaciones exigibles cuando todavía no existía insolvencia. El pago realizado al amparo de la facultad de anticipación del artículo 1129.1 del Código Civil seguiría siendo rescindible, pues opera precisamente cuando ya existe insolvencia.

En definitiva, nos inclinamos por pensar que el pago que recibe el acreedor de una obligación aplazada en virtud del artículo 1129.1 del Código Civil corre un grave riesgo de ser rescindido por el ejercicio de la acción rescisoria concursal. Y dado que, como hemos justificado, la legislación concursal determina que la declaración de concurso sea una consecuencia necesaria de la existencia de la insolvencia, resulta que la facultad de anticipación del artículo 1129.1 del Código Civil queda privada de sentido. Una vía para afirmar la eficacia del pago frente a la rescisión concursal es entender que en caso de operar el artículo 1129.1 del Código Civil no hay en realidad un *acto del deudor*, lo que será más fácil de justificar cuando el pago haya sido ordenado judicialmente (cumplimiento forzado) en un proceso en el que se haya acreditado la existencia

de la insolvencia. De esta forma no se restringe la noción de «perjuicio» como fundamento de la rescisión, que, efectivamente considera también la alteración de la *par conditio creditorum*.

La solución anterior tiene como punto de partida la vigencia del artículo 1129.1 del Código Civil, y en consecuencia, la necesidad de buscar una interpretación que no le prive de eficacia. Pero esto no impide que, desde una mirada más amplia, podamos cuestionar esa vigencia, en cuanto aparece como un elemento distorsionador dentro de un ordenamiento jurídico que pretende un tratamiento sistémico del fenómeno de la insolvencia. Como hemos señalado, con la antigua legislación concursal la doctrina entendía que el supuesto de «vencimiento» anticipado del artículo 1129.1 del Código Civil —como generalmente se le denomina, en forma errónea— no solo no suponía una declaración previa de concurso, sino que requeriría, precisamente, que no existiera tal declaración, pues en tal caso la facultad reconocida al acreedor carecía de sentido: la declaración de la quiebra o del concurso tenía como efecto, «con carácter legal y de eficacia automática»¹²³, el vencimiento anticipado de todas las deudas a plazo¹²⁴. En efecto, el vencimiento anticipado de las deudas es un efecto que aparecía anudado a la declaración misma del concurso o la quiebra, en tanto ambos eran procedimientos de ejecución universal, destinados naturalmente a la liquidación del patrimonio del deudor¹²⁵. Pero el fundamento de este vencimiento anticipado no se encontraba únicamente en la pérdida de la confianza en el deudor o en la lesión del derecho de crédito, sino en una exigencia propia de la ejecución colectiva de las deudas del quebrado: su pago actual, a medida que fuera posible con el importe de la masa activa, sin esperar el vencimiento del plazo¹²⁶. Se justifica en la necesidad de «que todos los acreedores del deudor puedan hacer valer un derecho actual a obtener el dividendo que les corresponde»¹²⁷, sin dilatar injustificadamente el procedimiento¹²⁸.

Hoy, en el sistema de la LC, ya no es la declaración del concurso la que produce este efecto, sino la apertura de la fase de liquidación. Sin desconocer que la principal finalidad del concurso de acreedores sigue siendo la satisfacción de estos, la LC también busca proteger otros intereses, y entiende que el cauce más adecuado para ello es el convenio, y no la liquidación¹²⁹. Por ello, «mientras sea posible llegar a un convenio, no hay necesidad de decretar el vencimiento anticipado»¹³⁰. El procedimiento concursal de la LC es, desde esta perspectiva, un procedimiento de quiebra —reorganización— (y no de quiebra —liquidación—) en el que se busca la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor¹³¹. Y en este tipo de procedimientos, «se piensa que la mejor forma de remover las dificultades solutorias de esta (la empresa) en relación a su pasivo exigible no es precisamente añadirle la carga suplementaria del pasivo no exigible»¹³². Ello conlleva la «crisis» del principio del vencimiento anticipado, y la exigencia del principio inverso: la conservación de los plazos¹³³. Precisamente por esto se explica la desaparición del presupuesto concursal (*faillite*) como

fundamento del vencimiento anticipado en el artículo 1188 del *Code*, norma en la que, como hemos dicho, encuentra su origen histórico la introducción del concepto de «insolvencia» en el artículo 1129.1 del Código Civil, como causa suficiente para anticipar el cobro¹³⁴.

Si la idea de la LC es favorecer la continuidad de la actividad del deudor, y alcanzar un convenio, entonces no solo no se justifica el vencimiento automático de todas las deudas a plazo, sino que tampoco es razonable que, ya en estado de insolvencia pero antes de la declaración de concurso, cualquier acreedor aplazado pueda anticipar la exigibilidad de su crédito. Por ello, más allá de los esfuerzos que podamos hacer por encontrar una interpretación que no reste absoluta eficacia al artículo 1129.1 del Código Civil, creemos que esta facultad de anticipar el cobro en caso de insolvencia se aviene mal con el resto del sistema jurídico, y en particular, con la regulación de la LC. Es un elemento distorsionador dentro del sistema de tratamiento de la insolvencia.

En consecuencia, aún cuando se realice un esfuerzo por justificar la eficacia del artículo 1129.1 del Código Civil, siempre podrá sostenerse que, si existe una situación de insolvencia con pluralidad de acreedores (que es precisamente el supuesto del art. 1129.1 CC), «la ejecución individual del crédito, basada en el principio de prioridad en el tiempo del embargo (*prior tempore potior iure*) se considera injusta porque beneficiará a los acreedores más diligentes...»¹³⁵, de forma que lo suyo es la apertura del concurso. La facultad del artículo 1129.1 «supone contradecir la filosofía de la defensa colectiva»¹³⁶, y con mayor razón, como hemos visto, la de un concurso orientado a la celebración de un convenio. A nuestro juicio, la conservación de esta norma es un ejemplo patente de la denuncia hecha por la doctrina en cuanto a que la LC, «no ha penalizado en grado suficiente la iniciación de ejecuciones individuales en situaciones de insolvencia con pluralidad de acreedores»¹³⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, 18.^a ed., Edisofer, Madrid, 2009.
- BELTRÁN, Emilio: «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, págs. 29-52.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Artículo 2», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, tomo 1, págs. 36-48.
- BLASCO GASCÓ, FRANCISCO: «Comentarios al artículo 146», en SAGREGA TIZÓN, J., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 1526-1539.
- BOLDÓ RODA, Carmen: «Efectos del concurso sobre los créditos en particular», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 2499-2530.

- BONNECASE, Julien: *Elementos de Derecho Civil*, Editorial José Cajica, Puebla, 1945.
- BUSTILLO SAIZ, María: «Razones de Derogación de la retroacción judicial absoluta en la Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 3971-4008.
- CAPILLA RONCERO, FRANCISCO: *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 1989.
- Voz «Insolvencia», en MONTAYA MELGAR, A. (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. 3, págs. 3614-3615.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 17.ª ed., Reus, Madrid, 2008 [tomo 3].
- CERDÁ ALBERO, Fernando: «La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 953-999.
- CLEMENTE MEORO, Mario: *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- COROMILLAS, J. y PASCUAL, J. A.: *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, 1.ª ed., Gredos, Madrid, 1980.
- CRESPO ALLUÉ, Fernando: «Comentario al artículo 71», en SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 1365-1402.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *La vía pauliana*, Tecnos, Madrid, 1997.
- DÁVILA GONZÁLEZ, Javier: «Comentario al artículo 1129», en PASQUAU LIAÑO, M. (dir.), *Código Civil. Jurisprudencia Civil comentada*, 2.ª ed., Colmares, Granada, 2009, págs. 2008-2009.
- DE MIGUEL, Raimundo: *Nuevo Diccionario Latino-Español Etimológico*, 2.ª ed., 1897, Reimpreso por Visor Libros, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «El pago anticipado», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, julio-septiembre, págs. 37-117.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.
- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Reus, Madrid, 2006.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Artículo 146. Efectos sobre los créditos concursales», en SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 2575-2598.
- *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- *El cumplimiento anticipado de las obligaciones*, Civitas, Madrid, 1992.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino: «Sobre el concepto básico de insolvencia», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 1001-1016.
- ESCRIBANO GÁMIR, Rosario: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007, págs. 7-60.
- «La reintegración de la masa activa del concurso», en *Estudios sobre la ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 4009-4044.

- ESTEBAN RAMOS, Luisa María: «El presupuesto subjetivo del concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, 2009, págs. 151-193.
- FERNÁNDEZ CARRÓN, Clara: *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Aranzadi, Navarra, 2008.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «Comentario al artículo 146», en la misma (coord.): *Ley Concursal. Comentarios, Jurisprudencia y formularios*, La Ley, Madrid, 2005, págs. 447-452.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Comentario al artículo 1467», en PAZ-ARES, DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR (coords.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, tomo 2, págs. 918 y 919.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio: «De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 2, 2004, págs. 43-80.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel: *Derecho Privado Romano*, 14.^a ed., Ediciones académicas, Madrid, 2005.
- GARCÍA SANZ, Arturo: «Notas sobre el sistema de reintegración de la masa en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 4063-4082.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Comentario al artículo 71», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, tomo 1, págs. 829-871.
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel: *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «La rescisión de los pagos realizados antes de la declaración de concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, págs. 383-390.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «La acción rescisoria concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 4125-4135.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro: *Derecho Romano Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- HERRADOR MUÑOZ, Alicia: «Algunos aspectos del funcionamiento de las acciones de reintegración en la nueva ley concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005, págs. 169-177.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, 4.^a ed., Dykinson, Madrid, 2007 [tomo 2, vol. 1].
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «De las obligaciones a plazo», en PAZ-ARES, DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR (coord.): *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, tomo 2, págs. 100-109.
- LEÓN, Francisco José: «Comentario al artículo 71», en ROJO, Á. y BELTRÁN, Emilio (coords.): *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, 2004, págs. 1301-1321.
- «La finalidad y la estructura de la acción rescisoria (I)», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, págs. 53-104.
- LINACERO DE LA FUENTE, María: *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, Reus, Madrid, 2005.

- LOIS PUENTE, José Manuel: «Anticipación unilateral del vencimiento y procedimiento ejecutivo», en *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía [La Ley]*, 1996, tomo 5, D-315.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «La acción revocatoria concursal: perfiles generales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 4159-4174.
- MANRESA, José María: *Código Civil español*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1901 [tomo 8].
- MARTÍNEZ, Aurora: *La inhabilitación del quebrado. Ámbito temporal*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- MASSAGUER, José: «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 4211-4237.
- MERCADAL VIDAL, Francisco: «Comentarios al artículo 2», en SAGREGA TIZÓN, J., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 30-43.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente: «Comentario al artículo 1129 del Código Civil», en ALBALADEJO, Manuel (dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1982, tomo 15, vol. 2, págs. 127-147.
- MONTÉS REIG, Luis: «¿Cómo debe acreditar el deudor que solicita la declaración de concurso la concurrencia del presupuesto objetivo necesario a tal efecto?», en *Revista de Derecho Patrimonial [Aranzadi]*, núm. 12, 2004, págs. 153-167.
- MORALEJO, Ignacio: *Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)*, núm. 17, 2009, págs. 81-138.
- ORDUÑA MORENO, Francisco: *La insolvencia. Análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «De las obligaciones a plazo», en BERCOVITZ (coord.): *Comentarios al Código Civil*, 2.^a ed., Aranzadi, Madrid, 2006, págs. 1359-1365.
- PLANIOL, Marcel/RIPERT, Georges: *Traité Pratique de Droit Civil Français* [tomo 7], 2.^a ed., Libraire General de Droit et Jurisprudence, París, 1954.
- POTHIER, R. J.: *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Argentina, 1993.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, 4.^a ed., Bosh, Barcelona, 1988 [tomo 1, vol. 2].
- PUYALTO FRANCO, María José: *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos bancarios de consumo*, Dykinson, Madrid, 2006.
- REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Las siete partidas, cotejadas con varios códigos antiguos*, Imprenta Real, Madrid, 1807.
- ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio: «Regulación jurídica de la insolvencia: la legislación concursal», en MENÉNDEZ, A. (dir.): *Lecciones de Derecho Mercantil*, 4.^a ed., Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 889-895.
- ROJO, Ángel: «Artículo 2. Presupuesto objetivo», en ROJO, Á. y BELTRÁN, E.: *Comentarios de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, tomo 1, págs. 164-193.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Comentario al artículo 146», en BERCOVITZ, R. (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 1568-1580.

- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Artículo 2. Presupuesto objetivo», en SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 95-137.
- «Refinanciación y reintegración concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20, 2010, págs. 9-38.
- SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel: «Acciones de impugnación por fraude o invalidez de los actos del deudor: El artículo 71.6 de la Ley Concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2009, págs. 391-405.
- SANTO BRIZ, Jaime: «Comentarios a los artículos 1125-1129», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.): *Comentario del Código Civil*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 2006, págs. 272-285.
- SCAEVOLA, Q. M.: *Código Civil*, Madrid, 1902.
- SEGURA MUNGÍA, Santiago: *Nuevo diccionario etimológico latín-español y de las voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.
- SERRA, Catarina: «¿El concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 17, 2009, págs. 329-341.
- TATO PLAZA, Anxo: «Algunos apuntes en torno a los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 3279-3293.
- TOMILLO URBINA, Jorge Luis: *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, Civitas, Madrid, 2006.
- VELA, Pedro: «La pluralidad de acreedores como requisito del concurso», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, págs. 221-228.
- VIGUERA RUBIO, José: «Los presupuestos del concurso», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo (coord.): *Derecho Mercantil*, 11.ª ed., Ariel, Barcelona, 2006, págs. 765-793.
- VILLORIA RIVERA, Íñigo: «El mito de la *par conditio creditorum*», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 9, 2008, págs. 319-326.

NOTAS

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Doctorando en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Este trabajo ha sido posible gracias al financiamiento del Programa de Formación de Capital Humano Avanzado BecasChile, del Estado de Chile (beca de doctorado en el extranjero).

¹ La comprensión por parte de la doctrina de este precepto como la concesión de una *facultad* al acreedor y no como un verdadero caso de «vencimiento anticipado» es correcta. Sobre la diferencia entre los conceptos de «vencimiento» y «exigibilidad», véase DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El cumplimiento anticipado de las obligaciones*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 37 y sigs., quien, en aplicación de esta distinción al supuesto del artículo 1129 del Código Civil, señala que: «(e)l vencimiento determina para el acreedor la posibilidad de exigir, y para el deudor la de imponer el cumplimiento. En el artículo 1129 lo único que se actualiza es la exigibilidad del crédito, aunque en sentido impropio se pueda decir que el acreedor queda facultado para dar por vencida la deuda» (pág. 80). La consecuencia de la insolvencia sobrevenida no es la extinción de plazo, sino la pérdida para el deudor del derecho a utilizarlo. El vencimiento no opera *ipso iure* por la insolvencia, sino que se producirá solo en forma facultativa, reclamándolo el acreedor según le convenga, y en todo caso, siempre que el deudor no garantice la deuda. De ahí que se prefiera hablar de facultad del acreedor o de una anticipada exigibilidad del crédito.

DOMÍNGUEZ critica la noción «pérdida del beneficio del plazo» y prefiere «facultad de dar por vencida la deuda» (DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, 2010, pág. 1135); aunque en otro lugar señala que es preferible hablar de «exigibilidad anticipada» (DOMÍNGUEZ, *El cumplimiento*, pág. 80). Por su parte, DIEZ-PICAZO señala: «los supuestos legales deben funcionar siempre que el plazo opere como límite a la facultad de exigir del acreedor, por lo cual, en rigor, más que una pérdida del beneficio del plazo, lo que se produce es un anticipado vencimiento de la deuda, o si se prefiere, una anticipada exigibilidad del crédito» (DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008, tomo 2, pág. 377). Otras expresiones para aludir a este supuesto son «pérdida del beneficio del plazo»; «pérdida del derecho a utilizar el plazo»; «caducidad del derecho a utilizar el plazo» o «decadencia del término» (MONTÉS PENADÉS, Vicente, «Comentario al artículo 1129 del Código Civil», en ALBALADEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1982, tomo 15, vol. 2, pág. 128). Incluso, algún autor lo considera un caso de «supresión legal del término establecido» (cfr. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, 18.ª ed., Edisofer, Madrid, 2009, tomo 1, págs. 678 y 679).

² Aun cuando la norma no hace referencia al beneficio del plazo, se trata de una exigencia lógica, pues para que pueda hablarse de pérdida del derecho a utilizar el plazo, el deudor debe haber tenido tal derecho inicialmente; y porque si el plazo está establecido en interés exclusivo del acreedor, la regla no es necesaria, ya que siempre puede exigir anticipadamente el cumplimiento de la obligación. Por ello, la doctrina siempre señala esta exigencia, ver, por ejemplo, DOMÍNGUEZ expresamente: «(si) es el acreedor quien puede exigir antes de que llegue el día señalado, lo dispuesto en el artículo 1129 no le añade ninguna protección supletoria», (*Comentarios*, pág. 1135). Véase también PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, 4.ª ed., Bosh, Barcelona, 1988, tomo 1, vol. 2, págs. 103-109.

³ DIEZ-PICAZO señala que: «(h)a de tratarse de una insolvencia sobrevenida, ya que según el Código, el deudor resulta insolvente después de contraída la obligación. Ello es obvio en aquellos casos en que el acreedor conocía la situación de insolvencia anterior en el momento de constituirse la obligación, y, no obstante, se arriesgó a conceder el crédito. La cuestión aparece más dudosa si la insolvencia existía, pero era de hecho desconocida para el acreedor, situación que el Código tiene en cuenta en otros casos, como son los relativos a la cesión de créditos o la asunción de deudas. La letra de la ley es clara y la solución tiene que ser negativa. La insolvencia anterior no permite nunca reclamar el vencimiento anticipado, lo que encuentra su fundamento en la existencia de una carga de diligencia del acreedor, que ha debido investigar y conocer la situación patrimonial del deudor» (*Fundamentos*, tomo 2, págs. 378-379). En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, tomo 2, vol. 1, pág. 148; y PEÑA LÓPEZ, Fernando, «De las obligaciones a plazo», en BERCOVITZ (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2.ª ed., Aranzadi, Madrid, 2006, pág. 1364.

Por otro lado, si el acreedor no es diligente en conocer el estado patrimonial del deudor, no solo se verá privado de la posibilidad de exigir anticipadamente, sino que eventualmente podría ser privado del crédito mismo. Así sostiene SANTOS BRIZ, «si la insolvencia fuera anterior, esta sería anulable o rescindible por dicha circunstancia, como concertada en fraude de los acreedores (cfr. art. 1291 núm. 3 del CC, cuando esos acreedores no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba)» [SANTOS BRIZ, Jaime, «Comentarios a los artículos 1125-1129», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 2006, pág. 283].

⁴ Tradicionalmente, la facultad para anticipar el cumplimiento en caso de insolvencia se ha justificado en la pérdida de la confianza en el deudor y en la necesidad de otorgar una mayor protección al acreedor, con una connotación subjetiva que incluso a veces se entiende como una sanción al deudor (así, entre otros: DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, tomo 2, pág. 377; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, vol. 2, págs. 154 y 155; LACRUZ, *Elementos*, tomo 2, vol. 1, págs. 148 y 149; y SANTOS BRIZ

en SIERRA, *Comentario*, pág. 282). Esta postura tradicional sigue la justificación de POTHIER (véase, abajo, nota núm. 13).

La doctrina moderna, sin embargo, pone de relieve un aspecto más objetivo: la protección del acreedor ante una situación de peligro que compromete su derecho de crédito (así, por ejemplo, PEÑA LÓPEZ, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 1364; PUYALTO FRANCO, María José, *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos bancarios de consumo*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 111; y con más desarrollo, por ejemplo, CLEMENTE MEORO, Mario, *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, págs. 106 y 107; y ORDUÑA MORENO, FRANCISCO, *La insolvencia. Análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 204).

Por otro lado, se ha sugerido también que la insolvencia sobrevenida importa una *alteración en las bases del contrato*. El TS ha entendido, interpretando el artículo 1467 del Código Civil en relación con el artículo 1129.1 del Código Civil, que, en este supuesto, la concesión de un plazo en el contrato se basa en el hecho de la solvencia del deudor, y que la insolvencia sobrevenida «altera la posición que presidió la formación del contrato (...) la situación de insolvencia implica una disminución de la garantía del cobro del precio aplazado que sitúa al vendedor en el peligro inminente de no cobrar...» (STS de 13 de febrero de 1950, *RJ* 1950/344). No obstante, hay que tener presente que el artículo 1467 del Código Civil incorpora en el supuesto típico la noción de peligro *inminente*, que no se encuentra en el artículo 1129 del Código Civil. Sobre la relación entre el supuesto legal de vencimiento anticipado, y la cláusula *rebus sic stantibus*, con acento en sus diferencias, véase CLEMENTE, *Los supuestos legales*, págs. 287 y 289.

⁵ Se puede decir que la insolvencia se presenta como un hecho o causa legal que incide en la relación obligatoria, determinando distintas consecuencias jurídicas (cfr. ORDUÑA, *La insolvencia*, pág. 119), entre las cuales la anticipación del cumplimiento es solo una. En efecto, el Código Civil recurre a la noción de insolvencia, por ejemplo, en materia de responsabilidad de los herederos (arts. 1701 y 1702); en la regulación de las obligaciones con pluralidad de sujetos (art. 1139); en materia de compraventa (art. 1467); en materia de mandato (art. 1721); en materia de fianza (art. 1844).

⁶ Que hay que recordar, eran los procedimientos de ejecución universal que regulaban, respectivamente, el Código Civil y el Código de Comercio, y que fueron derogados por la LC.

⁷ Por todos, TOMILLO URBINA, Jorge Luis, *El vencimiento anticipado de las deudas en la Quiebra*, Civitas, Madrid, 2006, pág. 67, quien además, agrega que «las dificultades prácticas que presenta esta posibilidad teórica son notables...» (pág. 74).

⁸ Por esta razón, incluso se ha llegado a decir que «cuando se leen los comentarios doctrinales al artículo 1129 se reproducen una y otra vez, *ad nauseam*, las mismas cuestiones, con una falta de originalidad que aterra» (LOIS PUENTE, José Manuel, «Anticipación unilateral del vencimiento y procedimiento ejecutivo», en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía* [La Ley], 1996, tomo 5, D-315).

⁹ Así, por ejemplo, SANTOS BRIZ: «no alude necesariamente a que el deudor haya sido declarado en quiebra o concurso (...) (o)tra perspectiva es que por la declaración del deudor en concurso o quiebra venzan sus obligaciones contraídas a plazo» [en SIERRA, *Comentario*, pág. 283].

¹⁰ En los textos más recientes, la relación entre este supuesto y el concurso de acreedores suele consistir en una mera referencia a la LC, y a veces, con algunas afirmaciones no fundamentadas, o que no cabe tachar sino de erróneas. Por ejemplo, en DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, tomo 2, pág. 382, se puede leer: «en la ley concursal no hay regla específica de vencimiento anticipado, y la ley lo que dice en el artículo 159...», olvidando referirse absolutamente al artículo 146 LC, que es, precisamente, una regla específica de vencimiento anticipado en el concurso. Además, se propone que el fundamento del vencimiento anticipado que operaba en virtud de la declaración de concurso y quiebra, «se puede encontrar también en la concordancia de dicha regla con el artículo 1129.1, toda vez que el concurso presupone la insolvencia del deudor». Es curioso y no cabe pensar sino en un error involuntario, pues el mismo autor,

mucho antes, abordó el problema con profundidad (cfr. Díez-Picazo, Luis, «El pago anticipado», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, julio-septiembre, especialmente, págs. 69-72).

¹¹ Aunque en el Derecho Romano existieron ciertos casos particulares en los que la insolvencia del deudor produce consecuencias en las obligaciones no vencidas, la insolvencia no supone una excepción al principio general de que no puede pedirse anticipadamente el cumplimiento de la obligación sin incurrir en *pluris petitio tempore* (cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Romano Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, tomo 2, pág. 41 y pág. 301). Por esta razón, el mutuario podía oponer al acreedor que reclama antes del término convenido una *exceptio pacti* (cfr. García Garrido, Manuel, *Derecho Privado Romano*, 14.ª ed., Ediciones académicas, Madrid, 2005, pág. 241) y, en caso de haberse omitido un pacto de plazo, «de todas formas el mutuario está defendido por la *exceptio doli* frente a un cobro intempestivo o abusivo» (Guzmán Brito, *Derecho Romano*, tomo 1, pág. 736).

Lo mismo puede decirse, en términos generales, respecto del Derecho Histórico castellano, por ejemplo, si se observan *Las Partidas*: En la Partida V, título XI, ley XIV: «*Sobre la promisión a dia señalado (a plazo) promissio in diem, en latín. A dia cierto ó so condicion prometiendi un home á otro de dar ó de facer alguna cosa, non es tenuto de cumplir la promisión fasta que venga aquel dia, ó que se cumpla aquella condicion sobre que fue fecha. Et si por aventura moriese alguno dellos enante que se compliese la condicion, ó que veniese el dia á que prometiera de lo facer, los sus herederos de aquel que finase fincan en aquella mesma manera obligados para cumplir lo que fue prometido, maguer viniese la condicion después de la muerte de qualquier dellos*». No obstante, en materia de fianza, la Partida V, título XII, ley XIV, se señalan cinco razones por las cuales «*se desata la fiadura et puede el fiador salir della*», entre ellas, «*la quinta es si aquel á quien fió comienza a desgastar sus bienes*».

¹² Una exposición histórica y sistemática de la regla, desde el Derecho Romano hasta la recepción en la codificación española, puede verse en Clemente, *Los supuestos legales*, págs. 39-82; y en Tomillo Urbina, Jorge Luis, *El vencimiento anticipado de las deudas en la Quiebra*, Civitas, Madrid, 2006, pág. 23 y sigs. Para profundizar sobre el origen del concepto jurídico de insolvencia en el Derecho Romano, véase Orduña, *La insolvencia*, pág. 37 y sigs.

¹³ Pothier, R. J., *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Argentina, 1993, pág. 134. Sobre el fundamento, señala que: «(e)l término concedido por el acreedor al deudor, se considera que tiene por fundamento la confianza en su solvencia; cuando ese fundamento desaparece, el efecto del término cesa» (pág. 133).

¹⁴ En efecto, el texto en vigor con la sola vigencia del *Code* (17 de febrero de 1804) señalaba que: «*Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier*».

¹⁵ Los argumentos en los que se sostiene dicha equiparación son referidos por Clemente, *Los supuestos legales*, págs. 63-66, y se resumen en tres: primero, que *faillite* y *deconfiture* era exactamente lo mismo, serían dos términos que apuntan a una misma cosa (se puede quebrar sin ser comerciante); segundo, que debido a la falta de una regulación concursal referida a los no comerciantes, se recurría al artículo 180 de las Costumbres de París; y tercero, que el *Code* se refería, en diversas disposiciones, a la insolvencia y la quiebra en conjunto, como supuestos de vencimiento anticipado, por lo que dicha equiparación debía también hacerse respecto del artículo 1188. También véase Tomillo, *El vencimiento*, pág. 33 y sigs., quien agrega que, además, se discutió si era aplicable a simples supuestos de hecho de insolvencia (*insolvabilité*) y que el mismo problema interpretativo que se extendió a otros ordenamientos en los que la norma en cuestión sirvió de base, como el Código de Comercio español de 1829 (art. 1043) y la codificación italiana de 1865.

¹⁶ Uno de estos códigos es el Código Civil chileno, de 1855 (aún en vigor), que en su artículo 1496 señala que se puede exigir el pago de la obligación, antes de expirar el plazo (núm. 1) «*al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia*».

¹⁷ El artículo 1176 del Código italiano de 1865 disponía que: «*Il debitore non può più reclamare il beneficio del termine, se è divenuto non solvente (...)*».

¹⁸ Si se observa la génesis del texto legal del artículo 1129 del Código Civil, tanto en el proyecto de 1836 como en el de 1851 se establecía que, para que se pudiera exigir anticipadamente, el deudor debía haber sido declarado en quiebra (el primero decía «*deudor que hubiere quebrado*»; el segundo «*deudor constituido en quiebra*»). La «quiebra» referida en estos artículos era solo para comerciantes. No existe en estos proyectos referencia a la «insolvencia», que terminó siendo el presupuesto de la anticipación, sin que existieran precedentes legales para ello en la legislación española (cfr. SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil*, Madrid, 1902, tomo 19, págs. 683 y 684), y en este sentido, como sostiene CLEMENTE, concordaba —según él se trataba más bien de una reiteración innecesaria— con el artículo 1043 del Código de Comercio de 1829, que establecía que «con la declaración de quiebra se tienen por vencidas todas las deudas pendientes...» (*Los supuestos legales*, pág. 75). La redacción actual del artículo 1129.1 del Código Civil encuentra su fuente directa (de hecho, sin modificaciones materiales) en el artículo 1146 del Anteproyecto de Código Civil (1882-1888), que señalaba que «*pierde el deudor todo derecho a utilizar el plazo*»: 1.º *Cuando después de contraída la obligación caiga en insolvencia, salvo que garantice la deuda*».

¹⁹ CLEMENTE agrega: «(...) los efectos propios de la quiebra al respecto se encontraban regidos en el artículo 1043 del Código de Comercio de 1829 y, luego, en el artículo 883 del Código de Comercio de 1885. El Código Civil opta por no regular lo que es propio de la legislación mercantil. Se establece una separación entre ambos tipos de vencimiento que (...) no es solo por la causa, sino también por las consecuencias...» (*Los supuestos legales*, pág. 75). Por ello, la doctrina ha entendido que el Código Civil, al exigir como requisito de la facultad contenida en el artículo 1129.1 del Código Civil la «insolvencia», establece una separación, aparentemente clara, entre este supuesto de vencimiento anticipado y el que se produce en situación de concurso.

²⁰ Díez-PICAZO, por ejemplo, refiere que: «la doctrina que (...) ha discutido acerbamente el fundamento teórico y práctico de este vencimiento de los créditos causado por pura insolvencia, ha puesto en duda también su razón o justificación histórica (...) (l)a introducción del vencimiento por insolvencia se debe a un error de los jurisconsultos franceses que interpretaron la *deconfiture*, que en el artículo 180 de las Costumbres de París era causa de vencimiento anticipado de los créditos, como toda insolvencia civil, cuando en su sentido propio y originario denota el estado del insolvente cuyos bienes están siendo vendidos por los acreedores por consecuencia de un estado de concurso abierto sobre los bienes mismos». Y agrega luego que, desde esta posición, «la inclusión de este supuesto en el Código Civil español es menos explicable todavía que en los derechos francés e italiano, porque en estos no existía un procedimiento de ejecución universal de los no comerciantes, mientras que en el español existía y provocaba su propio y específico vencimiento anticipado» (DÍEZ-PICAZO, en *RDM*, 1959, pág. 72, en nota).

²¹ Todos estos argumentos, recogidos resumidamente en CLEMENTE, *Los supuestos legales*, págs. 90-95; y en ORDUÑA, *La insolvencia*, págs. 130-135.

²² «Si existiera (situación concursal) el vencimiento de las deudas no se operaría por virtud del artículo 1129 sino de los preceptos específicos de la materia concursal» (DÍEZ-PICAZO, en *RDM*, 1959, pág. 71). Con la misma argumentación, MONTÉS PENADÉS, en ALBADALEJO, *Comentarios*, tomo 15, vol. 2, pág. 131. CLEMENTE agrega que si no se admitiera un concepto propio de insolvencia y, en consecuencia, que el 1129.1 del Código Civil hubiera que referirlo necesariamente a la quiebra o al concurso, entonces carecería de sentido, porque solo reiteraría lo dicho en el artículo 1915 del Código Civil o artículo 883 del Código de Comercio (CLEMENTE, *Los supuestos legales*, pág. 95). O si se quiere, como sostiene otro autor, porque «el entendimiento contrario privaría de sentido la regulación concreta de los artículos 1915 del Código Civil y 883 del Código de Comercio» [LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, «De las obligaciones a plazo», en PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR (coord.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, tomo 2, pág. 108]. Los mentados artículos transcritos, abajo, en nota 72.

²³ Díez-PICAZO, en *RDM*, 1959, págs. 70-71. En el mismo sentido, CAPILLA RONCERO, F., «Insolvencia», en MONTOYA MELGAR, A. (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. 3, págs. 3614-3615.

²⁴ Así, por ejemplo, se decía que la posibilidad de enervar el vencimiento anticipado garantizando la deuda, en el caso del artículo 1129.1 del Código Civil, sería ineficaz una vez declarado el concurso o la quiebra (cfr. CLEMENTE, *Los supuestos legales*, pág. 94). Pero, como se puede observar, el argumento no sirve para sostener que la insolvencia del artículo 1129.1 del Código Civil no requiera una declaración previa de concurso, sino que apunta a la segunda pregunta, sobre la eficacia de una garantía (o del pago) si con posterioridad se declara el concurso. Y, en todo caso, se trata de una solución *a priori*, no una justificación. Por último, hay que considerar que una garantía otorgada por el propio deudor es de dudosa eficacia en atención a lo dispuesto por el artículo 1291.3 del Código Civil, sin necesidad de recurrir a las reglas concursales.

²⁵ Díez-PICAZO, en *RDM*, 1959, pág. 70. También recogido en MONTÉS PENADÉS, en AL-BADALEJO, *Comentarios*, pág. 131.

²⁶ LASARTE, en PAZ-ARES *et al.*, *Comentario*, pág. 108; PEÑA LÓPEZ, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 1364; MANRESA, José María, *Código Civil español*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1901, tomo 8, pág. 155. En el mismo sentido, aunque en relación a la noción de insolvencia del artículo 1467 del Código Civil —que el autor considera como complementario del art. 1129.1 del CC y justificados en la misma *ratio*— GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario al artículo 1467», en PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR (coords.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, tomo 2, págs. 918 y 919.

²⁷ La posición mayoritaria ha sido la que sostiene que la pluralidad de acreedores es un presupuesto del concurso. Al respecto, veáse VELA, Pedro, «La pluralidad de acreedores como requisito del concurso», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, págs. 221-228, quien señala que antes de la LC, tanto la jurisprudencia del TS como la de las Audiencias Provinciales exigía la pluralidad de acreedores para la declaración de quiebra o admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos, por entender que el concurso estaba basado en la *par conditio creditorum*; por la *ratio legis* de la declaración de quiebra, en cuanto permita por su propia naturaleza la distribución de los bienes entre los acreedores; porque ambos procedimientos se concebían como de ejecución universal, y por ende, opuestos a la ejecución individual; entre otras razones. Si bien en la LC no hay un mención expresa a la pluralidad de acreedores, se recoge tácitamente en la Exposición de Motivos (*La finalidad de todo concurso es alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores* —en plural—) y de diversas normas (cita, por ejemplo, el art. 2.1 en cuanto exige un «deudor común» a varios acreedores; el art. 3, que menciona acreedores en plural; el art. 6.2.4.º, que exige «relación de acreedores, por orden alfabético» entre otros). El requisito brota además del mismo concepto de «concurso», y del hecho de que no tiene sentido imponer limitaciones y reconducir hacia la cooperación cuando hay un único acreedor. A lo anterior se suman varias razones prácticas (págs. 226-228). Otros autores adoptan la misma postura: así, por ejemplo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Artículo 2», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, tomo 1, págs. 39 y 40, como un requisito «imprescindible»; FERNÁNDEZ CARRÓN, Clara, *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 35-37; GONZÁLEZ CANO, María Isabel, *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 23, quien señala que «la ejecución universal, y en ella el concurso, implica siempre una pluralidad de acreedores»; y agrega más adelante, que, en consecuencia «en el momento en el que se tenga constancia de la inexistencia de dicha pluralidad, por ejemplo, tras el informe de la administración concursal, el procedimiento deberá concluir» (págs. 155-156).

Desde luego, no es este el lugar para detenernos largamente sobre esta discusión. La posición minoritaria puede verse en SERRA, Catarina, «¿El concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 17, 2009, págs. 329-341, con especial apoyo en la doctrina italiana.

²⁸ Véase, por ejemplo, DIEZ-PICAZO, en *RDM*, 1959, pág. 71; y CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 17.^a ed., Reus, Madrid, 2008, tomo 3, pág. 225.

²⁹ En la Exposición de Motivos, párrafo VI, se lee: «*El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud*».

³⁰ El término insolvencia proviene de la voz latina *solvere*, que es, en su primera acepción, «desatar, soltar». De donde la derivación a *solutio* como «acción de desatar», «soltura», «libertad» (cfr. DE MIGUEL, Raimundo, *Nuevo Diccionario Latino-Español Etimológico*, 2.^a ed., 1897, reimpreso por Visor Libros, 2000; COROMILLAS, J. y PASCUAL, J. A., *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, 1.^a ed., Gredos, Madrid, 1980; SEGURA MUNGÍA, Santiago, *Nuevo diccionario etimológico latín-español y de las voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001). Como señala ORDUÑA: «(l)a conexión de *solvere* con el significado originario de *obligatio* es obvia, pues si esta se refiere a una situación material de sujeción o ligamen (vínculo), aquel indica el hecho de quedar suelto o desatado» (*La insolvencia*, pág. 43). Así, continúa el autor, «la insolvencia tuvo una primera concreción como una locución negativa o privativa del verbo *solvere*, y aludía a la situación de sujeción material en la que se encontraba el obligado (*in solutus*). Posteriormente, y ligado al desarrollo de la noción de obligación como un vínculo temporal en el que el acto de liberación del deudor viene determinado por la satisfacción del acreedor, «el insolvente *in solutus* no es solo el que queda sujeto, el que no es liberado, sino el que frustra la posible satisfacción del interés patrimonial del acreedor inherente al crédito, esto es, su efectividad» (*La insolvencia*, pág. 52). Esta evolución explica que la significación jurídica se presente hoy como la acepción común del término: insolvencia es «falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda» (cfr. *Diccionario Esencial de la Lengua Española*, Real Academia Española, Espasa Calpe, Madrid, 2006).

³¹ Porque, como señala MONTÉS, «(m)ientras que este último (el incumplimiento) afecta la vida de una determinada relación obligatoria singular y puede tener su origen en la voluntad del deudor de no pagar, la insolvencia viene dada por una situación patrimonial objetiva y compleja...» (MONTÉS PENADÉS, en ALBADALEJO, *Comentarios*, tomo 15, vol. 2, pág. 132).

³² Cfr., por ejemplo, LACRUZ, *Elementos*, tomo 2, vol. 1, pág. 148; PEÑA LÓPEZ, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 1364; ORDUÑA, *La insolvencia*, pág. 209.

³³ Por todos, CLEMENTE, *Los supuestos legales*, págs. 87-89.

³⁴ PEÑA LÓPEZ, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 1364. También en ORDUÑA, *La insolvencia*, pág. 209, que además, ofrece la explicación: «(s)i se exigiera esta circunstancia quedaría frustrada la finalidad de la norma, que va dirigida a tutelar el interés del acreedor facultándole para la reclamación inmediata del crédito». En palabras de PUYALTO: «(l)a insolvencia como hecho o causa legal del vencimiento anticipado es una situación objetiva que ha de valorarse teniendo presente el importe de la deuda y el vencimiento señalado, a fin de verificar que, aun deteriorada, la garantía constituida por el patrimonio realizable del deudor resulta suficiente para satisfacer el interés del acreedor. Por ello, la falta absoluta de recursos económicos haría inútil por no decir inviable, el ejercicio del vencimiento anticipado» (*Las cláusulas de vencimiento*, pág. 112).

³⁵ ORDUÑA, *La insolvencia*, pág. 209.

³⁶ Cfr., por ejemplo, LASARTE, en PAZ-ARES *et al.*, *Comentario*, pág. 108; LACRUZ, *Elementos*, pág. 148. En el mismo sentido, GARCÍA CANTERO, quien, aunque en referencia al concepto de insolvencia del artículo 1467 del Código Civil, que estima debe interpretarse en forma armónica con el del 1129.1 del Código Civil, afirma: «(h)a de ser verdadera insolvencia, no mera disminución de la solvencia» (en PAZ-ARES *et al.*, *Comentario*, págs. 918 y 919).

³⁷ Por esta misma razón, algunos autores franceses ponían en duda la aplicación extensiva del supuesto de pérdida del beneficio del plazo en caso de quiebra (*faillite*) contenido en el artículo 1188 del *Code* a otros supuestos en los que existía igual fundamento, como ocurría en el procedimiento concursal del no comerciante (*déconfiture*) y en general, en caso de insolvencia (*insolvabilité*). Sobre el punto, véase PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traité*

Pratique de Droit Civil Français, 2.^a ed., Libraire General de Droit et Jurisprudence, París, 1954, tomo 7, pág. 350.

³⁸ Sobre el punto, véase, por todos, CASTÁN, *Derecho Civil*, tomo 3, pág. 298 y sigs.

³⁹ CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 1989, págs. 65-67.

⁴⁰ La mención a bienes «presentes y futuros» del artículo 1911 del Código Civil se entiende, en este sentido, como los bienes que existen al momento de devenir exigible la obligación (por todos, Díez-PICAZO, *Fundamentos*, tomo 2, págs. 149-150). Así, a la vez que encierra una ventaja (pues el acreedor puede dirigirse también contra los bienes adquiridos con posterioridad al momento en que se contrajo la deuda —e incluso puede lograr que ingresen bienes que no lo han hecho, por negligencia o pasividad del deudor—, la protección de su interés por esta vía es insuficiente, pues el deudor puede seguir administrando su patrimonio, y el acreedor no puede dirigirse contra los bienes que ya han salido del patrimonio, salvo que hayan salido en forma fraudulenta.

⁴¹ Como consecuencia de lo anterior, el valor del crédito del acreedor quirografario (ya veremos que la facultad del artículo 1129.1 del Código Civil solo existe cuando el acreedor no tiene otras garantías) solo tendrá algún valor si los medios de acción sobre el patrimonio son eficaces, compensando en cierta medida la ausencia de los derechos de preferencia y de persecución que pertenecen al titular de una derecho real de garantía. Corresponde al acreedor asegurar la satisfacción de su crédito, por ejemplo, solicitando al deudor la constitución de otras garantías reales o personales (cfr. BONNECASE, Julien, *Elementos de Derecho Civil*, editorial José Cajica, Puebla, 1945, tomo 2, pág. 69).

⁴² CAPILLA, en MONTOYA, *Enciclopedia*, págs. 3614-3615.

⁴³ Se sostenía, en este sentido, que «la pura enunciación de que la insolvencia se da cuando el activo es menor que el pasivo, tiene algo de engañoso. Las exigencias del sistema de partida doble obligan a introducir en el activo cuentas que no reflejan bienes y derechos, sino gastos y pérdidas. Por la misma razón, las cuentas del pasivo —capital y reservas— no reflejan obligaciones, sino el estado real de la empresa» [DÍEZ-PICAZO (Prólogo) en ORDUÑA, *La insolvencia*, pág. 10; y también en RDM, 1959, pág. 73).

⁴⁴ Cfr. CAPILLA, en MONTOYA, *Enciclopedia*, págs. 3614. Es esta la idea que subyace en la doctrina civil cuando comenta el artículo 1129.1 del Código Civil. Así, por ejemplo, Díez-PICAZO señala que por insolvencia debe entenderse «una situación objetiva del patrimonio del deudor (...) la situación ejecutiva del patrimonio ha de considerarse por la incapacidad de este para hacer frente a las deudas existentes y no, por tanto, solo a aquellas que pretenden la anticipación. La incapacidad de pago ha de medirse por la relación del activo realizable frente al pasivo exigible» (*Fundamentos*, tomo 2, pág. 378). En el mismo sentido, MONTÉS PENADÉS, en ALBADALEJO, *Comentarios*, pág. 132. No obstante, entre los comentaristas del Código, algunos continúan identificando la insolvencia con la relación activo/pasivo, o al menos, no hacen mención expresa al elemento de la exigibilidad de las deudas (así, por ejemplo, LACRUZ, *Elementos*, pág. 148).

⁴⁵ Si, en cambio, se admite que una «mera disminución» de la situación patrimonial del deudor podría ser considerada como insolvencia a los efectos del artículo 1129.1 del Código Civil, la anticipación del cumplimiento podría estar justificada incluso en el caso de que exista un único acreedor, titular de una única deuda a plazo: el supuesto no es de laboratorio y la anticipación sería útil. Ello implicaría reconocer un ámbito de aplicación propio al artículo 1129.1 del Código Civil, fuera de la lógica concursal (sin necesidad de que exista pluralidad de acreedores), que justificaría su vigencia; pero ya se ha justificado porqué no puede admitirse esta noción de insolvencia (véase arriba, texto que sigue a la nota 35).

⁴⁶ Podría objetarse que la facultad de anticipar el cumplimiento no solo permite a un acreedor obtener el cobro de lo debido, sino además podría ser útil para obtener la constitución de una garantía, o bien, para poder perseguir a los deudores por garantía. Sin embargo, en mi opinión ambas proposiciones deben rechazarse. La primera (la justificación de la anticipación del cumplimiento en caso de un solo deudor, con el fin de obtener la constitución de una

garantía), porque la garantía prestada por el deudor en estado de insolvencia para seguridad de una deuda existente será de eficacia dudosa, puesto que quedaría expuesta a acciones civiles por fraude (cfr. arts. 1111 CC y 1291.3 CC) y además, frente a una posterior declaración de concurso, quedaría expuesta a la acción de rescisión concursal, presumiéndose *ius tantum* el perjuicio para la masa activa (cfr. art. 71.3-2.º LC). Por ello, la doctrina estima que, «rigurosamente, la garantía solo será bastante cuando la preste un tercero» (cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, tomo 2, pág. 379; MONTÉS PENADÉS, en ALBADALEJO, *Comentarios*, pág. 134). La segunda proposición (la justificación de la anticipación del cumplimiento en caso de un solo deudor, con el fin de perseguir a deudores por garantía), porque en la medida que se puede enervar la pretensión del acreedor de anticipar el cobro si su satisfacción se asegura mediante la constitución de una garantía, se entiende que, por la misma razón, el acreedor que tenía garantizada la deuda *ab initio* no tiene la facultad de exigir anticipadamente (así, MONTÉS PENADÉS, en ALBADALEJO, *Comentarios*, pág. 134; CLEMENTE, *Los supuestos legales*, pág. 97). Así lo ha entendido también la jurisprudencia (cfr. DÁVILA GONZÁLEZ, Javier, «Comentario al artículo 1129», en PASQUAU LIAÑO, Miguel (dir.), *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil*, 2.ª ed., Colmares, Granada, 2009, pág. 2009). De hecho, ni siquiera existiría esta facultad en el caso que la garantía otorgada *ab initio* no fuese suficiente para cubrir el importe del crédito desde su constitución (cfr. CLEMENTE, *Los supuestos legales*, pág. 97). Algún autor llega a sostener que cabe dudar, incluso, que el deudor que ya tiene garantizada la deuda sea, en rigor, insolvente a efectos de este artículo (así Díez-PICAZO, en *RDM*, 1959, pág. 75; y ORDUÑA, *La insolvencia*, pág. 207). En conclusión, para el acreedor aplazado la utilidad de esta facultad se limita a la pretensión de cobro en forma anticipada al deudor, o en su caso, a que pueda operar otro modo oneroso de extinguir la obligación, como la compensación.

⁴⁷ DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino, «Sobre el concepto básico de insolvencia», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 1002. En el mismo sentido, VIGUERA RUBIO, José, «Los presupuestos del concurso», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo (coord.), *Derecho Mercantil*, 11.ª ed., Ariel, Barcelona, 2006, pág. 773.

⁴⁸ MERCADAL VIDAL, FRANCISCO, «Comentarios al artículo 2», en SAGREGA TIZÓN, J./SALA REIXACHS, A./FERRER BARRIENDOS, A. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 31.

⁴⁹ ROJO, Ángel, «Artículo 2. Presupuesto objetivo», en ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *Comentarios de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, tomo 1, pág. 167.

⁵⁰ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, «Artículo 2. Presupuesto objetivo», en SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 104.

⁵¹ Precisamente esta idea de un concepto único pero flexible ha permitido a la doctrina plantear varias cuestiones en relación con el presupuesto objetivo, que aquí solo podemos apuntar y remitir a los respectivos trabajos para su profundización. Por ejemplo, sobre la delimitación, el concepto objetivo del concurso, con una importante revisión del Derecho Comparado, véase CERDÁ ALBERO, Fernando, «La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 955-958, y SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 99. Una crítica a la insolvencia como presupuesto, desde la óptica del concurso necesario, en BELTRÁN, Emilio, «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, pág. 35; sobre la posibilidad de probar la insolvencia por otras vías que las establecidas en los artículos 3 y 4 LC, véase MERCADAL, en SAGREGA *et al.*, *Comentarios*, pág. 36 y sigs.

⁵² Cfr. MONTÉS REIG, Luis, «¿Cómo debe acreditar el deudor que solicita la declaración de concurso la concurrencia del presupuesto objetivo necesario a tal efecto?», en *Revista de Derecho Patrimonial [Aranzadi]*, núm. 12, 2004, pág. 157; SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 97.

⁵³ En este sentido, ROJO, en ROJO y BELTRÁN, *Comentarios*, pág. 171, dice que: «(e)n tanto no devenga exigible, al menos una obligación, el deudor no es insolvente (actual)». En el mismo sentido, DUQUE, en *Estudios*, pág. 1014; MERCADAL, en SAGREGA *et al.*, *Comentarios*, pág. 34; VIGUERA, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil*, pág. 773; y CERDÁ, en *Estudios*, pág. 967.

En todo caso, parece existir consenso en que puede haber un estado de insolvencia si hay incapacidad para hacer frente a una obligación, aun cuando la LC describe y supone incumplimiento de varias obligaciones. De hecho, el artículo 2.4 LC lo permite (al respecto, véase SÁNCHEZ-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 109; y DUQUE, en *Estudios* pág. 1006).

⁵⁴ SÁNCHEZ-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 106. También DUQUE, en *Estudios*, pág. 1009, quien explica que «no puede ser interpretada como un desequilibrio contable (...) lo que se explica por las diversas fases por las que atraviesan las sociedades (...) la declaración del concurso no se produce automáticamente ante pérdidas muy calificadas del valor del patrimonio».

⁵⁵ Cfr. DUQUE, en *Estudios*, pág. 1006; SÁNCHEZ-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 108.

⁵⁶ Así, por ejemplo, ROJO, en ROJO y BELTRÁN, *Comentarios*, págs. 169-171; SÁNCHEZ-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 105; MERCADAL, en SAGREGA *et al.*, *Comentarios*, pág. 35; CERDÁ, en *Estudios*, pág. 963.

⁵⁷ SÁNCHEZ-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 106.

⁵⁸ SÁNCHEZ-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, págs. 104-105. En opinión de BELTRÁN esta tesis niega valor al concepto, pues simplemente reconduce a las reglas de identidad e integridad del pago contenidas en el Código Civil (cfr. BELTRÁN, en *ADConcursal*, 2007, pág. 47).

⁵⁹ Cfr. SÁNCHEZ-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, págs. 104-105.

⁶⁰ Cfr. BELTRÁN, *ADConcursal*, 2007, pág. 47, citando a la doctrina italiana. Agrega que, desde este punto de vista, la propia ley ofrece un concepto de regularidad, cuando establece que nunca serán rescindibles actos ordinarios, realizados, «en condiciones normales».

⁶¹ ROJO sostiene que «cumplimiento regular significa cumplimiento por medios normales», y que no sería regular si, por ejemplo, el deudor procede a la liquidación apresurada y ruinosa de los bienes (en ROJO y BELTRÁN, *Comentarios*, pág. 172). En este mismo sentido, también BELTRÁN, en *ADConcursal*, 2007, pág. 48, y CERDÁ, en *Estudios*, págs. 956-966, para quien más bien se refiere a anormalidad en los medios de pago, si se hace el pago con medios distintos de los que comúnmente se aceptan en el comercio como sustitutivos del dinero».

⁶² Cfr. BELTRÁN, en *ADConcursal*, 2007, pág. 44.

⁶³ ROJO, en ROJO y BELTRÁN, *Comentarios*, págs. 180-183.

⁶⁴ ROJO, en ROJO y BELTRÁN, *Comentarios*, pág. 175.

⁶⁵ TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 74.

⁶⁶ En relación con la legitimación de los acreedores para instar el concurso, la mayoría de la doctrina entiende que el artículo 2.4 LC establece hechos que autorizan el ejercicio de esa legitimación con carácter *numerus clausus* (véase, por todos, SÁNCHEZ-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 122). En contra, MERCADAL, para quien «cabrá que el deudor o el acreedor acrediten la concurrencia del presupuesto objetivo por la vía que tengan por conveniente al amparo de su derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución), aunque dicha vía no tenga una plasmación directa y expresa en los referidos apartados del precepto. Además, el solicitante debe cumplir con ciertos requisitos formales (cfr. art. 7 LC)» (cfr. MERCADAL, en SAGREGA *et al.*, *Comentarios*, págs. 31 y 35-36).

Por otro lado, hay que destacar que hoy es indiferente la naturaleza y actividad del sujeto pasivo del concurso de acreedores, desapareciendo la clásica distinción entre deudor común y deudor comerciante. En la Exposición de Motivos, apartado II: «La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello

suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevarza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación». Al respecto, véase ESTEBAN RAMOS, Luisa María, «El presupuesto subjetivo del concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, 2009, págs. 151-193. Esto no obsta que pueda discutirse la conveniencia o no de esta unificación, por ejemplo, que el concurso de acreedores sea el cauce idóneo para tratar la insolvencia de las personas físicas (este es precisamente el objeto del trabajo de FERNÁNDEZ CARRÓN, *El tratamiento*).

⁶⁷ En palabras de BELTRÁN, «añade un incentivo de carácter positivo, realmente determinante, procedente del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983: no se formará la sección de calificación —y, por tanto, el concurso de acreedores no generará sanciones para el deudor ni para los administradores de las sociedades— si llega a aprobarse judicialmente un convenio de espera inferior a tres años o de quita y espera inferior a la tercera parte (...) no habrá sanción para aquel deudor que alcance una solución razonable con los acreedores concursales. Con ello se consigue que los deudores insten su propio concurso cuando existan posibilidades razonables de satisfacción de los acreedores y, por tanto, de conservación de la empresa...» (*ADConcursal*, 2007, pág. 34; y cfr. art 163.1.1.º LC).

⁶⁸ En este sentido, se ha dicho que «queda claro que es una facultad del deudor presentarse a concurso voluntario cuando prevea su insolvencia futura. Pero, junto con esta facultad, también se impone el deber de solicitar la declaración de concurso (...) en situación de insolvencia actual» (CERDÁ, en *Estudios*, pág. 971). La introducción de este deber del deudor implica una superación de los antiguos debates sobre la existencia de este deber en el derecho concursal derogado (DUQUE, en *Estudios*, pág. 1009).

⁶⁹ En todo caso, sobre el deber que pesa sobre los administradores de solicitar el concurso, y de la subsiguiente responsabilidad que puede recaer sobre ellos, la lectura de las normas en juego plantea algunos problemas sobre los que no podemos detenernos aquí. Para una aproximación a ellos, ver CERDÁ, en *Estudios*, págs. 972-976 (aunque, por la fecha del estudio, la referencia es a los antiguos arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL).

⁷⁰ Véase, arriba, nota 46.

⁷¹ TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 67, quien agrega: «las dificultades prácticas que presenta esta posibilidad teórica son notables...» (pág. 74).

⁷² En efecto, el artículo 1915 del Código Civil establecía: «Por la declaración del concurso vencen todas las deudas a plazo del concursado»; y el artículo 883 del Código de Comercio, que: «En virtud de la declaración de quiebra, se tendrán por vencidas a la fecha de la misma las deudas pendientes del quebrado».

⁷³ TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 68.

⁷⁴ Cfr. TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 69. Se descartaba de plano la posibilidad de utilizar las normas que presumían *iuris et de iure* el fraude del deudor (contempladas en los artículos 879 y 880 del C. de C.) porque dicha presunción es incompatible con el ejercicio de una facultad legal reconocida al acreedor. Se entendía que ello no impediría, en principio, que se pudieran utilizar las demás acciones rescisorias especiales o la revocatoria de derecho común, pero se requeriría, en todo caso, probar el fraude.

⁷⁵ LEÓN, Francisco José, «La finalidad y la estructura de la acción rescisoria (I)», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, pág. 55.

⁷⁶ «Como trámite concursal, la reintegración es el conjunto de las operaciones dirigidas a traer al patrimonio del deudor común y concursado, aquellos bienes que salieron de él indebidamente. La distancia temporal, generalmente, entre el estado de insolvencia patrimonial y su declaración judicial, así como las más que probables consecuencias que para los acreedores se desatan en ese espacio es, precisamente, lo que trata de resolverse con el instituto de la reintegración» (ESCRIBANO GÁMIR, Rosario, «La reintegración de la masa activa del concurso»,

en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 4009).

⁷⁷ Cfr. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Comentario al artículo 71», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, tomo 1, págs. 830-834.

⁷⁸ GARCÍA-CRUCES, José Antonio, «De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 2, 2004, pág. 46.

⁷⁹ Para un análisis de la aplicación jurisprudencial y las críticas doctrinales de la retroacción absoluta, véase GIL, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 834 y sigs.; y GARCÍA-CRUCES, en *ADConcursal*, 2004, págs. 47-52. El excesivo rigor de esta regla fue moderado por interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias, que exigían que los síndicos solicitaran la declaración de nulidad. Señalaban además que el supuesto no era de nulidad, sino de anulabilidad, y que no eran actos ni nulos ni anulables, sino ineficaces (cfr. LEÓN, en *ADConcursal*, 2007, págs. 75-79). Por otro lado, alguna jurisprudencia minoritaria admitió la posibilidad de evitar la nulidad por retroacción si se probaba que el concreto acto afectado no era perjudicial para la masa (cfr. GARCÍA-CRUCES, en *ADConcursal*, 2004, pág. 54). El cambio de criterio en la LC se explica por la consideración unánime de la doctrina en cuanto a que la retroacción absoluta y judicial origina una gran inseguridad en el tráfico jurídico (véase, por todos, BUSTILLO SAIZ, María, «Razones de derogación de la retroacción judicial absoluta en la Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 3971-4008).

⁸⁰ GARCÍA-CRUCES, en *ADConcursal*, 2004, pág. 53. Sobre este punto, véase MARTÍNEZ, Aurora, *La inhabilitación del quebrado. Ambito temporal*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 25 y sigs.

⁸¹ La denominación de «rescisorias» a estas acciones es una cuestión que se ha debatido, no obstante se entiende que es la que más se aproxima a su verdadera naturaleza (CRESPO ALLUÉ, Fernando, «Comentario al artículo 71», en SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 1366), y particularmente, dentro del marco de las acciones rescisorias por lesión. Sobre la naturaleza jurídica de la acción, puede verse ESCRIBANO, en *Estudios*, págs. 4023-4028; y ESCRIBANO GÁMIR, Rosario, «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007, págs. 10-21. Para una comparación entre el modelo revocatorio concursal con el ordinario en el Derecho Positivo español, véase LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, «La acción revocatoria concursal: perfiles generales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 4167 y sigs.

⁸² Cfr. GARCÍA-CRUCES, en *ADConcursal*, 2004, pág. 55. La Exposición de Motivos (ap. III) es clara en este sentido: «La ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en periodo sospechoso por su proximidad a esta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irrevindicabilidad o del registro».

⁸³ CRESPO ALLUÉ, en SÁNCHEZ y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 1368. Como además desaparece expresamente el requisito del fraude, la doctrina entiende que se trata en realidad de un supuesto de rescisión por lesión, incardinable al artículo 1291.5.º del Código Civil.

⁸⁴ El actual contenido del artículo 71.6 LC es el que tenía el texto original de la LC. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, introdujo un numeral 6 al artículo 71 LC, relativa a los acuerdos de refinanciación, con el consiguiente desplazamiento del original numeral 6 al 7 (si bien la excepción relativa a los acuerdos de refinanciación había sido introducida antes por el RD-ley 3/2009, incorporando una Disposición Adicional cuarta a la Ley 22/2003; sobre

ello, véase, por ejemplo, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, «Refinanciación y reintegración concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20, 2010, págs. 9-38).

Por reciente modificación, realizada por 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 ha entrado en vigor el 9 de marzo de 2014, con posterioridad a la fecha de aceptación de este trabajo), el artículo 71.6 LC ha vuelto a tener su texto original; y el supuesto al que se refería el hasta entonces numeral 6 del artículo 71 LC, pasa a servir de base para la regulación del actual artículo 71 bis LC, que ha sido introducido por el mentado Real Decreto-ley 4/2014.

⁸⁵ Por todos, véase GIL, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 851, nota 58.

⁸⁶ Hay que tener presente que, desde el punto de vista de la regulación de la rescisoria concursal, quedaría dentro del concepto de «acto» no solo el pago espontáneo, sino también la falta de oposición del deudor, tanto en sede extrajudicial como judicial. En este sentido, CRESPO: «han de ser actos jurídicos realizados por el deudor que por incidir, de alguna forma, en la consistencia o composición de su patrimonio sujeto a responsabilidad, o simplemente, por disminuir el valor en ejecución, de los elementos del patrimonio del deudor susceptibles de ser embargados, perjudican a los acreedores...» (CRESPO ALLUÉ, en SÁNCHEZ y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 1376). Y luego, citando a DE CASTRO Y BRAVO (pág. 1376, en nota 20), agrega que la relación jurídica entre el deudor y el tercero, cuyo efecto sería el acto perjudicial impugnado, puede ser creada tanto por un negocio jurídico como por «actos de naturaleza semejante —como la confesión, el perdón, el reconocimiento, la renuncia—».

⁸⁷ MASSAGUER, José, «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 4222.

⁸⁸ Cfr. CRESPO ALLUÉ, en SÁNCHEZ y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 1396. Sobre la justificación, GARCÍA-CRUCES entiende que la inserción de esta excepción es acertada, pues si los actos se realizan en las condiciones previstas, «no supondrían perjuicio alguno para la masa, razón que explicaría ya suficientemente la excepción» (*ADConcursal*, 2004, pág. 59).

⁸⁹ Cfr. ESCRIBANO, en *ADConcursal*, 2007, pág. 54.

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 53.

⁹¹ CRESPO ALLUÉ, en SÁNCHEZ y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 1397.

⁹² Cfr. ESCRIBANO, en *ADConcursal*, 2007, pág. 22.

⁹³ Cfr. MORALEJO, Ignacio, «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 17, 2009, pág. 89.

⁹⁴ Así, por ejemplo, LEÓN: «(y) es que en la delimitación del concepto de perjuicio es menester tener en cuenta la finalidad de las acciones de reintegración concursal. Estas acciones se dirigen a la protección de los acreedores concursales para la satisfacción colectiva de los créditos. Significa ello que, para delimitar el concepto de perjuicio, es necesario atender al principio de paridad de trato...» (LEÓN, Francisco José, «Comentario al artículo 71», en ROJO, Á. y BELTRÁN, Emilio (coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, 2004, pág. 1307). En mismo sentido, ESCRIBANO, en *ADConcursal*, 2007, pág. 23; y CRESPO ALLUÉ, en SÁNCHEZ y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 1377.

⁹⁵ El fundamento de esta presunción respecto de los actos gratuitos es, por un lado, que «el resultado perjudicial es más que obvio», ya que «supone una actuación contraria a elementales exigencias», y por otro, que es una previsión acorde al principio de Derecho Privado por el cual estas adquisiciones son objeto de menor tutela (GARCÍA-CRUCES, en *ADConcursal*, 2004, pág. 56).

⁹⁶ «Excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente». Esta precisión se debe a la Ley 38/2011, de 10 de octubre. En el apartado siguiente se establece, en consecuencia, se agrega (numeral 3) como un caso en el que se presume el perjuicio patrimonial (presunción simplemente legal), «*Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso*». Las modificaciones introducidas en este punto no inter-

resan especialmente a este trabajo, puesto que, como ya hemos justificado, el acreedor que tiene garantizado el crédito, no goza de la facultad para anticipar el cumplimiento (véase nota 46).

⁹⁷ Así, CRESPO ALLUÉ, en SÁNCHEZ y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 1397; y HERRADOR MUÑOZ, Alicia, «Algunos aspectos del funcionamiento de las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005, pág. 173. Se ha dicho que esta presunción es una concreción de la norma civil contenida en el artículo 1292 del Código Civil (GARCÍA SANZ, Arturo, «Notas sobre el sistema de reintegración de la masa en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 4071).

⁹⁸ GARCÍA-CRUCES, en *ADConcursal*, 2004, pág. 56.

⁹⁹ Así, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «La acción rescisoria concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 4127-4128. El mismo autor, sin embargo, critica la norma, porque entiende que esto es exagerado.

¹⁰⁰ Cfr. CRESPO ALLUÉ, en SÁNCHEZ y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 1385.

¹⁰¹ LEÓN apunta, en este sentido, que «ciertamente, el criterio de la Ley no atiende de manera satisfactoria a los intereses de los acreedores concursales cuando se extingue de manera anticipada una obligación vencida después de la solicitud y antes de la declaración judicial de concurso, especialmente, en aquellos casos en que el procedimiento se haya iniciado a solicitud del deudor (art. 5). En este supuesto, los acreedores tienen que demostrar el daño (art. 71.4) a pesar de que el deudor haya manifestado en la solicitud de concurso que se encuentra ya en ese momento en estado de insolvencia, y se trate de un pago que implica favorecer a un acreedor singular frente a los demás» (en ROJO y BELTRÁN, *Comentario*, pág. 1310).

¹⁰² Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «La rescisión de los pagos realizados antes de la declaración de concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, págs. 384-387; quien además apunta que, para ese sector de la doctrina, el pago de deudas vencidas y exigibles no son rescindibles, porque se trata de un acto ordinario y debido, realizado en condiciones normales; o porque el pago de una deuda no es perjudicial, ya que a la disminución provocada por el acto sigue una disminución del pasivo.

¹⁰³ VILLORIA RIVERA, Íñigo, «El mito de la *par conditio creditorum*», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 9, 2008, pág. 325. Por ello, el autor cuestiona que el fundamento de la acción rescisoria sea la protección de los acreedores, sino que debe entenderse que es la del deudor, y agrega: «(n)o se trata de salvaguardar la *par conditio* de una masa pasiva que no existía al tiempo de realizarse el acto en cuestión, sino de proteger la masa activa frente al perjuicio derivado de actos lesivos».

¹⁰⁴ Cfr. HERRADOR, en *RDCyP*, 2005, pág. 176.

¹⁰⁵ Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, en *RDCyP*, 2008, pág. 387. La afirmación viene apoyada, además, por la jurisprudencia mercantil que la misma autora refiere, la cual acoge un concepto de perjuicio como infracción a la *par conditio creditorum*, y en consecuencia, admite la rescisión de pagos de obligaciones vencidas y exigibles (págs. 387-389).

¹⁰⁶ Una exposición sintética de ellas en SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel, «Acciones de impugnación por fraude o invalidez de los actos del deudor: El artículo 71.6 de la Ley Concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2009, págs. 391-405. Considérese lo dicho en nota 84.

¹⁰⁷ Cfr. Díez-PICAZO, en *RDM*, 1959, pág. 114

¹⁰⁸ De hecho, el mismo Díez-PICAZO, en *RDM*, 1959, pág. 114, se pregunta, a continuación, si el fraude es un elemento exigido en el artículo 1292 del Código Civil, concluyendo, con el texto de la ley, que no se exige fraude, aunque esto no implica que pueda interponerse la acción pauliana sin que haya perjuicio para los acreedores.

¹⁰⁹ DOMÍNGUEZ, *El cumplimiento*, pág. 127.

¹¹⁰ Desde esta perspectiva, ORDUÑA entiende que no puede haber fraude en el ejercicio de la facultad de exigir anticipadamente del artículo 1129.1 del Código Civil, de forma que el artículo 1292 del Código Civil difícilmente puede impedir o limitar la aplicación de aquel,

porque «su ejercicio no muda la condición del crédito vistiéndolo de privilegio alguno para el cobro preferente; con lo que el resto de acreedores podrán participar del embargo practicado conforme a la naturaleza y condición de sus créditos (...) solo la pasividad o inactividad de estos, ya respecto de la oposición al pago realizado, o bien, con relación al correspondiente procedimiento de ejecución, puede ser determinante de su plena eficacia» (*La insolvencia*, págs. 242-243). En nuestra opinión, sin embargo, esto no es tan claro, pues, si se admite una funcionalidad extrajudicial, los demás acreedores no habrán tenido, ni siquiera virtualmente la posibilidad de conocer la pretensión de anticipación del acreedor aplazado o el pago realizado en consecuencia, y por lo mismo, de ejercer sus derechos, oponiéndose al pago o participando del embargo.

¹¹¹ CRISTÓBAL MONTÉS, Ángel, *La vía pauliana*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 123.

¹¹² GIL, en BERCOVITZ, en *Comentarios*, pág. 860. Además se podría sostener, en apoyo de esta tesis, que el acreedor no requiere recurrir a la rescisión del pago en este caso, porque la ley permite a los demás acreedores utilizar la prescripción, aunque el deudor hubiera renunciado en forma expresa o tácita (cfr. art. 1937 CC). Pero la facultad de «utilizar» la prescripción solo sería eficaz antes de que pagara al acreedor, quien en tal caso puede retener lo pagado, precisamente, porque la obligación existía.

¹¹³ Cfr. DOMÍNGUEZ, *El cumplimiento*, págs. 124-126.

¹¹⁴ PLANIOL y RIPERT, *Traité*, pág. 256. Estos autores sostienen que ello implica (solución que estaba ya presente en el Derecho romano) que el deudor no puede sustraerse a la necesidad de pagar una deuda exigible y al pagarla, no hará más que cumplir con un deber estricto. La misma regla de irrevocabilidad del pago se encuentra en *Las Partidas* (Partida V, título XV, ley IX), admitiéndose solo si el pago se hace antes que se entreguen los bienes a los deudores o antes que desamparase sus bienes (cesión del patrimonio).

¹¹⁵ Cfr. SANTOS BRIZ en SIERRA, *Comentario*, pág. 283.

¹¹⁶ Cfr. SANTOS BRIZ en SIERRA, *Comentario*, pág. 283. TOMILLO, al respecto, señala que «la eficacia del artículo 1129.1 del Código Civil no está subordinada a un previo pronunciamiento constitutivo de la pérdida del beneficio del término. Basta con el que juez aprecie *in casu* la insolvencia del deudor como resultado de la prueba practicada por el acreedor...» (*El vencimiento*, pág. 63). Y sobre el punto, PUIG BRUTAU sostiene que «cuando en conformidad con este artículo 1129, el deudor haya perdido el derecho a utilizar el plazo, el acreedor puede ejercitar directamente la acción de cumplimiento, sin necesidad de una previa declaración judicial. En definitiva, se estará en la misma situación que si la obligación hubiese llegado a término en el tiempo previsto. La anticipación del vencimiento por declaración legal no ha de producir ninguna variación en este punto» (*Fundamentos*, pág. 109).

¹¹⁷ Cfr. DOMÍNGUEZ, *El cumplimiento*, págs. 124-126.

¹¹⁸ Es la doctrina constante del Tribunal Supremo [véase, a modo de ejemplo, la STS de 24-11-1988 (Roj 8259/1988) Ponente. Excmo. Señor Alfonso Barcala Trillo-Figueroa (Fundamento de Derecho 4.º); y la STS de 19-9-2002 (Roj 850/2002) Ponente: Excmo. Señor Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (Fundamento de Derecho 2.º)].

En todo caso, el TS ha sido flexible en la exigencia de que el acto sea posterior al nacimiento del crédito del actor, «si la intención defraudatoria viene determinada por la próxima y segura existencia de dicho crédito» [STS de 15-2-2000 (Roj 1092/2000). Ponente: Excmo. Señor FRANCISCO MARÍN CASTÁN (Fundamento de Derecho 4.º)].

¹¹⁹ STS de 19-9-2002 (Roj 850/2002). Ponente: Excmo. Señor Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (Fundamento de Derecho 2.º).

¹²⁰ STS de 20-10-2005 (Roj 6382/2005). Ponente: Excmo. Señor José Antonio SEIJAS QUINTANA (Fundamento de Derecho 4.º); citando otras sentencias anteriores, en el mismo sentido.

¹²¹ STS de 23-9-2003 (Roj 9350/2003). Ponente: Excmo. Señor José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (Fundamento de Derecho 7.º); y la STS de 20-10-2005 (Roj 6382/2005). Ponente: Excmo. Señor José Antonio SEIJAS QUINTANA (Fundamento de Derecho 4.º).

¹²² Es desde esta perspectiva que puede llegarse incluso a justificar la aplicación de la presunción *iuris et de iure* del artículo 71.2 LC al pago hecho en virtud del artículo 1129.1 del

Código Civil, como propone LINACERO DE LA FUENTE, María, *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, Reus, Madrid, 2005, pág. 106: «En el supuesto que el cobro anticipado del crédito se produzca dentro del periodo sospechoso se presumirá *iuris et de iure* el perjuicio patrimonial...». Es evidente que, en base a los elementos objetivos que sirven de base a la presunción, al menos hay que matizar esta afirmación, en el sentido de que el vencimiento de la obligación cuyo cobro se anticipó debía ser posterior a la declaración del concurso. La misma autora luego agrega que «en el supuesto de que el cobro se hubiera recibido fuera del periodo sospechoso (...) entran en juego las demás acciones impugnatorias, y por tanto, la acción pauliana (art. 1292 CC por remisión del art. 71.6 LC)».

¹²³ BLASCO GASCÓ, Francisco, «Comentarios al artículo 146», en SAGREGA TIZÓN, J., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 1528. En el mismo sentido, GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, «Comentario al artículo 146», en la misma (coord.), *Ley Concursal. Comentarios, Jurisprudencia y formularios*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 448.

¹²⁴ Así lo disponían los artículos 1915 del Código Civil y 883 del Código de Comercio, que hemos transcrito antes (nota 72), y el artículo 1172 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 («*En virtud de la declaración de concurso se tendrán por vencidas todas las deudas pendientes del concursado*»). Aunque la regla era la misma (el vencimiento anticipado), la doctrina ponía de relieve algunas diferencias entre estas normas. Mientras el primero se refería a deudas a plazo, y decía que estas *vencen*; los otros dos se referían a deudas *pendientes*, y que ellas *se tendrán por vencidas*. A partir de estas dos diferencias se discutió el carácter real o ficticio del vencimiento; y si entre las deudas pendientes podían considerarse incluidas las condicionales (al respecto, véase, por ejemplo, TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 91 y sigs.).

¹²⁵ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, «Comentario al artículo 146», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 1568. En el mismo sentido, GALLEGO SÁNCHEZ, quien agrega: «la fase de liquidación tiene por objeto la ejecución coactiva de todos los bienes del deudor para satisfacer sus obligaciones, de modo que se impone que todos los acreedores sean admitidos en aquel momento a dirigirse contra el mismo» (en la misma, *Ley Concursal*, pág. 448). Aunque se sostiene que más que en la liquidación, la regla halla su fundamento en la ejecución universal, pues se podría liquidar a medida en que los créditos fueran venciendo (BLASCO en SAGREGA *et al.*, *Comentarios*, pág. 1528), ya que «si bien es lógico que los síndicos reconozcan los créditos, nada debe impedir que los vayan pagando sucesivamente» (TATO PLAZA, Anxo, «Algunos apuntes en torno a los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 3290).

¹²⁶ BOLDÓ RODA, Carmen, «Efectos del concurso sobre los créditos en particular», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 2501.

¹²⁷ SÁNCHEZ ARISTI, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 1568.

¹²⁸ Al respecto, véase TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 76 y sigs. También se encontraba la justificación en una aplicación concreta para la quiebra y el concurso de un «principio» o «regla» que establecería el artículo 1129.1 del Código Civil, en cuanto los procedimientos concursales entrañan la insolvencia (cfr. SÁNCHEZ ARISTI, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 1529; y TATO, en *Estudios*, pág. 3290).

¹²⁹ Cfr. Exposición de Motivos. También véase DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Artículo 146. Efectos sobre los créditos concursales», en SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 2578; y SÁNCHEZ ARISTI, en BERCOVITZ, *Comentarios*, pág. 1570.

¹³⁰ DOMÍNGUEZ, en SÁNCHEZ CALERO y GUILARTE, *Comentarios*, pág. 2578.

¹³¹ *En este sentido*, DÍEZ SOTO, quien agrega que: «(e)n coherencia con lo dispuesto con carácter general por el artículo 1129, 1.º del Código Civil (...) y en aras de facilitar la configuración de la masa pasiva del concurso con referencia a un momento determinado, nuestro Derecho Concursal ha vinculado tradicionalmente a la declaración del concurso o quiebra el

vencimiento anticipado de todas las deudas a plazo del concursado o quebrado. El principio (...) se mantiene en la nueva Ley Concursal, aunque con la importante salvedad de que tal efecto (...) se vincula, no ya a la declaración del concurso como tal, sino a la apertura de la fase de liquidación (...). Se trata de una más de las numerosas disposiciones que a lo largo de la LC tienden a favorecer la continuidad empresarial o profesional del deudor, evitando vincular a la propia declaración de concurso determinados efectos que podrían resultar incompatibles con esta finalidad, por lo que se remiten a una eventual apertura de la fase de liquidación» (DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*. Ed. Reus, Madrid, 2006, págs. 260-261).

¹³² TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 53.

¹³³ TOMILLO, *El vencimiento*, págs. 52-55.

¹³⁴ Precisamente como consecuencia de la instauración en el sistema concursal francés de los procedimientos de *redressement* y de *liquidation judiciaires des entreprises* (Ley núm. 85-98, de 25 de enero de 1985). Hoy, el artículo 1188 del *Code* solo contempla la pérdida del beneficio del plazo en caso de disminución de las garantías: «*Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier*».

¹³⁵ ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio, «Regulación jurídica de la insolvencia: la legislación concursal», en MENÉNDEZ, A. (dir), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 4.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 889-895.

¹³⁶ TOMILLO, *El vencimiento*, pág. 73, quien agrega: «así como conceder una *vía de escape* a posibles acuerdos entre el deudor insolvente y algún acreedor con el fin de perjudicar al resto de los acreedores abocados a una inevitable quiebra».

¹³⁷ BELTRÁN, en *ADConcursal*, 2007, pág. 34.

(Trabajo recibido el 20-11-2012 y aceptado
para su publicación el 21-1-2013)

La inscripción del cese de los
administradores y el inicio
del cómputo del plazo de prescripción
de las acciones de responsabilidad*

*Cessation of directors; their
registration and the term of extinctive
prescription of the actions for liability
against them*

por

JOSÉ CARLOS VÁZQUEZ CUETO

Profesor Titular de Universidad - Universidad de Sevilla

RESUMEN: Este artículo trata sobre el régimen del plazo de prescripción de todas las acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital, que expira a los cuatro años a contar desde que dejan de desempeñar el cargo. En particular, analiza detenidamente el cese de los administradores en cuanto punto de referencia para el inicio del cómputo del plazo, así como la incidencia a estos efectos de la inscripción de dicho cese

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+i titulado «Principales instituciones del Derecho de la Insolvencia. La reforma del Derecho Concursal» (Código DER2011-29417-C02-01), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación dentro del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica para el periodo 2008-2011.

en el Registro Mercantil, según la doctrina del Tribunal Supremo en torno al alcance del principio de publicidad registral.

ABSTRACT: This paper deals with the regulation of the term of extinctive prescription of all the actions for liability against the directors of companies under the Spanish Corporate Enterprises Act. These actions are barred after four years of the date of their cessations. Especially, this research aims to analyze the cessation of the directors regarding the beginning of the period of prescription and the impact of its registration in the Business Registry, according to the Supreme Court's legal doctrine about the rule of legal cognoscibility.

PALABRAS CLAVE: Cese de administradores. *Dies a quo* en el cómputo del plazo de prescripción. Inscripción en el Registro Mercantil. Principio de oponibilidad registral.

KEY WORDS: *Cessations of directors. Term of extinctive prescription: dies a quo. Registration in the Business Registry. Rule of legal cognoscibility.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INICIALES.—II. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 949 DEL CÓDIGO DE COMERCIO AL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE TODAS LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES: 1. FORMULACIÓN Y ARGUMENTACIÓN DE LA TESIS. 2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TESIS.—III. LA VIRTUALIDAD DEL CESE DE LOS ADMINISTRADORES EN EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: 1. ACLARACIÓN PRELIMINAR. 2. EL CONCEPTO Y LAS MODALIDADES DE CESE. 3. LA DISTINCIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE EL CESE FORMAL Y EL CESE EFECTIVO EN EL CARGO DE ADMINISTRADOR. 4. LA FIJACIÓN DEL CESE COMO *DIES A QUO* Y LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE LA *ACTIO NATA*.—IV. LA *DOCTRINA LEGAL* ACERCA DE LA INOPONIBILIDAD DEL CESE NO INSCRITO A EFECTOS DEL INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD: 1. LA FORMULACIÓN DE LA *DOCTRINA LEGAL*: LOS ARGUMENTOS ADUCIDOS. 2. EL ANÁLISIS CRÍTICO DE LA *DOCTRINA LEGAL*: 2.1. *La perspectiva funcional: la congruencia de la tesis.* 2.2. *La perspectiva teleológica: la aproximación al criterio de la actio nata.* 2.3. *La perspectiva jurídico-registral: el alcance del principio de oponibilidad.* 2.3.1. Las inexactitudes en la formulación de la *doctrina legal.* 2.3.2. La posible extralimitación en el alcance del principio de oponibilidad. 2.3.3. El supuesto de la responsabilidad por deudas sociales: planteamiento. 2.3.4. La buena fe del demandante. 2.3.5. La interpretación restrictiva de la prescripción. 2.3.6. El

aislamiento de la *doctrina legal* en el conjunto normativo del Derecho de sociedades español.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES INICIALES

La responsabilidad de los administradores representa una de las parcelas del Derecho de las sociedades de capital de mayor interés legislativo, científico y práctico actual. El progresivo endurecimiento del régimen general de responsabilidad por los daños causados en el ejercicio del cargo, junto con la aparición de nuevos supuestos legales de responsabilidad por deudas sociales, han conducido a una proliferación de estudios sobre el tema y, sobre todo, a un aumento espectacular de los procedimientos (y de las condenas) que tienen por objeto los actos u omisiones de los administradores, con la consecuente inquietud que tal estado de cosas provoca en el tráfico económico.

La observación de la realidad nos señala un conjunto amplio y muy heterogéneo de situaciones que conforman los antecedentes de hecho sobre cuya base se acude al ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores. De entre todas ellas, destacan las que presentan como denominador común —que no necesariamente como presupuesto de orden jurídico— la búsqueda por los demandantes de algún centro de imputación sobre el que hacer recaer el resarcimiento de daños o lograr el cobro de créditos ante la insuficiencia patrimonial o la insolvencia de la sociedad (acompañadas incluso, con frecuencia, de una inactividad social persistente). Una búsqueda, en buena parte de los casos *in extremis*, que acaba teniendo como objetivo, precisamente (en contradicción a lo que en apariencia sugiere el enunciado general de la institución) a quienes ya no son administradores, por haber cesado en el cargo con bastante anterioridad a la demanda. Se trata, desde luego, de una de las facetas más necesitadas de un punto de equilibrio (y, por qué no decirlo, también de cordura) en la regulación y aplicación de la disciplina sobre responsabilidad de administradores. No cabe duda de que el Derecho debe poner coto a las actuaciones abusivas y desleales en la gestión de las sociedades y apartar del tráfico a quienes demuestren no llegar al nivel de diligencia mínimo exigible para dicho cometido; pero sin que con ello se menoscabe la seguridad jurídica y se impida predecir y acotar razonablemente los límites temporales y objetivos del riesgo al que queda expuesto quien acepta ocupar un cargo de administrador. Por este motivo la conexión entre el cese del administrador y su responsabilidad en el ejercicio del cargo constituye un aspecto merecedor de la indagación del estudioso del Derecho de sociedades de capital.

Sobre el papel, y sin perjuicio de lo que luego se abunde, la significación jurídica del cese del administrador a efectos del ejercicio de acciones de responsabilidad es doble. De una parte, y como línea de principio, parece lógico pensar

que el cese debe trazar el perímetro o la línea fronteriza que señale, desde el punto de vista temporal, el ámbito de la responsabilidad imputable al sujeto en cuestión en su condición de administrador, toda vez que no se puede reclamar o reprochar una actuación u omisión en que se funde una reclamación de este tipo si el demandado ya no está en disposición de haberla realizado o evitado, por no ostentar el cargo en ese momento¹. De otra parte, el cese ejerce una segunda función, relacionada en este caso con las *acciones* de reclamación de la responsabilidad ante los Tribunales, para cuyo plazo de prescripción constituye un punto de referencia inicial, conforme establece el artículo 949 del Código de Comercio.

Tanto desde uno como otro ángulo de significación, son numerosos los aspectos sombríos y controvertidos que suscita el cese en el contexto del ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores. El propósito de este trabajo se ceñirá al análisis crítico de uno solo de ellos: el concerniente a la *doctrina legal* en torno a la postergación de los efectos del *dies a quo* en el cómputo del plazo de prescripción hasta el efectivo conocimiento del cese por parte del demandante, circunstancia que, por lo general, no se considera verificada (o supuesta, según dicha *doctrina*) hasta la inscripción del acontecimiento en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil. Con todo, la concentración de nuestro esfuerzo en este asunto no implica dejar completamente a un lado muchos de los demás puntos de discusión sobre esta materia. Un cabal entendimiento del objeto principal de estudio lleva al hilo del discurso, previamente, por la realización de una serie de consideraciones acerca de algunos de esos otros aspectos, que, a la postre, se erigen en premisa ineludible para el supuesto de hecho que se examina y, en buena medida, en el antecedente lógico de argumentos en defensa y en contra de la mencionada *jurisprudencia*.

II. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 949 DEL CÓDIGO DE COMERCIO AL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE TODAS LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES

1. FORMULACIÓN Y ARGUMENTACIÓN DE LA TESIS

La *doctrina legal* en torno a la incidencia de la inscripción registral del cese del administrador en la prescripción de las acciones de responsabilidad encuentra un *prius* lógico en la aplicación del artículo 949 del Código de Comercio al plazo prescriptivo. Conforme a este artículo, que mantiene incólume la redacción originaria de 1885, «[L]a acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración».

Dicha aplicación, no sin cierta vacilación inicial, se ha acabado consolidando en nuestros Tribunales tanto cuando la reclamación persigue la reparación de los

daños causados a la sociedad (mediante el ejercicio de una acción *social*, con la legitimación activa *escalonada* que prevé la Ley: arts. 238 a 240 TRLSC) como, *directamente*, a los intereses particulares de socios o de otros terceros (a través del cauce de la acción *individual* de responsabilidad, *ex art.* 241 TRLSC)². E incluso se considera la norma de referencia para la prescripción de aquellas otras acciones frente a los gestores societarios que el Derecho de sociedades de capital ha ido acopiando con el paso de los años, y que no se fundamentan en un resarcimiento de la eventual lesión padecida por quien demanda, sino, sin perjuicio de su habitual planteamiento ante los Tribunales de un modo acumulado junto a estas, en una reacción o respuesta punitiva de carácter civil ante el incumplimiento de un deber impuesto legalmente, que hace responder a los demandados de todas o de algunas deudas sociales, solidariamente con la sociedad. Este sería el caso, señaladamente, de la responsabilidad por la no promoción de la disolución o de su remoción concurriendo causa legal para aquella (art. 367 TRLSC)³ o por la no promoción de la adaptación dentro de plazo de las escrituras y estatutos societarios a las modificaciones legislativas acaecidas (DDTT 3.^a.3 y 6.^a.2TRLSA)⁴. Dicho de otro modo: se ha convertido en la regla común en la materia, predicable, a falta de una disposición específica que otra cosa determine (v.gr.: art. 75, en relación con el art. 73.3 del TRLSC) de *todas* las reclamaciones civiles que se planteen contra los administradores de sociedades, cualquiera que fuera su naturaleza y contenido. El único requisito que se ha de verificar para integrarse en este nutrido grupo de reclamaciones consiste en que los hechos imputables a los administradores sean encuadrables *en su actividad orgánica*.

Son diversos los argumentos esgrimidos por los Tribunales en defensa de esta aplicación indiscriminada del plazo cuatrienal de prescripción a las reclamaciones de responsabilidad contra los administradores sociales. Conviene detenerse por un momento en su descripción por la repercusión que pudieran tener sobre el comentario crítico de la *doctrina legal* que constituye el objeto principal de este trabajo. Para ello podemos tomar como referente la que, a todas luces, se ha erigido, a juicio de los propios pronunciamientos judiciales al respecto, en la resolución-guía en esta materia (en particular, en relación con la *acción individual* de responsabilidad): la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2001.

En primer lugar, se pone especial énfasis en el juego del Derecho Civil como rama general de nuestro Ordenamiento jurídico privado en el marco de su aplicación a supuestos de hecho encuadrables dentro de la mercantilidad, ya provenga esa mercantilidad del ámbito en que se desenvuelven las actuaciones dañosas (el ejercicio de las funciones propias del cargo de administrador en las sociedades de capital) o del carácter de la disposición normativa que establece la correspondiente responsabilidad por deudas (DDTT 3.^a-3 y 6.^a-2 TRLSA, art. 241 TRLSC). Así, el TS considera innecesario el recurso al Código Civil

(vía art. 943 del CCom., que remite a *las disposiciones del Derecho Común* para las acciones que *no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio*), por cuanto ya hay una norma especial de aplicación en esta parcela normativa. Una norma que, además, como se puede comprobar por su tenor literal, no establece distinción formal entre unas y otras acciones de responsabilidad⁵.

En segundo lugar, el Alto Tribunal ha aducido la conveniencia de superar en el ámbito societario la tradicional distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. En tal sentido, se entiende que la amplia conjunción de intereses que se entremezclan en torno a una sociedad de capital y que pueden verse lesionados por la actuación de los administradores presenta a la postre un denominador común, como es la verificación de los hechos en que se fundan *en el ejercicio de las funciones propias de su cargo*⁶. A todo esto debiera sumarse el dato, para nada baladí, de que la ficción que supone el reconocimiento de la personalidad jurídica a las sociedades viene a desdibujar de alguna manera el nexo de conexión que indiscutiblemente une a los socios con los administradores del patrimonio que aquellos han puesto en común⁷, encasillándolos en un ámbito de responsabilidad —el extracontractual— que no se acomoda realmente a la vertiente contractual intrínseca en todo fenómeno societario. Precisamente por ello se estima más ajustado a Derecho descartar la aplicación del plazo anual de prescripción (contenido en el art. 1968.2.º CC), a que conduce la cláusula general de responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1902 del Código Civil, cuando se trate de reclamaciones por daños ocasionados por la actuación orgánica *directamente* en el patrimonio de sujetos distintos de la sociedad, reconduciendo el supuesto hacia la norma contenida en el artículo 949 del Código de Comercio.

En tercer lugar, la solución se escuda en una consideración de política jurídica íntimamente relacionada con el instituto de la prescripción: la necesidad de dotar de certidumbre a una materia que se ha convertido en uno de los puntos más litigiosos en el campo de las sociedades mercantiles. Esa certidumbre vendría proporcionada por la imposición de un mismo plazo a todas las acciones. La uniformidad beneficiaría de este modo tanto a los eventuales demandantes como a los propios administradores. Los primeros, porque, proclives como son a acumular reclamaciones de responsabilidad por diferentes conceptos a fin de lograr de un modo o de otro el cobro de sus créditos⁸ o, en otro caso (o en última instancia), la reparación del perjuicio sufrido por una anómala gestión societaria, evitarían de este modo el riesgo de una calificación judicial de los hechos en que fundan su pretensión que condujera a la aplicación de un plazo de prescripción menor y, a lo mejor, ya transcurrido. En cuanto a los segundos, porque les permitiría predecir el lapso máximo de sujeción por las actuaciones llevadas a cabo al frente de la entidad⁹.

Por último, y en el caso concreto de la acción *individual* de responsabilidad por daños, se acude a un ulterior argumento derivado de la fundamentación

teleológica del instituto de la prescripción, reiterado por el propio Tribunal Supremo. Toda vez que se trata de una institución no fundamentada en consideraciones de estricta justicia material, sino de pura seguridad jurídica en el tráfico, es preciso interpretarla de un modo restrictivo a fin de procurar su menor incidencia posible sobre el menoscabo de la posición jurídica de los titulares de derechos. De ahí que se entienda predicable, si alguna duda resta aún, el plazo más amplio del artículo 949 del Código de Comercio que el del artículo 1968.2.º del Código Civil¹⁰.

2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TESIS

A decir verdad, da la impresión de que tal toma de postura del Tribunal Supremo supone forzar un tanto el campo de actuación del artículo 949 del Código de Comercio hasta llevarlo más allá de los confines para los que razonablemente parece estar previsto, empleando para ello argumentos no del todo convincentes en consideración a todas las situaciones que se contemplan, y forzando a la postre a ulteriores interpretaciones no menos discutibles a fin de sustentar soluciones compatibles con la justicia material¹¹.

Por lo pronto, el recurso al juego del Derecho Civil en el ámbito mercantil encierra una petición de principio que obliga a descartar el hilo que lleva hasta el artículo 949 del Código de Comercio. Y es que este último se emplea precisamente como argumento para declarar inaplicable el Código Civil, al afirmarse que no se acude al artículo 1968.2.º del Código Civil porque ya se tiene el artículo 949 del Código de Comercio, que es justamente lo que se debe demostrar: que este artículo se aplica a todos los casos de responsabilidad de administradores.

Otro tanto sucedería con la interpretación restrictiva de la prescripción. Siendo discutible que dicha regla pueda alcanzar hasta el ámbito de aplicación objetivo de la norma jurídica prescriptiva, y, por consiguiente, a la determinación del plazo de ejercicio de algunas acciones (y no solo, como parece más razonable, a cuestiones vinculadas con el cómputo del plazo aplicable y su interrupción y a la solución predicable cuando del conjunto fáctico probatorio no se desprende con claridad que haya llegado el *dies a quo* y que haya transcurrido íntegramente el plazo), ha de tenerse en cuenta, en cualquier caso, que no siempre la aplicación del plazo cuatrienal del Código de Comercio supondría prolongar su vigencia. A veces incluso pudiera, si acaso, recortarla. Así sucedería, sin ir más lejos, de confrontar este plazo, en el caso de la responsabilidad por deudas, con el que se aplicaría por remisión a la regla general para las acciones personales (los quince años del art. 1964 CC), o con algunos de los plazos establecidos para reclamar cada una de las deudas sociales pendientes de pago (v.gr.: el quinquenal de la deuda ante el socio por los dividendos acordados, *ex art.* 947.3 del CCom.).

Tampoco el argumento relativo a que el precepto estudiado no distinga formalmente entre unos y otros tipos de acciones de responsabilidad resulta ni mucho menos definitivo. Por el contexto en que se ubica (tres preceptos — arts. 947, 948 y 949 del CCom.— dedicados consecutivamente a disputas en el seno de las relaciones societarias), los supuestos de reclamación contra los administradores específicamente dispuestos en el momento en que se promulga el Código (todos ellos encuadrables en el capítulo del resarcimiento de los perjuicios causados a los intereses de la sociedad: cfr. arts. 130, 144 del CCom.; o el ya derogado artículo 156 del mismo texto legal) y el *dies a quo* que se fija (en apariencia unívoco y estrechamente relacionado con la dinámica de la relación de prestación de servicios que une al demandado con la sociedad), da la impresión de que el ámbito natural de expresión de este precepto debiera ser el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores por los daños ocasionados a la entidad en el ejercicio de sus funciones: de la acción *social* de responsabilidad. Así, el plazo de prescripción tendría la virtualidad de permitir llevar hasta los Tribunales una *rendición final de cuentas* del administrador, de hacer valer por parte de la sociedad una última oportunidad para resarcirse de los perjuicios económicos derivados de la gestión (que muchas veces provienen de una actuación continuada en el cargo, antes que de actos concretos), una vez se hubiera dispuesto del tiempo y de la oportunidad propicias, con el transcurso de los años y la entrada de otros sujetos en el cargo, para verificar la diligencia o lealtad en la actuación y la verdadera entidad de los eventuales daños causados¹². Por tal razón, podría pensarse, el cómputo del plazo de prescripción se desvincula de referencias temporales tan habituales en la regulación de una acción de responsabilidad, y tan conectadas con el derecho que se pretende hacer valer mediante tal acción, como la producción del evento dañoso y el conocimiento efectivo de los daños por el perjudicado demandante, anudándose, en cambio, a un hecho difícilmente cuestionable, por lo general, como el día en que el demandado hubiera cesado en su cargo (en sintonía con lo dispuesto por el artículo 1972.1 del Código Civil para la acción de *rendición de cuentas*; o con el artículo 1967.2 del Código Civil en relación con prestadores de servicios). Se trataría, por lo tanto, de otorgar a la sociedad cierto margen de operatividad para aglutinar en torno a una última reclamación toda una serie de actuaciones llevadas a cabo por los administradores de las que pueda desprenderse la imputabilidad de unos perjuicios económicos¹³.

Ese campo natural de actuación podría verse ampliado, a lo sumo, desde la acción *social* hasta las acciones *individuales* de responsabilidad, en la medida en que la ausencia de distinción formal en el tenor del artículo 949 del Código de Comercio entre estos dos tipos de reclamaciones se considerara decisivamente respaldada por la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1882, que podría desvelar que el plazo cuatrienal del precepto que comentamos no iría dirigido únicamente a las reclamaciones formuladas

por daños causados a la masa social (que podrían considerarse aludidas por la referencia a *los mismos socios*, como permite entender lo dispuesto por el art. 144 CCom.), sino, igualmente, a las interpuestas por *los extraños que se consideren perjudicados*, ampliando de este modo, a fin de poner término a la incertidumbre que lleva consigo la prescripción ordinaria o común, tal campo de actuación natural desde esa *rendición de cuentas* hasta cualquier tipo de reclamación por daños contra los administradores *por las operaciones que en este concepto hubieren realizado*¹⁴.

Pero, por mucho que se pretenda generalizar la aplicación de esta norma a acciones de responsabilidad distintas de las que tienen por objeto los daños causados a la sociedad, seguirían huérfanos de una argumentación jurídica mínimamente consistente los supuestos concernientes a las que pretenden la condena al pago de deudas sociales, toda vez que no debe ignorarse que esta no podía hallarse en la *mens legis* al momento de dictarse la norma del artículo 949 del Código de Comercio, de donde se concluye que no cabe acogerse al aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Solo la integración analógica ante el «acceptable» paralelismo de los supuestos y una aparente identidad de razón, auspiciada por una deseable seguridad jurídica que propiciara la uniformidad de disciplina (ya buscada por la EM del Proyecto, como se ha visto), justificaría la aplicación del artículo 949 del Código de Comercio también a estos supuestos.

En conclusión, todo parece indicar que es la búsqueda de una uniformidad de régimen que proporcione al tráfico una ansiada seguridad jurídica, precisa para abordar aspectos tan sensibles para la gestión de patrimonios empresariales como la responsabilidad de sus gestores, el valor que predomina en definitiva en la argumentación empleada por el Tribunal Supremo para consagrar el artículo 949 del Código de Comercio como la columna vertebral normativa en materia de prescripción. Esto sentado, serían varias las puntualizaciones que, por el momento, y sin perjuicio de lo que se abunde cuando se enfoque el tema principal de nuestra investigación, suscitaría la conclusión expuesta.

Para empezar, conviene resaltar que el empeño por ofrecer una solución unitaria para todo el catálogo de acciones de responsabilidad contra los administradores, incluidas aquellas en las que no se ventila la reclamación de un daño causado a la sociedad, pone al descubierto determinados desfases verdaderamente perturbadores entre el periodo de cómputo de la acción (cuyo inicio se vincula legalmente al cese en el ejercicio del cargo) y el instante en que el actor se hallaría en disposición de plantear la demanda. Y es que, evidentemente, contener el inicio del plazo de prescripción hasta el abandono del cargo por el eventual demandado reviste una gran utilidad para depurar responsabilidades que únicamente podían ponerse de manifiesto una vez aquel hubiera resultado desposeído del manejo y el control de la documentación social. Pero cuando el titular de la posición jurídica lesionada es un tercero, no la propia sociedad,

el cese puede, si acaso, ayudar a esclarecer los hechos de los que se derive la imputabilidad de la conducta reprochable, pero difícilmente pondrá de manifiesto el perjuicio ocasionado, que en la mayoría de las ocasiones se revela por otros cauces con bastante posterioridad. Por si fuera poco, el problema se agrava cuando, con tal de mantener a rajatabla tal solución unitaria, se resuelven dichos desfases mediante respuestas que acaban por minar la seguridad jurídica misma, sosteniendo teorías no del todo coherentes o que llegan a torcer la significación jurídica que de suyo cabe atribuir a conceptos otrora poco discutibles, como los de cese en el ejercicio de un cargo o de inoponibilidad de los actos no inscritos en el Registro Mercantil.

Sea como fuere, la mencionada uniformidad no proporciona una certeza absoluta, pues en modo alguno supone que pueda conocerse con total seguridad, *a priori*, el instante en que finaliza el plazo de prescripción para todas las acciones. Sin ir más lejos, la realización de actos interruptivos de la prescripción (y, entre ellos, cabe destacar el notorio protagonismo que adquiere, en la realidad diaria, la interposición de una querrela criminal por delitos económicos presuntamente cometidos por los demandados¹⁵) introduce un elemento de distorsión de tal uniformidad inevitable. De tal suerte que podrá saberse que el plazo siempre es de cuatro años, sea cual fuere la responsabilidad exigible; e incluso, para los administradores que hubieran cesado simultáneamente, se podrá determinar con precisión el instante en que comienza a computarse tal periodo para todos, pero siempre existirá un resquicio de incertidumbre en torno a su efectiva expiración¹⁶. Eso sí, cuando la responsabilidad sea *solidaria* entre los administradores, al menos se tendrá la certeza, merced a la comunicabilidad de los efectos de la interrupción entre obligados solidarios del artículo 1974.1 del Código Civil, de que la demanda que pudiera plantear un determinado legitimado activo provoca la interrupción de todas las de la misma clase que pudieran entablarse frente a los que han cesado a la vez¹⁷. Es más, tanto ese legitimado activo como la totalidad de administradores responsables pueden seguir con exactitud el curso del plazo prescriptivo y predecir su finalización, lo que, a la postre, garantiza la certidumbre buscada de antemano con la aplicación del artículo 949 del Código de Comercio.

En otro orden de ideas, no cabe ignorar el dato de que, en los supuestos de responsabilidad por deudas sociales, esta uniformidad lleva consigo, correlativamente, una disociación respecto de las acciones que pudieran ejercitarse frente al verdadero titular de la deuda, que no es otro que la sociedad administrada. En este punto la acción frente al administrador y la que pudiera dirigirse contra la sociedad deudora marchan por caminos separados, tienen sus propios plazos de prescripción y sus particulares actos interruptivos, que no se comunican de una a otra, debido a que el vínculo que une a sus legitimados pasivos no es de *genuina solidaridad*, sino de simple coincidencia en el objeto de la obligación¹⁸. Se trataría de una responsabilidad *in solidum*, de distinta fuente en cada caso

(art. 1089 CC). Claro que la expiración del plazo de prescripción para reclamar la deuda de la sociedad debe implicar automáticamente la pérdida de la acción contra los administradores. No por prescripción, sino por ausencia del presupuesto necesario para su planteamiento: la exigibilidad de la deuda social, que habría desaparecido¹⁹.

III. LA VIRTUALIDAD DEL CESE DE LOS ADMINISTRADORES EN EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

1. ACLARACIÓN PRELIMINAR

Una segunda premisa indispensable para la entrada en juego de la *doctrina legal* objeto del presente estudio y, al paso, para el mantenimiento de la pretendida uniformidad en materia de prescripción de acciones de responsabilidad contra los administradores, estriba en que el punto de referencia para el inicio de cómputo del plazo correspondiente venga marcado por un acontecimiento único e incontestable en todo caso: el cese del administrador. Son varias las consideraciones relacionadas con este presupuesto sobre las que merece la pena detener por un momento la atención.

2. EL CONCEPTO Y LAS MODALIDADES DE CESE

La fijación en torno al artículo 949 del Código de Comercio de un plazo de prescripción uniforme para todas las acciones de responsabilidad que puedan ejercitarse contra los administradores de las sociedades de capital requiere una aplicación de su *dies a quo* sin distinciones en cuanto a la modalidad de cese que se contemple. En este sentido, el propio tenor literal del artículo 949 del Código de Comercio despeja cualquier duda que pudiera suscitarse al respecto: *...desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración.*

Por encima de cualquier otra puntualización, la expresión es coherente con el planteamiento de hacer coincidir el inicio del cómputo del plazo de prescripción con el comienzo del periodo de recapitulación de la labor efectuada (o de *rendición final de cuentas*) que corresponde a todo gestor de patrimonios ajenos, una vez acabada la relación de prestación de servicios continuada en que fundaba tal condición gestora (de un modo similar, el art. 1972.1 del Código Civil fija el *dies a quo* de las *acciones para exigir rendición de cuentas desde el día en que cesaron en sus cargos los que debían rendirlas*). De ahí que el plazo deba contarse desde el instante en que se pusiera *punto y final* a esa específica *relación orgánica* que unía al administrador con la sociedad, cualquiera que fuera la causa que lo desencadenara.

Posiblemente la enfática indiferencia del precepto contemplado en torno al motivo del cese venga propiciada por el conocimiento por los redactores de nuestro texto legal decimonónico de la amplia y variada tipología de supuestos de finalización *en el ejercicio de la administración*. El legislador maneja de este modo la acepción más ortodoxa del verbo *cesar* y de sus derivados, alusivos, sin más, a dejar de desempeñar el puesto que se venía ocupando. Con tal significación se refieren a este término, igualmente, los artículos 216.1 TRLSC y 147 RRM. Una acepción aséptica respecto de la causa de tal suceso, que contrasta, sin embargo, con la que parece mantener en algunos otros pasajes nuestra actual legislación sobre sociedades de capital (cfr. arts. 223 y 224 TRLSC), receptiva a un entendimiento más coloquial y restringido de *cese*, ceñido a la revocación o destitución en un cargo. Así pues, cesa, en el sentido propio del concepto, quien es separado del cargo de administrador (en ejercicio de una facultad de apreciación discrecional, sin necesidad de acudir a justa causa —art. 221 TRLSC— o por incurrir en prohibiciones, incapacidades o incompatibilidades para serlo —arts. 213 y 224 TRLSC—), por decisión de la junta general de socios o, en su caso, de una instancia de poder exógena a la sociedad. Pero también cesa en ese mismo sentido quien dimite del cargo, el que administra una sociedad que se disuelve y entra en periodo de liquidación, el que es declarado inhabilitado en una sentencia de culpabilidad del concurso mientras no concluya tal periodo de inhabilitación (art. 213.1 TRLSC, en relación con los arts. 13.2.º del CCom. y 172.2.2.º LCo), aquel al que le caduca el nombramiento por expiración de su plazo de duración o, incluso, quien fallece mientras se hallaba en su desempeño²⁰.

Nos topamos, por lo tanto, con una fenomenología que se ha multiplicado desde finales del siglo XIX hasta nuestros días, al compás de la complejidad que ha ido adquiriendo todo cuanto rodea a la figura del administrador en las sociedades de capital y, sobre todo, de la proliferación de normas que pretenden salvaguardar, fundamentalmente, las expectativas del tráfico (señaladamente de los acreedores sociales) y de socios minoritarios mediante soluciones que, de un modo directo o como efecto reflejo, terminan provocando cambios en la cúpula de gobierno societario²¹. Con todo, por amplio que sea el espectro fáctico cubierto con el cese, lo relevante de verdad, a los efectos que ahora nos ocupan, estriba en que es precisamente, el denominador común de todas estas modalidades, situado en la extinción de la relación de administración que une al sujeto en cuestión con la sociedad, el que ha de tomarse como nexo de unión para el logro de la pretensión consistente en fijar un régimen de prescripción uniforme en materia de acciones de responsabilidad²². Circunstancia para nada baladí pues, como habrá ocasión de comentar, fuera de ese elemento denominador común, la observación de cada una de esas modalidades pone al descubierto diferencias difícilmente salvables entre sí, máxime si de lo que se trata es de procurar una aplicación uniforme de la *doctrina legal* sobre la incidencia del acceso al Registro Mercantil

del cese en el inicio del cómputo del plazo de prescripción, dado que no en todos estos supuestos dicho acceso se efectúa de idéntica forma ni el protagonismo del cesado a la hora de procurarlo puede ser el mismo.

Lo que sí debe constituir un rasgo coincidente en todas las modalidades de cese es el instante de su nacimiento al mundo del Derecho o, para ser más exactos, el momento en que *se tiene jurídicamente por producido*, sin perjuicio de su oponibilidad o inoponibilidad *erga omnes* desde ese instante. Este sería el momento al que, en buena lógica, cabría considerar remitido el artículo 949 del Código de Comercio; aunque, posiblemente, como se verá en el siguiente epígrafe, la postura de nuestra jurisprudencia a este último respecto no parezca resultar todo lo coherente que debiera. En este sentido, ha de considerarse que *existe cese, a efectos jurídicos*, desde que se verifica el hecho causante de su acaecimiento (*rectius*, desde que puedan tenerse por ciertos tanto el hecho del cese como su fecha)²³, con independencia del momento en que llegue a conocimiento de la contraparte de la relación comercial de servicios que les une o en que tenga lugar su preceptivo asiento en el Registro Mercantil —si es que lo tiene—, así como de los efectos que tales hechos puedan desencadenar (muy importantes a veces, como en el caso de la recepción por la sociedad de la dimisión de su administrador, o incluso de su aceptación²⁴). Conviene destacar en particular el carácter declarativo que la referida inscripción preceptiva tiene respecto de la existencia del cese, con independencia del tipo de asiento registral que la cause (circunstancia esta última que también puede variar según la modalidad de cese²⁵).

El alcance otorgado al concepto de cese no solo permite atisbar la extensa y heterogénea gama de supuestos incluidos a que se ha aludido, sino que, al tiempo, deja entrever la solución ante otra serie de hipótesis «dudosas», por así decirlo. Así, no cabe entender que hay cese en caso de caducidad del nombramiento de administrador seguido, sin solución de continuidad, de reelección para el cargo, toda vez que la renovación simplemente tiene la significación de una prórroga de la relación obligacional originaria²⁶. Como tampoco si hay una caducidad, revocación o renuncia que afecten únicamente a los cargos que se ostenten en el seno del Consejo de administración (presidente, vicepresidente, secretario, etc.: cfr. arts. 245 TRLSC, 138 y 146 RRM), sin perjuicio de conservar la condición de consejeros. Y así debe considerarse igualmente respecto de idénticas circunstancias cuando inciden únicamente sobre la delegación de funciones en tal órgano. Otro tanto cabe sostener cuando lo que cesa es el ejercicio real de las funciones, aunque se mantenga la vigencia formal del cargo abandonado, o, cuando queda paralizada la actividad de la sociedad, por más que ello implique un cierre completo de sus oficinas, una baja en cuantos Índices o censos de naturaleza jurídico-pública pudiera estar anotada o, incluso, arrastre consigo una completa desaparición del activo social²⁷. Ni, por lo que respecta a los administradores que siguen en el cargo, cuando el órgano queda inoperativo

por el cese de la mayoría (en caso de consejo de administración) o de alguno de sus miembros (en caso de administración mancomunada).

Más complejo se presenta, sobre el papel, el caso de la estimación, por resolución judicial firme, de una impugnación del acuerdo de la junta general mediante el que se separaba al administrador de sus funciones, seguido, en su caso, de otro acuerdo de nombramiento del sustituto²⁸. A menos que se hubiera solicitado y obtenido de inmediato la suspensión cautelar en la ejecución del acuerdo, la estimación de la demanda representa, a los efectos que nos ocupan, una tesitura peculiar, por cuanto revoca a la postre un efecto que se tiene por producido en el instante en que la junta toma la decisión: el cese del separado y, por consiguiente, el camino expedito para el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad. Claro que, como dicha revocación ha de considerarse *ex tunc*, habrá que entender igualmente presente una causa sobrevenida de inaplicación del artículo 949 del Código de Comercio. El plazo de prescripción ha de tenerse por no comenzado (e ineficaces por tanto los actos interruptivos realizados hasta el momento, en su caso) toda vez que falta la *condicio iuris* indispensable para que eche a andar: la extinción de la relación obligacional de administración²⁹. Una solución, en suma, bastante favorable a los intereses de los eventuales demandantes de responsabilidad³⁰, pero que, en realidad, resultará consecuente con el diseño legislativo del régimen de prescripción de estas acciones de responsabilidad (que une el fin en el cargo con el comienzo del plazo para su ejercicio) y, por qué no decirlo, también con la actitud del administrador afectado por el cese declarado nulo. Nótese que este tendría en su mano enervar las consecuencias de una eventual estimación de la demanda que ahora se comentan renunciando a su planteamiento, desistiendo de ella o dimitiendo del cargo en cualquier caso³¹.

En cambio, sí que habría indudablemente cese a efectos de la aplicación del artículo 949 del Código de Comercio cuando, con independencia de haberse puesto fin a la relación de administración con la sociedad, se mantienen otros vínculos contractuales de diversa naturaleza, en especial profesionales (v.gr.: la prestación de servicios como abogado) o laborales (sean o no de carácter especial), algunos de los cuales pueden incluso estar previstos estatutariamente como prestaciones accesorias (unidas a la condición de socio o a la titularidad de determinadas acciones o participaciones sociales). Y otro tanto cabe decir cuando esos otros vínculos obligacionales con la sociedad no se venían compatibilizando con el ejercicio de las tareas propias del cargo de administrador, sino que han surgido *ex novo*, justamente, en su lugar. Así sucede cuando la sociedad entra en liquidación *societaria* previa disolución *de pleno derecho* o adoptada por acuerdo de su junta general o por decisión de una autoridad administrativa o judicial. Los liquidadores sustituyen a los administradores en la llevanza de la gestión social, si bien bajo unos parámetros orientados a una finalidad bien diferente de la que preside la

actuación de estos (arts. 374 y 375 TRLSC). Son, pues, cometidos distintos, por cada uno de los cuales cabe exigir una responsabilidad por daños propia y diferenciada. Por ello las dos figuras deben considerarse situadas en compartimentos estancos³² en materia de responsabilidad por daños, aunque los cargos recaigan sobre los mismos sujetos (algo frecuente merced a la regla supletoria de conversión *ex lege* de una figura en otra, aplicable ahora a todas las sociedades de capital en virtud del art. 376.1 TRLSC) e incluso algunas normas relativas a la responsabilidad de los administradores resulten aplicables a los liquidadores a falta de regla específica que la regule en materia de liquidación (art. 375.2 TRLSC)³³.

3. LA DISTINCIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE EL *CESE FORMAL* Y EL *CESE EFECTIVO* EN EL CARGO DE ADMINISTRADOR

El grupo de hipótesis a que se ha aludido al final del anterior epígrafe da pie al análisis crítico de un buen número de resoluciones del Tribunal Supremo en las que, justamente sobre la base de la pervivencia de ciertos deberes de actuación del administrador, ya cesado, frente a la sociedad, se vienen desplazando los *efectos jurídicos del cese* desde el instante de la extinción de la *relación orgánica de administración* que les unía hasta el de la definitiva liberación de tales deberes³⁴. De este modo, sobre la base de una atribución de la condición de *administrador de hecho* a quien, a lo sumo, puede considerarse que permanece *en funciones* mientras llega su relevo, se construye un concepto de *cese efectivo* a efectos del artículo 949 del Código de Comercio que en la mayoría de las ocasiones (y, desde luego, en todas las resoluciones que siguen esta tesis), se distancia conceptual y temporalmente del *cese formal*. Es más, precisamente este desplazamiento parece buscarse de propósito a fin de extender el periodo de ejercicio de la acción contra los administradores (generalmente ya dimitidos o con nombramiento caducado, pero, en cualquier caso, no relevados en el cargo) hasta cuatro años después de ese *cese efectivo* (que representaría de este modo el *dies a quo* ex art. 949 del Ccom.), acontecimiento que en la mayoría de los casos se hace depender, sin más, de la inscripción del *cese formal* en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil. Se mantiene así en vida una reclamación cuyo plazo de ejercicio judicial, de otro modo (esto es, de seguir el criterio que hemos sostenido en el anterior epígrafe, que atiende al dato de la extinción de la relación comercial como punto de partida del plazo cuatrienal) habría expirado con bastante anterioridad³⁵.

Sin perjuicio de lo que se argumente *infra*, en el apartado IV del trabajo, en torno a la virtualidad de la inscripción del cese del administrador a efectos del juego del artículo 949 del Código de Comercio, lo cierto es que esta toma de postura jurisprudencial suscita muchas dudas.

Por lo pronto, nada hace pensar que la Ley autorice semejante traslación del concepto o de los efectos jurídicos del cese desde la extinción formal de la relación negocial que une al cesado con la sociedad *en razón del cargo de administrador* hasta la definitiva liberación de ese compromiso postcontractual que encuentra su fundamento, más que en dicha relación negocial de administración específicamente, en un genérico deber de actuación de buena fe o en el patrón general de conducta de todo aquel que ha sido gestor de patrimonios ajenos. Es más, basta con acudir al sentido recto de las palabras para advertir la contradicción que en sí misma encierra tal toma de postura, pues califica como *administrador de hecho*, desde el *cese formal*, a quien aún debiera considerarse jurídicamente en el cargo, puesto que los efectos jurídicos de la extinción (véase, la aplicación del art. 949 CCom.) se posponen al *cese efectivo*.

Por otra parte, cuando se analiza a fondo la argumentación empleada en estas resoluciones para llegar hasta la fijación del *dies a quo* para el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad en el instante del *cese efectivo*, se advierten saltos en el hilo del razonamiento y premisas verdaderamente discutibles. A saber: se procede a integrar al *administrador en funciones* en la figura del *administrador de hecho*, lo que conllevaría la sujeción del administrador cesado al mismo régimen de responsabilidad que recae sobre el *administrador de derecho*; y, de ahí, a la aplicación del plazo de prescripción cuatrienal a contar desde que dejara *de facto* el cargo. Lo primero resulta ya de por sí más que dudoso, puesto que no parece ser comparable la actuación meramente conservativa que cabe reclamar de quien permanece en funciones de la que debe exigirse del que *efectivamente* desempeña las labores de dirección de la entidad *como si* de un administrador nombrado regularmente y con el cargo vigente se tratara. Pero, en cualquier caso, lo que en modo alguno nos parece admisible sería la absoluta equiparación del administrador cesado con el *administrador de derecho*, como si aquel permaneciera aún formalmente en el cargo. Y ello por dos razones:

- a) Porque la extensión del régimen de responsabilidad desde los administradores *de derecho* a los *de hecho* nunca puede jugar en cuanto a la *causa petendi* de las acciones mediante las que se hace valer aquella, puesto que el cometido de unos sujetos y de otros difiere sobre el papel. En concreto, el de los *administradores en funciones* consiste en procurar la conservación del valor del patrimonio social mientras pone en funcionamiento y culminan los mecanismos societarios encaminados a la designación de nuevos administradores y a la regularización de la situación desde el punto de vista de la operatividad de su órgano de gestión. Y, siendo esta una tarea por la que cabe exigirles responsabilidad solo una vez cesados formalmente en sus cargos, lógico será que la acción encaminada a reclamarla (aunque se regule igualmente por el

art. 949 del CCom.) se fundamente en hechos distintos, referidos a un momento temporalmente distante, y tenga un periodo de vida diferente de la que pudiera ejercitarse por su actuación mientras se ostentaba formalmente la condición de administrador. Así, si las reclamaciones fundadas en la actuación llevada a cabo durante la vigencia del cargo debieran plantearse en un plazo de cuatro años a contar desde el *cese formal* de tal vigencia, el plazo cuatrienal de las que deriven de omisiones en el deber de diligencia y cuidado exigible como *administrador en funciones* habría de correr desde que, efectivamente, se hubiera producido una liberación en dichos deberes³⁶.

- b) Porque la Ley no propaga textualmente la extensión del régimen de responsabilidad por daños de los administradores *de derecho* a los *de hecho* a los casos de responsabilidad *individual* (cfr. arts. 236 y 241 TRLSC), ni mucho menos lo hace (ni el carácter sancionatorio de semejante norma aconseja su interpretación extensiva) a los supuestos de responsabilidad por deudas [*ex* arts. 360.1.b) y 367 TRLSC y DT 3.ª TRLSA], que son a los que precisamente, se refieren muchas de estas resoluciones judiciales cuya solución criticamos. De donde se infiere que la postergación del inicio del cómputo del plazo de prescripción para estas acciones hasta el *cese efectivo* queda por completo sin fundamento, toda vez que, siendo acciones únicamente ejercitables ante actuaciones imputables mientras se ostenta formalmente el cargo (y subyaciendo, en el espíritu legislativo que se desprende del art. 949 del CCom., la voluntad de enlazar el comienzo del plazo de prescripción de una acción de responsabilidad con el instante en que jurídicamente finaliza el ámbito temporal de actuación imputable de esa responsabilidad a los gestores), resulta del todo injustificable establecer una suerte de *vacatio* para el *dies a quo* del plazo prescriptivo.

En otro orden de ideas, es evidente que el argumento que sirve de *ratio decidendi* de estas resoluciones acaba derivando en una suerte de castigo o régimen sancionatorio para quienes no adoptan, sin solución de continuidad a su cese, las medidas oportunas en orden a procurar la renovación de cargos y su publicidad registral. Pasan sin más, como se ha dicho, a ser considerados *administradores de hecho*, lo que representa a la postre un notable agravamiento en el régimen de responsabilidad ante la sociedad respecto del que tendrían de aplicárseles las reglas generales previstas para gestores de asuntos ajenos que permanecen expectantes a su sustitución. Un empeoramiento en su *status* que, insistimos, aparte de carecer de respaldo legal específico (como debiera dada su naturaleza), resulta, tal como se formula en ocasiones en estas resoluciones, sin matices ni distinciones, extremadamente rígido, peligroso y fuente de una considerable inseguridad jurídica, por no atender a la amplísima fenomenología

de supuestos que pueden concurrir en la realidad diaria, algunos de los cuales incluso podrían quedar impunes pese a merecer un mayor reproche. Son varias las objeciones que cabe plantear en este punto:

- i) Que orientada, como claramente está, a lograr un asidero por el que mantener en vida *a toda costa* la acción de responsabilidad ejercitada en la demanda, no siempre se repara en matizar (pese a que en los supuestos de hecho en que se aplica late con nitidez este dato decisivo) que la exigibilidad de este deber de actuación «postnegocial» rige únicamente en la medida en que el órgano de administración quede en una situación de *acefalía estructural*, esto es, de absoluta ausencia de administradores con el cargo vigente, sea cual fuere la forma de organizar el órgano³⁷.
- ii) Que no se detiene en aclarar que las consecuencias dañosas del incumplimiento de tal deber de actuación solo pueden reclamarse en la medida en que resulten imputables al gestor *en funciones*, lo que no siempre tiene por qué suceder³⁸.
- iii) Que no duda en establecer un límite último a la vigencia de ese deber que necesariamente no tiene por qué estar conectado con las razones de su imposición, posiblemente porque se trae miméticamente de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sin caer en la cuenta de que, para el Centro Directivo, se trata de un límite impuesto por los fines de la institución registral, que se conforma en este punto con asegurar que no se traiciona la confianza de los terceros de buena fe en la exactitud e integridad del contenido tabular: nos referimos a la inscripción del *cese formal* en la hoja abierta a la sociedad o la prueba de su conocimiento efectivo por el demandante, que quebraría su buena fe³⁹. Circunstancias que, se insiste, por suficientes que puedan resultar en el ámbito registral para dar por zanjado el problema de la discordancia de la realidad registral respecto de la extrarregistral (una discordancia en la que de ninguna manera puede escudarse la sociedad titular de la acción *social* de responsabilidad), ni coinciden exactamente con el instante en que se consideran satisfechas las exigencias derivadas de ese deber de actuación, ni tienen por qué implicar la absoluta normalización de la situación desde un punto de vista sustantivo⁴⁰, ni siquiera (en los casos de caducidad en el cargo, dada su automaticidad *ex arts.* 222 TRLSC y art. 145 RRM) suponen que el administrador cesado haya realizado las gestiones conducentes a su sustitución mediante la convocatoria de la junta general.

4. LA FIJACIÓN DEL CESE COMO *DIES A QUO* Y LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE LA *ACTIO NATA*

Naturalmente, la escisión propugnada por el Tribunal Supremo entre un *cese formal* y un *cese efectivo* pone en entredicho, de hecho, una de las premisas implícitas para la fijación por el propio alto Tribunal de la norma contenida en el artículo 949 del Código de Comercio como la piedra angular en materia de prescripción de todas las acciones de responsabilidad que pudieran dirigirse contra los administradores en razón al referido cargo: que en todas ellas su cese se erija en el punto de referencia para el inicio del cómputo de su plazo de prescripción cuatrienal.

Mas, al margen de este inconveniente, es preciso tener presente que tampoco esta juiciosa premisa ha acabado de consolidarse de un modo completamente pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia. Con ser seguida de manera mayoritaria, resulta contestada en ocasiones, cuando no matizada, debido, sobre todo, a su patente alejamiento, en una buena parte de los supuestos, respecto del instante a partir del que puede sostenerse que «*la parte que propone el ejercicio de la acción dispone de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar*», expresión mediante la que los Tribunales desarrollan e introducen en la *litis* el criterio de la *actio nata*, consagrado en el artículo 1969 del Código Civil⁴¹. La estrecha conexión de este criterio con las exigencias de la equidad, unido al fundamento ya de por sí poco apegado a la justicia material de la prescripción (del que deriva su interpretación restrictiva), han inclinado a veces a un ensanchamiento del periodo de vida de la acción de responsabilidad a través de una postergación del punto de referencia inicial para el cómputo de su plazo prescriptivo siguiendo a rajatabla el mencionado criterio de la *actio nata*. De este modo, ha habido resoluciones que, prescindiendo del instante del cese, han fijado el inicio del cómputo del plazo en el momento en que el titular del derecho se hallaba en condiciones de conocer los hechos que motivaban su pretensión y las personas contra las que debía dirigirla, o, al menos, así lo hacían cuando aquel momento tenía lugar con posterioridad al cese, toda vez que, se entiende, no era posible que dicho plazo empezara a transcurrir sin que fuera posible el ejercicio efectivo de la acción al que se refería.

Es preciso destacar que esta toma de postura ha encontrado especial eco en los supuestos de producción de los denominados *daños de realización continuada*, esto es, en casos en que las consecuencias lesivas que padece el demandante no pueden considerarse verificadas en un momento concreto, sino merced a un conjunto de vicisitudes desencadenadas durante un lapso de tiempo más o menos extenso, hasta cuya finalización no pueden cuantificarse con precisión los daños infligidos. Así sucedería, por ejemplo, cuando el perjuicio que sirve de base a la reclamación del demandante ha sido consecuencia de una sucesión

incesante de actuaciones y omisiones por parte de los administradores, que han conducido a la inactividad de hecho de la sociedad y a su insuficiencia patrimonial, advertidas años más tarde y determinantes de una imposibilidad de hacer efectivos los créditos contra ella⁴².

Desde luego, no cabe duda de que esta línea de argumentación acerca más el auxilio de los Tribunales a las exigencias de justicia material en la tutela de las posiciones jurídicas de los demandantes de responsabilidad que un seguimiento rígido e indiscriminado de un *dies a quo* fijado en el cese, que, por lo general, como ya se ha apuntado, poco o nada tiene que ver con los hechos que desencadenaron tal responsabilidad —si acaso, con su punto y final— y con la percepción que de los mismos pudiera tener el eventual actor. Tanto es así que, generalmente, en los casos en que los Tribunales han soslayado el cese en el cargo como punto determinante del inicio del plazo de prescripción para acoger la tesis de la *actio nata*, en realidad se trataba de la única vía para mantener en vida la acción de responsabilidad ejercitada, dado que ya habían transcurrido (en algunos casos ampliamente) los cuatro años desde que los demandados dejaron de ser administradores⁴³. Pero, *de lege data*, no parece que resulte conveniente ni plenamente ajustado a Derecho generalizar este modo de proceder. Conviene, en este punto, tener en cuenta una serie de puntualizaciones a fin de ponderar adecuadamente el acierto de esta tesis.

En primer lugar, no debe olvidarse que el criterio de la *actio nata* se consagra en nuestro Ordenamiento jurídico (art. 1969 CC) como una regla de aplicación subsidiaria, *cuando no haya disposición especial que otra cosa determine*. Dato particularmente relevante. Ante todo, porque, en estricta técnica jurídica, debería llevar a excluir el juego de dicho artículo al ejercicio de las acciones de responsabilidad. Para ellas sí que hay una disposición especial que fija el *dies a quo* en el cese del administrador, por aplicación de una norma (art. 949 CCom.) que, como se ha abundado antes, bien que se ha insistido por el Tribunal Supremo en considerar predicable de todas las acciones de este tipo contra los administradores sociales, por encima de cualesquiera reglas civiles en materia de prescripción. Pero también constituye un factor destacable porque deja entrever una vez más que el interés de política jurídica predominante en este contexto no tiene por qué ser la persecución de la justicia material (que se hallaría representada fielmente por el criterio de la *actio nata*), sino que puede apoyarse en un valor diferente, como la seguridad jurídica, que aconseje dictar una regla específica *que otra cosa determine*, poniendo fin a una incertidumbre que se ve precisamente multiplicada por la compleja fijación del momento exacto en que puede considerarse posible el ejercicio de la acción. En tal sentido, la elección del cese como punto de arranque del plazo para el ejercicio de la acción no sería sino la confirmación, para este particular contexto, de que la prescripción atiende antes a exigencias de seguridad jurídica que a las de equidad⁴⁴.

En segundo y último lugar, es necesario advertir que, cuando haya una norma *que otra cosa determine*, el principio de la *actio nata* podría, a lo más, servir como justificación para exigir la presencia de una barrera de contención del inicio del plazo de prescripción de la acción en beneficio del actor, en razón a una imposibilidad de ejercicio de la acción que debe ser apreciada con un carácter objetivo⁴⁵. Quiere decirse con ello que, en esas circunstancias, el principio plasmado en el artículo 1969 del Código Civil vendría a impedir que, como muy pronto, el plazo comenzara a transcurrir sin que hubiera sido posible plantear la acción⁴⁶. De donde se concluyen tres ideas: *a*) que si hay una *disposición especial* por Ley (como es en este caso el art. 949 del CCom.) que retrasa el *dies a quo* a un momento posterior al de la concurrencia de las condiciones precisas para el ejercicio de la acción, es evidente que el citado principio nada puede objetar a la licitud de dicho ejercicio antes del inicio del cómputo del plazo (esto es, en el caso que nos ocupa: que pueda ejercitarse la acción aun cuando el administrador demandado continúe formalmente en el ejercicio del cargo)⁴⁷; *b*) que es necesario tener en cuenta que la *posibilidad objetiva* de ejercicio no siempre coincide con el conocimiento efectivo por el actor de tal posibilidad, por lo que, si este tiene lugar con posterioridad, nada debe impedir que el plazo hubiera comenzado a correr desde que aquella concurrencia (v.gr.: desde que se produjo la conducta dañosa o tuvieron lugar las circunstancias desencadenantes de la responsabilidad *ex art. 367 TRLSC*); *c*) que, en todo caso, sería preciso efectuar un juicio valorativo riguroso y exhaustivo (a partir de la carga probatoria que pesaría sobre el demandante) hasta alcanzar el convencimiento de que, efectivamente, a la expiración del plazo de prescripción computado conforme a la disposición legal especial, aún no concurrían los elementos mínimos indispensables para afirmar que era *objetivamente posible* el ejercicio de la acción⁴⁸.

IV. LA DOCTRINA LEGAL ACERCA DE LA INOPONIBILIDAD DEL CESE NO INSCRITO A EFECTOS DEL INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

1. LA FORMULACIÓN DE LA DOCTRINA LEGAL: LOS ARGUMENTOS ADUCIDOS

Los epígrafes precedentes dejan sentadas las bases para la aplicación del artículo 949 del Código de Comercio a las todas acciones de responsabilidad contra los administradores sociales. Mas he aquí que, de unos años a esta parte, se ha ido consolidando en la Sala 1.^a del Tribunal Supremo una *doctrina legal* que viene, de hecho, a cercenar la virtualidad de la citada norma según parece inferirse de una interpretación literal, lógica y finalista de su contenido. Una

auténtica *jurisprudencia*, en el sentido más estricto del término (art. 1.6 CC), que complementa el cabal entendimiento del artículo 949 del Código de Comercio (según se ha indicado en los anteriores apartados) con un matiz proveniente de una pretendida aplicación de los efectos sustantivos de publicidad material sobre los que se asientan los Registros de seguridad jurídica, y en especial, el Registro Mercantil. En tal sentido, en reiteradas resoluciones se viene a desestimar la alegación de prescripción de la acción de responsabilidad planteada por el demandado bajo la siguiente *razón de decidir*: sin perjuicio de que el cese exista desde que se produce, resulta inoponible a terceros de buena fe, cualquiera que fuera su causa, mientras no se inscriba en el Registro Mercantil, por lo que hasta ese instante no debe procederse al comienzo del cómputo del plazo cuatrienal de prescripción⁴⁹. En términos literales, que se vienen trasladando fielmente de una sentencia a otra, el TS sostiene que, «*como esta Sala viene declarando desde su sentencia de 14 de abril de 2009, que se apoya en las de 26 de junio de 2006 y 3 de julio de 2008, la falta de inscripción del cese de los administradores en el Registro Mercantil, que se dio en este caso, efectivamente no comporta por sí misma, en lo sustantivo, que el administrador cesado siga siendo responsable frente a terceros, salvo excepciones derivadas del principio de confianza, ni que asuma obligaciones sociales por incumplir deberes que ya no le incumben, dado que la inscripción no tiene carácter constitutivo, pero sí impide oponer al acreedor social o al perjudicado la prescripción de la acción, salvo mala fe de estos o conocimiento efectivo por ellos del cese, porque solo a partir de la inscripción «puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su conocimiento»*, doctrina reiterada en sentencias de 12 de junio de 2009 y 18 de junio de 2009»⁵⁰.

Resulta menester que se indique que tal doctrina se viene manteniendo hasta el momento de un modo uniforme tanto por lo que respecta a la causa del cese (dimisión, caducidad del cargo, destitución, etc.) como en lo que concierne al tipo de acción de responsabilidad que se ejercite (por deudas sociales, como en los casos de incumplimiento de la obligación de promover la disolución habiendo causa legal para ello —art. 262. 5 TRLSA, hoy art. 367 TRLSC—, o en los de disolución *de pleno derecho* por haber dejado transcurrir todos los plazos para adaptar las escrituras y estatutos sociales a los cambios legislativos —DDTT 3.ª-3 y 6.ª-2 TRLSA—; por daños causados *directamente* a socios o terceros —art. 135 TRLSA, hoy art. 241 TRLSC—⁵¹). El Alto Tribunal advierte sin excepciones, y toma como argumento fundamental de su fallo, una división entre los que denomina *efectos sustantivos o materiales de la falta de inscripción del cese* (entre los que destacaría, fundamentalmente, la delimitación del periodo durante cuyas actuaciones puede imputarse la responsabilidad al cesado⁵²) y los *efectos formales*, que afectarían, entre otras consecuencias, al cómputo del plazo de prescripción. Estos últimos arrancarían desde la fecha de

la inscripción del cese en el Registro Mercantil, por ser esta anotación el punto de inflexión entre la información societaria que puede presumirse desconocida por los terceros de buena fe y la que puede resultarles oponible⁵³. Claro que tal división esconde en realidad una casuista atomización en la aplicación de la regla del inicio del cómputo del plazo prescriptivo, que quedará a expensas del grado de conocimiento del titular de la acción, ya que los efectos de la publicidad material juegan únicamente ante quienes no pierdan la calificación de *terceros de buena fe*. Esto es, esos efectos vendrían a indicar el instante temporal más alejado del cese a partir del que, a lo sumo, comenzará este a tener virtualidad como *dies a quo* del plazo de prescripción. Sería posible, por tanto, que el demandado lograra probar que el actor conocía dicha circunstancia antes de su acceso al Registro Mercantil⁵⁴. De no ser así, el comienzo se sitúa en la inscripción registral para no hacer recaer sobre el demandante los inconvenientes derivados de una opacidad que es consecuencia directa del incumplimiento de una obligación (arts. 22.2 CCom. y 94.1.4.º RRM) que no le incumbe.

El recurso a los efectos de la publicidad material registral viene a cohonestarse, a la par, con otra doctrina sentada reiteradamente por el TS: la necesidad de proceder a una apreciación rigurosa y cautelosa y a una lectura restrictiva de la disciplina reguladora del instituto de la prescripción⁵⁵, fundada como está en consideraciones basadas en el abandono y dejadez en el ejercicio del propio derecho y, en fin, en la seguridad jurídica, más que en postulados de equidad y justicia material. En la medida en que se extienda el inicio del cómputo del plazo prescriptivo más allá del *dies a quo* fijado por Ley se reducen las posibilidades de su transcurso íntegro, máxime si la inactividad del actor no se debe a su dejadez, sino al desconocimiento de una realidad motivado por la confianza en la exactitud y actualización del contenido de la hoja registral de la sociedad.

2. EL ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOCTRINA LEGAL

La referida *jurisprudencia* no ha encontrado excesivo eco hasta el momento en la doctrina científica. Son pocos los autores que se han detenido a examinar con detenimiento la fortuna o la correcta fundamentación de estas decisiones, puesto que la mayoría de quienes se han acercado al análisis del régimen de la prescripción de las acciones de responsabilidad, centrados en otros aspectos de interés, se han limitado casi en exclusiva, por ahora, a exponer la mencionada tendencia jurisdiccional sin más⁵⁶. Mas, a poco que el estudioso del Derecho Mercantil se aproxime a diseccionar el argumento principal esgrimido en defensa de esta tesis, se advierten serias dudas e importantes grietas conceptuales y fisuras relacionadas con la interpretación y aplicación de nuestro Derecho positivo que hacen más que discutible su acierto.

2.1. *La perspectiva funcional: la congruencia de la tesis*

Posiblemente, el primer dato llamativo de esta tesis guarde una estrecha relación con el esfuerzo realizado por esa misma Sala del Tribunal Supremo por consolidar, alrededor de la norma contenida en el artículo 949 del Código de Comercio, un régimen uniforme para la prescripción de todas las acciones de responsabilidad que pudieran plantearse contra los administradores sociales. Es evidente que hacer depender la supervivencia o la pérdida de la acción del dato variable del efectivo conocimiento del cese del administrador por cada eventual demandante, o, en última instancia, de la inscripción de tal circunstancia en el Registro Mercantil, introduce un elemento de dispersión y relativización en una materia que, se proclama (para seguridad de todos los implicados y del tráfico, a la postre), requiere estar presidida por un designio de uniformidad.

A nadie escapa que, a los fines perseguidos con ese esfuerzo reconstructivo de la jurisprudencia, de poco sirve aplicar un mismo plazo de prescripción ante toda reclamación a los administradores por razón de su cargo si, en definitiva, ese plazo va a tener un *dies a quo* diferente en función de cada caso. Un punto de comienzo que, además (como se verá más adelante), no siempre puede predisponer el propio administrador saliente. Por más que pueda parecer justo y alejado de toda incertidumbre desde la óptica del eventual actor, la regla rompe cualquier posibilidad de previsión en cuanto al alcance temporal de la exposición al riesgo de la responsabilidad por parte de quienes, en definitiva, tienen el espinoso y comprometido quehacer de dirigir las unidades económicas que conforman el tejido empresarial del país⁵⁷. La incongruencia con el objetivo de la uniformidad a que conduce esta *doctrina* se hace patente *a priori*, sin ir más lejos, con solo acudir a una elemental distinción, dentro de las reclamaciones contra los administradores, según el titular de la relación jurídica que se hace valer.

En efecto, sin necesidad de entrar en las circunstancias de cada caso, es posible aventurar de antemano una división, en cuanto a la virtualidad del régimen aplicable, entre la propia sociedad y el resto de eventuales demandantes. La razón es bien sencilla: salvo supuestos excepcionales muy aislados (cese derivado de una decisión judicial o administrativa, cese por renuncia al cargo comunicada muy tardíamente a la sociedad), la propia sociedad administrada nunca podrá escudarse en su desconocimiento para retrasar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones (y mucho menos en su falta de inscripción, como sujeto obligado a procurarla: cfr. art. 4.2 RRM). Luego el ejercicio de la acción *social* de responsabilidad por la sociedad deberá tener como *dies a quo* incuestionable la fecha en que el demandado dejara de ser, jurídicamente hablando, administrador⁵⁸.

Con toda probabilidad, idéntica conclusión cabría sostener respecto de esta misma *acción social* cuando el demandante sea un sujeto diferente de la sociedad. Es decir (siempre que concurran los presupuestos exigidos por los

arts. 239 y 240 TRLSC): los socios que representen el cinco por ciento del capital social y los acreedores. En estos casos la Ley extiende la legitimación activa a sujetos distintos del titular de la relación jurídica sobre la que se plantea el litigio (cfr. art. 10 LEC). Por tanto, tratándose de la pervivencia de una acción que pretende obtener una declaración de condena sobre la base de esa relación jurídica material entablada entre la sociedad y el administrador cesante (las genuinas *partes legítimas* del litigio), lógico será que las circunstancias relacionadas con tal pervivencia se proyecten sobre sus verdaderos titulares. De donde, por añadidura, puede surgir la situación, ciertamente chocante, de que dos demandas de responsabilidad planteadas por un mismo actor (por ejemplo, un acreedor que ejercite la *acción social* ante la inactividad de la sociedad y de los socios y la insuficiencia patrimonial para satisfacer su crédito junto con la *acción individual* de responsabilidad) puedan tener diferente discurrir en materia de prescripción debido a la aplicación de diversos puntos de partida: cese formal cuando se trate de la *acción social*; conocimiento del mismo —o, a lo lejos, inscripción en el Registro Mercantil— cuando se trate de la que se interponga como parte legítima.

Y no es este criterio distintivo de las acciones de responsabilidad el único del que razonablemente puede derivarse lo que, a primera vista, sería una dispersión en el régimen de la prescripción. En aquellos casos en que el cese sea consecuencia de la aplicación de una Ley (la disolución *de pleno derecho* o la caducidad del cargo) o de la realización de alguna operación societaria que lo lleve implícito por Ley (fusión, escisión total), no ha lugar a una separación entre el momento del cese formal y el de su conocimiento por el demandante. Ambos han de estimarse simultáneos a efectos jurídicos, ya que el conocimiento, derivado de los asientos del Registro, de los hechos que desencadenan automáticamente el cese por disposición de la Ley no puede dejar lugar a la duda acerca del instante exacto de su producción⁵⁹. En este caso, la aplicación del principio consagrado en el artículo 6.1 del Código Civil resulta determinante. Por esta razón, probablemente, para dejar constancia expresa del cese se estime bastante una simple nota marginal, puesta por el Registrador cuando se solicite alguna certificación o se hubiera de practicar algún asiento en la hoja abierta a la sociedad (arts. 145.3 y 238.1 RRM).

En resumen, la *doctrina legal* representa una fractura, de difícil justificación, en el único fundamento verdaderamente consistente de la (no menos asentada) *jurisprudencia* que construye un régimen uniforme para la prescripción de las acciones de responsabilidad en torno al artículo 949 del Código de Comercio. *De facto*, viene a provocar una bifurcación en el *dies a quo* del plazo conforme a distintos criterios clasificatorios de tales acciones: en unos casos ese *dies a quo* queda fijado en el momento exacto del cese; en otros, en el instante en que se pruebe o pueda presumirse su conocimiento por el titular de la acción.

2.2. *La perspectiva teleológica: la aproximación al criterio de la actio nata*

Por otro lado, conviene descartar de plano un entendimiento de esta *doctrina legal* como una fórmula de acercar el *dies a quo* al criterio de la *actio nata*, consagrado en el artículo 1969 del Código Civil. Sobre ser innecesario tal acercamiento (dado que, como ya se ha expuesto *supra*, el mismo art. 1969 del CC introduce la salvedad de que *haya disposición especial que otra cosa determine*), hay que destacar la escasa relevancia que el conocimiento efectivo del cese posee desde el punto de vista de la concurrencia de las condiciones fácticas y jurídicas precisas para el ejercicio de las acciones de responsabilidad, instante al que remite ese criterio de la *actio nata*. El actor de una acción de responsabilidad debe hallarse en disposición de ejercer su acción cuando se produce el hecho desencadenante de tal responsabilidad (la actuación dañosa; el transcurso del plazo de dos meses para promover la disolución de la sociedad, etc.) y, desde luego, dicha circunstancia puede llegar, razonablemente, a su conocimiento. Presupuestos que, a menudo, se verificarán antes del cese del administrador, puesto que la imputación de la responsabilidad por su actuación como administrador ha de referirse necesariamente a algún instante perteneciente al periodo durante el que se halla en posesión del cargo. Que el administrador haya o no cesado constituye un dato baladí a este respecto, habida cuenta de que el ejercicio de la acción de responsabilidad puede plantearse antes del cese o pese a desconocerse su acaecimiento.

El cese, pues, sirve únicamente como parámetro de cálculo del tope temporal máximo antes del que preparar la acción o interrumpir la prescripción si el planteamiento de aquella ante los Tribunales se desea dejar para más adelante. No es una barrera a partir de la que se haga posible el ejercicio de dicha acción. De modo que su conocimiento no debiera sobrepasar el ámbito de la diligencia y del cuidado de los derechos propios por parte del eventual demandante, factores cuya ausencia representa justamente el fundamento de la prescripción, que no es sino una respuesta ante tal dejadez por exigencias de la seguridad jurídica. Así pues, en puridad, no se trataría de que el conocimiento del cese marque el inicio del plazo de prescripción, sino de que el actor debe preocuparse por conocer si tal acontecimiento ha tenido lugar y en qué momento se ha producido para evitar la reacción del Ordenamiento jurídico ante su pasividad.

2.3. *La perspectiva jurídico-registral: el alcance del principio de oponibilidad*

2.3.1. Las inexactitudes en la formulación de la doctrina legal

Sentado todo lo anterior, no cabe duda de que las mayores objeciones a esta *doctrina legal* deben provenir del campo del Derecho Registral. Pese al

carácter juicioso que aparenta, y su encaje, sobre el papel, dentro del sistema construido en torno a la publicidad registral, lo cierto es que, en cuanto se entra al detalle en el examen de la adecuación de la tesis al juego del principio de *oponibilidad* (consagrado en los arts. 20 CCom. y 9 RRM), se ponen de manifiesto importantes fisuras que hacen dudar de su justificación.

Por lo pronto, se aprecia cierta desviación respecto a ideas y conceptos, de *lugares comunes*, sobre los que suele asentarse el funcionamiento del Registro Mercantil. Sin ir más lejos, causa bastante extrañeza la distinción —reiterada por esta *jurisprudencia*— entre los que denomina *efectos materiales o sustantivos que se siguen de la falta de inscripción* —cuyo alcance no se acaba de describir con claridad en estas resoluciones— y los *efectos formales*, que, según se dice, *afectan al cómputo del plazo de prescripción*⁶⁰. Y es que, si de lo que se trata es de hacer derivar de la falta de inscripción del cese alguna consecuencia jurídica que afecte a la vigencia de las acciones dirigidas por terceros de buena fe a reclamar determinados derechos, no parece que nos encontremos ante asuntos meramente *formales*, toda vez que, precisamente, lo que define a los efectos provocados ante tales terceros por la (o la falta de) publicidad registral en un Registro de seguridad jurídica como el Mercantil es su carácter sustantivo, en cuanto inciden directamente sobre el juego de las posiciones jurídicas de los sujetos afectados. Da la impresión de que se han querido trasladar hasta la órbita registral expresiones y clasificaciones sistemáticas más «aceptables», si acaso, en otro contexto, distinguiendo, posiblemente, entre las cuestiones relacionadas con los derechos que se hacen valer —lo *material*— y las que tienen que ver directamente con las acciones mediante las que se formulan ante los Tribunales las pretensiones fundadas en aquellos derechos —lo *formal*—, entre las cuales se integraría la prescripción de la acción. Claro está, todo esto sin caer en la cuenta de que en el ámbito de la publicidad registral algunas de esas expresiones poseen un significado jurídico preciso no del todo coincidente con el empleado.

Pero, fuera de puntualizaciones más semánticas que otra cosa, hay otra objeción de mayor enjundia que merece destacarse. En nuestro Derecho Registral Mercantil actualmente vigente, atendiendo a una estricta técnica jurídica, de seguirse la tesis sobre la incidencia del contenido del Registro en lo que hace al inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad ante los terceros de buena fe, el punto de inflexión que señale el paso desde la *inoponibilidad* hasta la *oponibilidad* no debería ser la inscripción de tal cese en el Registro Mercantil, sino, en principio (mientras esa buena fe no se rompa, en los términos de los arts. 21.4 CCom. y 9.4 RRM), la publicación de dicha circunstancia en el BORME (aunque el contenido y la extensión de esa *oponibilidad* vengan marcadas por el asiento, no por lo publicado). No siendo la inscripción un requisito de validez del cese, tras la modificación legislativa introducida en nuestro Registro Mercantil por la Ley 19/1989, de 25 de julio, *de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de*

la CEE en materia de sociedades (y, señaladamente, en este caso, a la primera Directiva CE/68/151), la *publicidad material* u *oponibilidad* frente a terceros de buena fe de los datos que acceden a dicha Oficina se hace efectiva a partir de su divulgación a través del BORME⁶¹ (hasta pueden acogerse a la publicación, en vez de a la inscripción, en caso de discordancia entre una y otra: arts. 21.3 CCom. y 9.3 RRM)⁶². Es más, incluso puede llegar a extenderse más allá de esta publicación si el tercero a quien se pretende hacer pasar por el contenido del Registro acredita (en este caso corre con la carga de la prueba) que no pudo conocer lo inscrito y publicado (arts. 20.2 Ccom. y 9.2 RRM).

2.3.2. La posible extralimitación en el alcance del principio de oponibilidad

Al margen de las precisiones anteriores, existe una razón de fondo que ataca directamente a su fundamentación: tal vez la aplicación de los principios registrales no permita llegar tan lejos en la virtualidad de lo inscrito y publicado⁶³. A este respecto, conviene recordar que la *doctrina* sentada por el Tribunal Supremo pretende traer hasta el supuesto las resultas de la *publicidad material*, que se proclama como uno de los efectos inmanentes al contenido de los asientos del Registro Mercantil. En particular, de la *publicidad material* en su vertiente *negativa*, adjetivo con el que, a grandes rasgos, se pretende significar las consecuencias desfavorables que para el titular registral provoca la falta de acceso al Registro de un acto inscribible.

Son dos las manifestaciones que la doctrina más autorizada proclama de la *publicidad material* en su vertiente *negativa*⁶⁴. Por una parte, se afirma que quien está obligado a inscribir un acto no puede escudarse en su propio incumplimiento para lo que le resulte favorable, aduciendo ante tercero, por ejemplo, la inexistencia o ausencia de eficacia ante tercero de ese acto, precisamente, por no hallarse inscrito. Por otra parte, se sostiene que el acto sujeto a inscripción y no inscrito (o aún no publicado) no puede ser hecho valer, oponerse, frente al tercero de buena fe que confía en la apariencia de un determinado *statu quo* que brinda el contenido del Registro.

La primera de las manifestaciones expuestas cuenta con un tímido reconocimiento en nuestro Derecho Registral Mercantil: el artículo 4.2 RRM. Bien es cierto que, al margen de este reconocimiento reglamentario, puede encontrar su fundamento en una derivación del principio (consecuente con el ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe, *ex art. 7.1 CC*) en cuya virtud *nadie puede beneficiarse de su propia torpeza*. En cualquier caso, se trata de una manifestación que no parece implicada en el caso que nos ocupa, fuera de servir, si acaso, como un argumento sistemático para una limitación subjetiva en el alcance de la segunda de las manifestaciones, en los términos que luego se verán⁶⁵.

La segunda manifestación representa la cara opuesta o el revés —la *inoponibilidad*— de la formulación del principio de *oponibilidad* (la cara o vertiente *positiva*), que condensa los efectos sustantivos que la actualización del contenido de la hoja registral de un sujeto provoca frente al tercero de buena fe cuando la inscripción reviste un carácter declarativo⁶⁶. A saber: si la Ley establece que «[L]os actos sujetos a inscripción solo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil» (arts. 21.1 CCom.; también art. 9.1 RRM), es obvio que, mientras tal publicación no tenga lugar, no serán oponibles, a menos que no resulten ser terceros de buena fe.

Esta segunda manifestación es la que parece pretender abrazar el Tribunal Supremo como fundamento de su *doctrina legal*. Vendría de este modo a concluirse que, si el cese del administrador es un acto sujeto a inscripción, solo podrá oponerse o hacerse valer frente a quien ejercite una acción de responsabilidad, si es tercero de buena fe, en la medida en que dicho cese esté inscrito (y publicado en el BORME, debe añadirse, según lo visto). Mientras tanto, no podrá menoscabarse la posición jurídica de ese tercero mediante la alegación de la prescripción de su acción, haciéndolo pasar por un acontecimiento, que marca el inicio del plazo prescriptivo, que podía desconocer.

El problema estriba, a nuestro juicio, en que la referida tesis podría pasar por alto los límites dentro de los que debe constreñirse la aplicación de este principio, probablemente porque nuestra legislación positiva no repara en fijarlos de una manera clara y expresa, sino que los considera implícita e intrínsecamente derivados del juego de los principios registrales y de la función del Registro Mercantil en general.

A este respecto, es necesario reparar en que el Registro Mercantil nace como un instrumento encaminado a proporcionar seguridad jurídica a las relaciones que tienen lugar en el tráfico. Una seguridad jurídica que se pretende articular mediante el establecimiento del deber, que se hace recaer sobre el empresario mercantil, de anotar en la hoja que tiene abierta en el Registro determinadas circunstancias concernientes a las masas patrimoniales responsables del cumplimiento de sus deudas y a quienes ostentan facultades representativas para vincularle con su actuación⁶⁷. De tal suerte que, una vez superado un riguroso control de legalidad por el Registrador e inscritas, el contenido relativo a tales circunstancias pueda ser consultado y, sobre todo, deba ser tenido por válido y cierto por cuantos terceros tengan entabladas o vayan a entablar relaciones con el sujeto inscrito. Es más, la tutela de la posición de dichos terceros alcanza su mayor cota al disponer la Ley que se trata del único contenido concerniente a lo inscrito que estos pueden (en lo que les favorezca) o deben (en lo que no les favorezca) tener por cierto (invocar o serles opuesto, respectivamente), por el que han de pasar en sus relaciones con el sujeto inscrito, a menos que de su conocimiento personal y efectivo de la realidad a que se refieren los asientos del Registro se desprendan otros datos.

Naturalmente, semejante composición en aras de la seguridad jurídica del tráfico requiere delimitar con exactitud el campo de juego de estos efectos sustantivos que se pretenden derivar de la publicidad registral. Una delimitación que podría describirse distinguiendo un plano objetivo de otro subjetivo.

Por lo que hace al plano objetivo, lógico es predicar que los efectos que se han expuesto únicamente puedan entrar en acción en relación con circunstancias predeterminadas de alguna manera por el Derecho positivo. El ámbito de lo inscribible debe estar necesariamente sometido a un principio de *tipicidad*, que permita a los terceros predecir, sobre la base de lo que se considere legalmente inscribible, el tipo de información que se puede esperar anotado en el Registro y por el que habrá de pasar⁶⁸. Es más, da la impresión de que, en última instancia, la mayor protección de la seguridad jurídica del tráfico reclamará, por estos mismos motivos, además de dicha *tipicidad*, que se niegue al sujeto que ha de procurar la inscripción toda discrecionalidad en torno al contenido susceptible de gozar de los efectos sustantivos de la publicidad, de modo que los actos *potestativamente inscribibles* queden al margen del juego de tales efectos (aunque sean publicados en el BORME), al menos en la medida en que pudieran llegar a servirle de fundamento para hacer valer en su favor, para oponer, determinadas posiciones jurídicas frente a terceros⁶⁹.

En cuanto al plano subjetivo, comoquiera que la seguridad jurídica que se persigue con el Registro Mercantil pretende demarcar el conjunto de circunstancias del sujeto inscrito jurídicamente declaradas relevantes (mediante el principio de tipicidad) dentro del que se han de desenvolver las relaciones entre este y el tráfico, parece de suyo incuestionable que los efectos que deriven de la publicidad registral únicamente pueden jugar a lo largo de un segmento bidireccional, cuyos polos de referencia o destinatarios serán, por un lado, el sujeto inscrito, y, por otro, los terceros de buena fe. Cuando es el primero quien toma la iniciativa esgrimiendo el contenido del Registro frente a estos últimos, la publicidad registral se toma como instrumento de *oponibilidad*, y será eficaz en la medida en que el acto inscribible esté publicado en el BORME; en otro caso resultará inoponible. En cambio, cuando sean los terceros de buena fe los que pretendan valerse del contenido del Registro en lo que les resulte favorable ante el sujeto inscrito, la virtualidad de la publicidad consistirá en representar un instrumento de *invocabilidad*, mediante el que se hace efectivo el principio de *fe pública* apoyado en la presunción de exactitud y validez de lo inscrito.

Una vez perfilados los contornos que delimitan el juego de los efectos sustantivos de la publicidad registral, queda precisado el alcance que cabe otorgar, en particular, a la oponibilidad, tanto en su vertiente *positiva* como *negativa*. De hecho, el propio tenor literal de la formulación del principio en nuestro Derecho positivo parece inferir tal alcance, en el sentido indicado. Así, cuando los artículos 21.1 del Código de Comercio y 9.1 RRM establecen que «[L]os actos sujetos a inscripción *solo serán oponibles...*» estaría trazando esos lími-

tes del campo de juego, en la medida en que se entienda: a) Ante todo, que concentra la oponibilidad en aquello que resulta inscribible obligatoriamente. b) Congruentemente, que deja la derivación de las consecuencias favorables o desfavorables de la inscripción, en punto a la alegación frente al tercero de buena fe del acto inscribible, en manos del propio sujeto inscrito, que es quien está obligado a procurar la inscripción (y a quien se le impide aprovecharse de ese incumplimiento, según se sigue del art. 4.2 RRM). La razón es bien sencilla: si la oponibilidad solo se cierne sobre lo que ha de inscribirse por Ley, es de justicia —y de toda lógica— que el beneficio o el perjuicio del cumplimiento de esa Ley (que se traduce en la posibilidad de hacer valer o no el acto inscribible ante la pretensión del tercero de buena fe) únicamente recaiga sobre quien esté obligado a procurarlo.

Así pues, las presunciones que consagran los artículos 21 del Código de Comercio y 9 RRM han de operar exclusivamente en las relaciones entre los terceros de buena fe —el tráfico en general— y el sujeto inscrito —en este caso, la sociedad cuyo administrador cesa—, titular de la hoja cuyo acto queda afecto a la *publicidad material*⁷⁰. Tienen como núcleo estos dos polos de actuación, no a los terceros entre sí. Incluso, independientemente de esto último, podría llegar a discutirse si esos terceros de buena fe, que deben pasar por lo que dice el Registro y pueden no pasar por ello mientras no lo diga, deben o no mantener algún vínculo obligacional con el sujeto inscrito cuya eficacia puede verse comprometida con el acto inscribible controvertido⁷¹. Pero, sea como fuere, parece indudable que en modo alguno el Registro constituye una herramienta que pueda emplearse como arma arrojadiza entre sujetos distintos de los terceros de buena fe y, por el otro lado, frente a ellos, el titular de la hoja registral. Con el complemento, a lo sumo, en este último caso, de quienes vinculan su patrimonio a las resultas del ejercicio de la actividad empresarial de dicho titular⁷².

Hechas estas precisiones, cabe llegar a la conclusión de que el alcance del principio de oponibilidad parece quedar sobrepasado por la *doctrina legal* en torno a la inscripción del cese del administrador a efectos del cómputo del plazo de prescripción de las acciones. Y ello porque se quiere otorgar a un acto inscribible *de* la sociedad un juego más allá de las relaciones de aquella con terceros, como es la acción de responsabilidad de estos contra el administrador cesado. Téngase en cuenta que, a estos efectos, es la sociedad quien, a la postre, está obligada a procurar la inscripción, por más que el acto tenga como protagonista a un sujeto diferente, y por más que ese sujeto sea quien hasta el momento haya ostentado las facultades representativas de la sociedad e incluso, cuando el cese se produce por renuncia, esté autorizado explícitamente (que no obligado), a presentar los títulos correspondientes ante el Registro (art. 147.1.1.º RRM). A estos efectos, pues, la inscripción del cese es un acto inscribible *de* la sociedad, no *del* propio cesante. Es, por tanto, la sociedad la única a quien puede afectar negativamente el hecho de que no se le permita hacer valer ante un tercero

que su administrador ya está cesado. En definitiva, se incurre en la confusión de tomar por *sujeto de la oponibilidad* a quien solo puede ser *objeto del acto inscribible*, quien forma parte del contenido de la inscripción y, por tanto, de lo oponible, con la consecuencia de hacer soportar al propio administrador saliente un efecto que deriva del incumplimiento de una obligación que no le incumbe.

Conviene no pasar por alto estas últimas consideraciones a fin de percibir en su justa medida la extralimitación en el campo de actuación de la oponibilidad que parece tener lugar con esta *doctrina* y la situación, de franca indefensión, en que puede llegar a dejar al administrador cesado. Más allá de la insistencia a la sociedad para que proceda a la inscripción del cese, en pocos supuestos puede hallarse ese administrador cesado en disposición de procurar la actualización de la hoja registral abierta a la sociedad en lo que hace a la vigencia de su cargo. Con la excepción de la hipótesis de la dimisión presentada fuera de los órganos colegiados de la sociedad (en que resulta bastante con un escrito del dimisionario notificado fehacientemente a la sociedad: cfr. art. 147.1.1.º, *in initio*, RRM)⁷³, o, en su condición de *interesado*, de la disolución *de pleno derecho* de la sociedad, o del fallecimiento (en que *cualquier interesado* —y, por tanto, también el heredero del administrador fallecido, en este último caso—, podrá instarlo solo con acompañar la pertinente certificación del Registro Civil: cfr. arts. 360.2 TRLSC, 238.1 y 2 RRM, y 147.1.3.º RRM, respectivamente), en los restantes supuestos la inscripción del cese será una circunstancia completamente alejada del ámbito de decisión y de actuación atribuido a aquel a quien se pretende negar la posibilidad de defenderse con la excepción de prescripción⁷⁴. Quedará a expensas, bien de la diligencia de la sociedad [de los administradores sustitutos: cfr. arts. 148.a) RRM, en relación con los arts. 45.1, 142, 109 y 111 RRM, y arts. 239 y 240 RRM⁷⁵], bien del mandato a tal efecto a la autoridad judicial o administrativa que haya adoptado el cese o la disolución [cfr. arts. 148.b) y 239.1 RRM], bien de la actuación de oficio del Registrador (como sucede en los casos de caducidad del nombramiento o de disolución social *de pleno derecho*: arts. 145.3 y 238 RRM, respectivamente), que tendrá lugar, en aras de evitar la perturbadora situación en el tráfico que puede provocar mantener aparentemente «activo» un asiento caducado por determinación legal, cuando deba practicarse algún otro asiento en la hoja de la sociedad o se hubiera solicitado por otro sujeto certificación. Cierto es que en este último caso el cesante, como cualquier otra persona, puede instar la actuación del Registrador mediante esta petición de certificación del contenido de la hoja⁷⁶. Pero, aparte de poner de relieve un efecto que la Ley ya ha dictado, y que no corresponde generar al asiento que se solicita, se trataría más bien de un proceder perteneciente a la esfera del cuidado diligente de los propios asuntos (al igual que lo sería, por ejemplo, remitir notificaciones personales a quienes pudieran ejercitar acciones de responsabilidad poniendo en su conocimiento el cese) que en modo alguno entendemos exigible en mayor medida del afectado

que del eventual actor de las acciones de responsabilidad, máxime cuando la prescripción es, precisamente, una institución que se fundamenta en la incuria del demandante antes que en la iniciativa en la protección de su posición jurídica o en la indagación sobre si algún eventual actor está o no interesado en demandarlo por parte del demandado⁷⁷.

La falta de equidad en lo que hace a las situaciones de indefensión comentadas se hace más patente, si cabe, ante determinadas situaciones extremas. Pensemos, por ejemplo, en la hipótesis del cierre provisional de la hoja registral de la sociedad que no permita siquiera la inscripción del cese de administradores. Este caso, que se verifica en la actualidad cuando tiene lugar la baja provisional de la entidad en el Índice de sujetos pasivos del Impuesto de Sociedades (art. 96 RRM), puede venir provocado justamente por una actuación negligente y dañosa para la propia sociedad por parte del administrador cesado, debida a reiterados incumplimientos del deber de presentación del tal Impuesto. Mas no siempre ocurrirá así. Aparte de que puede que el incumplimiento fiscal y el cierre se hubieran producido una vez cesado el administrador, sin que hasta el momento el sustituto hubiera procedido a inscribir dicho cese, hay que reparar especialmente, sin ir más lejos, en la tesitura en que podría encontrarse el gestor de una sociedad cuya junta general hubiera venido rechazando las cuentas anuales presentadas durante los últimos ejercicios o que, estando en minoría en el seno del consejo, hubiera efectuado todo cuanto estuviera en su mano para evitar ese cierre. La dimisión del cargo le garantizaría delimitar el periodo durante el que pudieran serle imputadas determinadas conductas, pero, de seguirse esta *doctrina legal*, no le permitiría «amarrar» el comienzo del cómputo del plazo cuatrienal de prescripción, debido al referido efecto registral.

2.3.3. El supuesto de la responsabilidad por deudas sociales: planteamiento

Los matices apuntados en relación con el alcance subjetivo de la inoponibilidad registral, en particular por lo que se refiere al polo de actuación que concierne al titular de la hoja inscrita, podrían conducir a plantear el posible reconocimiento de una excepción a nuestra postura crítica sobre la *doctrina legal* que se comenta. Nos referimos a la eventualidad de que tal *doctrina legal* jugara en los casos en que los administradores devienen responsables de las deudas sociales (señaladamente, aunque, como se sabe, no exclusivamente, por no promover la disolución habiendo causa legal para ello o no remover dicha causa, *ex art. 367 TRLSC*). Y es que, reiterada la función que satisface la institución del Registro Mercantil en orden a perfilar cara al tráfico las masas patrimoniales que responden de las deudas de los empresarios inscritos, podría considerarse fundamentado, desde el punto de vista jurídico, imponer a los administradores que en algún momento pueden ver comprometido su patrimonio a resultados del

ejercicio de la actividad social la carga consistente en mantener actualizados los datos relativos a si mantienen esa condición de eventuales responsables y con qué alcance. De tal suerte que la desatención de esa carga pudiera justificar que se estimaran inoponibles a terceros de buena fe (confiados en la certidumbre que aparentan los asientos registrales y, por tanto, en las masas patrimoniales que parecen responder ante las deudas del empresario social) los datos que pudieran enervar o limitar dicha responsabilidad.

Sin embargo, no creemos que tal salvedad (cuyo ámbito objetivo, debe insistirse, vendría ceñido, a lo más, a la responsabilidad por las deudas sociales, no por los daños eventualmente causados a la sociedad o a terceros), resulte atendible, fundamentalmente porque llevaría a resultados excesivamente injustos, por cuanto conduciría, no solo a prolongar el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones, sino, de igual modo, a extender el periodo durante el que el administrador, ya cesado, podría verse expuesto al surgimiento de una responsabilidad que, no se olvide, posee un marcado cariz sancionatorio (esto es, no integrante de su *estatuto general* en relación con la posición jurídica que ostenta en cuanto tal administrador en el seno de los tipos sociales capitalistas). En otras palabras: si el hecho desencadenante de la responsabilidad por deudas surgiera durante la «fase» de cese no inscrito, el cesante se vería inmerso en ese severo régimen, aunque, con toda probabilidad, no dispusiera de más herramientas para eludirlo que acogerse, cuando así lo permitiera la Ley, a los cauces de actuación que se otorgan a *cualquier interesado* (v.gr.: 366.1 TRLSC)⁷⁸. Añádase a ello que, como ya se ha comentado, fuera de los supuestos de dimisión, nuestro Derecho no legitima específicamente al administrador cesado (como sí hace, por ejemplo, con el cónyuge del empresario en régimen de gananciales, *ex art. 88.3 RRM*) para solicitar del Registrador un asiento que enerve la eficacia del de su nombramiento y, por tanto, ponga fin a la exposición al régimen de responsabilidad por deudas en estos supuestos. Lo que dejaría en un buen número de supuestos al sujeto en cuestión a merced del comportamiento de otros; ante una situación de indefensión que solo podría corregir, si acaso, con una conducta especialmente activa —en claro contraste con la dejadez de quien debiera proceder a la inscripción— que le condujera a instar judicialmente la eliminación de la discordancia en los asientos del Registro⁷⁹.

2.3.4. La buena fe del demandante

Las consideraciones ya efectuadas abortarían todo intento por justificar un traslado del *dies a quo* del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad hacia un momento posterior al del cese formal del administrador. Pero, prescindiendo de lo dicho, es preciso dedicar algunas líneas a destacar un presupuesto que, en cualquier caso, habría de concurrir antes de plantear

siquiera la eventual inoponibilidad del cese por su no inscripción: que el demandante fuera merecedor de la protección que se le brinda. El blindaje que el Tribunal Supremo pretende otorgar a su posición jurídica por la ausencia de inscripción del cese actúa en la medida en que —reproduciendo un pasaje de alguna resolución judicial en este sentido— «no consta el conocimiento por parte del afectado del momento en que se produjo el cese efectivo por parte del administrador; o no se acredita de otro modo su mala fe»⁸⁰. Lo que equivaldría a afirmar, empleando un lenguaje más común en el ámbito registral, y probablemente más ortodoxo, que la inoponibilidad opera siempre que no se llegue a acreditar por parte del demandado que el demandante *no es un tercero de buena fe*. Resulta pues de interés detenerse por un momento en esta idea a fin de concretar su significado, evitar malas interpretaciones, despejar ciertas incógnitas y resolver algunos supuestos controvertidos que tengan que ver con la actitud seguida por el demandante en relación con el cese del administrador.

Para empezar, cuanto menos habría que poner en cuestión que el ámbito de actuación dentro del que quepa plantear la ausencia de buena fe en el tercero abarque, sin más, cualquier hecho relativo a la sociedad sujeto a inscripción. Atendiendo al espíritu de la institución registral, que constituye el fundamento de su publicidad material, tal vez el perímetro de la información inscribible que el tercero desconoce y de cuyo desconocimiento puede aprovecharse en lo favorable, debe verse sometido a una reducción finalista. Hay que tener presente que la seguridad jurídica del tráfico perseguida con el Registro se satisface con solo repudiar aquellas situaciones que significan una traición a la confianza que el tercero pueda tener en la apariencia que se sustenta en los asientos registrales y en el contenido que se publica en el BORME. No se trata, pues, de sancionar al titular de la hoja por el mero hecho de no cumplir con su obligación de inscribir, ni de permitir que el tercero, por muy desconocedor que fuera del hecho inscribible y no inscrito, pueda sacar ventaja, *a posteriori*, de la circunstancia de que cualquier acto inscribible no hubiera accedido al Registro, incluso aunque dicha circunstancia —y el acto en particular— le resultara, durante el tiempo que la desconocía, absolutamente intrascendente desde el punto de vista de su posición jurídica. La buena fe relevante a efectos del juego de la oponibilidad negativa debe relativizarse en función de la información referente a la sociedad que el tercero podía estimar exacta y actualizada y, ante esa confianza, tomarla como base fáctica desde la que acometer actuaciones con incidencia jurídica, hasta el extremo de que, de haber sabido que esas exactitud y actualización no eran tales, hubiera actuado de otra manera⁸¹. Llevada esta aseveración al caso que nos ocupa, posiblemente habría que descartar de la consideración de tercero de buena fe a quien habría actuado de la misma manera aun habiéndose inscrito y publicado el cese del administrador al que ahora demanda, toda vez que su inactividad, antes que por la confianza en que aún tenía plazo para demandar, venía motivada por cualesquiera otras razones.

Por otro lado, es preciso aclarar que el concepto de buena fe registral no está diseñado como un recurso encaminado directamente a cerrar el paso a conductas abusivas, intencionalmente encaminadas, por así decirlo, a un aprovechamiento inmerecido (o que carece o excede de su título justificativo) de una determinada situación o posición en detrimento ajeno. Los artículos 21.4 del Código de Comercio y 9.4 RRM muestran con meridiana claridad que la *buena fe registral*, en cambio, se construye únicamente sobre aspectos cognoscitivos, antes que intencionales⁸². De modo que no es preciso llegar hasta el extremo de demostrar una intención del tercero en aprovecharse injustamente de lo que está o no inscrito, pese a saberlo. Basta con que concurra el conocimiento, la consciencia por el sujeto en cuestión del acto inscribible y no inscrito o no publicado, para que se le prive de la calificación registral de *tercero de buena fe*. Eso sí: el desconocimiento se presume en tanto no haya habido inscripción, publicación, o discrepancia entre una y otra. Es el sujeto obligado a inscribir, interesado en hacer valer ante el tercero circunstancias relativas a su esfera personal que han de tener acceso a la publicidad registral, el que debe aportar los instrumentos probatorios suficientes para convencer al juzgador de que, pese al incumplimiento del deber legal por el momento, el litigante contrario estaba al tanto de aquellas circunstancias y, por lo tanto, no se le podría considerar traicionado en su confianza por algo que no constaba en el Registro. Un convencimiento que pertenece, lógicamente, al ámbito de la actividad probatoria de la base fáctica sobre la que se asienta la controversia, cuya valoración corresponde al Tribunal de instancia, sin que pueda ser discutida por el Tribunal Supremo en recurso, a menos que dicha valoración se estimara manifiestamente *ilógica, injusta o arbitraria*.

Ubicada la figura en el terreno de la ciencia, más que de la voluntad, cabe plantear si, entre los supuestos de *falta de buena fe* (aunque no se reconozca de un modo expreso en la regulación aplicable), pueden integrarse aquellos en que el desconocimiento por parte del demandante de la acción de responsabilidad resulta, por las circunstancias que lo rodean y la actuación anterior al planteamiento de la demanda, inexcusable. Con ello quedarían a salvo de la postergación del inicio del cómputo del plazo de prescripción los administradores demandados que lograsen formar en la mente del Juzgador el convencimiento de que, si bien puede que el demandante no conociera efectivamente el momento del cese, no podía ignorarlo a poco que tuviera un mínimo de perspicacia y sentido común (por ejemplo, porque el demandante es el socio mayoritario de la sociedad⁸³; o porque con posterioridad al cese del administrador único había mantenido relaciones con la sociedad a través de su sustituto⁸⁴). En el bien entendido que, con este planteamiento, no se pretende someter a discusión la respuesta (a nuestro juicio, claramente favorable a excluir la buena fe) que merezcan aquellos supuestos en que el cese del administrador constituye un «efecto legal» que se colige de un hecho fácilmente constatable o que el tercero no puede ignorar sobre la base de circunstancias fácticas que conoce efectivamente

o que derivan del contenido del Registro. Así sucedería, por ejemplo, en los casos en que quedara clara evidencia de que el nombramiento había caducado, aunque no se hubieran inscrito la renovación o el nombramiento del sustituto; o si no se renovara el nombramiento del consejero cooptado en la siguiente junta general, de cuya celebración y acuerdos se tuviera conocimiento o constancia registral (art. 244 TRLSC); o cuando hubieran transcurrido los plazos legalmente dispuestos para eludir una situación que conduce a la disolución *de pleno derecho* de la sociedad (cfr. DT 6.^a TRLSA)⁸⁵, a partir de los que habrá que considerar que los administradores han sido formalmente sustituidos por liquidadores, se trate o no de los mismos sujetos.

Situado el alcance de la discusión dentro de los cauces que corresponden, no parece que los términos literales en que se expresa la legislación vigente den pie a una restricción del concepto de tercero de buena fe en el ámbito de la publicidad registral mercantil mediante una exclusión de la protección en los supuestos de ignorancia inexcusable⁸⁶. Al menos por regla general, en que la buena fe, que se presume, debe ser quebrada por el sujeto inscrito mediante la prueba de que «conocía» el cese (arts. 41.4 CCom. y 9.4 RRM). De hecho, tal ignorancia resulta únicamente relevante en dos supuestos excepcionales: *a*) cuando la sociedad pretende desmarcarse de los actos llevados a cabo por su administrador fuera del objeto social; bien es verdad que en este caso, remarcando la excepcionalidad del supuesto por exigencias de la seguridad jurídica del tráfico, la prueba de la *culpa grave* actúa como salvoconducto para la oponibilidad de lo inscrito y publicado (el objeto social como límite legal del poder de representación de los administradores, *ex* art. 234 TRLSC), no de lo que aún no ha accedido al Registro; *b*) como elemento enervador de la prueba que pesa sobre el tercero, no sobre el sujeto obligado a inscribir, cuando se pretende acoger a la inoponibilidad de lo publicado en el BORME durante los quince días siguientes a la publicación. En este caso se requiere probar que los actos inscritos y publicados *no pudo conocerlos* (arts. 21.2 CCom. y 9.2 RRM), esto es, que ni los conoció ni estuvo en disposición de hacerlo. Lo que debiera interpretarse como una concesión excepcional al supuesto de la ignorancia inexcusable al objeto de impedir cuanto se pueda la obstaculización de la virtualidad de la publicación en el BORME.

2.3.5. La interpretación restrictiva de la prescripción

Como se indicó en el apartado dedicado a la formulación de la tesis que aquí se discute, no resulta inusual que los argumentos empleados por los Tribunales para justificar esta lectura del artículo 949 del Código de Comercio se complementen con el recurso a una última idea que, con hallarse más que asentada en el mundo jurídico, científico y práctico, es objeto a veces de una aplicación laxa, que acaba por distorsionar sensiblemente el fundamento de la institución sobre

la que versa. Nos referimos a la perfecta coherencia que dicha tesis mantiene con la más que pacífica aseveración acerca de la necesidad de proceder a una interpretación restrictiva de la figura de la prescripción de las acciones.

Como se sabe, constituye un lugar común en materia de prescripción la afirmación de que, comoquiera que se trata de una institución que no se asienta sobre consideraciones de estricta equidad y justicia material, sino más bien en la reacción que debe tener el Ordenamiento jurídico ante la pasividad o incuria del titular de una posición jurídica por hacerla valer ante los Tribunales a fin de dotar de la debida certidumbre a las relaciones en el tráfico, debe ser admitida con el máximo rigor y cautela, evitando así en la medida de lo posible, salvo cuando realmente se acredite la concurrencia de los presupuestos para dicha respuesta normativa, privar sin más a un sujeto de su derecho a impetrar el auxilio judicial en defensa de esa posición jurídica. Trasladado al asunto que nos ocupa, se viene a sostener que, en la medida en que se retrase el inicio del cómputo del plazo, se cercena el juego de la prescripción a los casos en que realmente el titular de la acción merece perder ese auxilio judicial, como serían aquellos en que, sabiendo del cese del administrador, se dejó pasar el plazo cuatrienal para plantear su reclamación o interrumpir su cómputo. A la par, se salvarían de este instituto aquellos supuestos en que, más que la desidia en el ejercicio de un derecho propio, era el desconocimiento del punto de arranque en el cómputo del plazo lo que mantenía confiadamente inactivo al eventual actor.

Son dos fundamentalmente los argumentos que podrían aducirse en respuesta a esta tesis.

Antes que nada, habría que poner en duda que la interpretación propugnada pudiera servir de justificación para aquellos casos en que el conocimiento del cese se produjera con suficiente antelación al transcurso de los cuatro años desde su acaecimiento verdadero y formal, pues no parece que, entonces, hubiera razón para no poder preparar alguna actuación apta al objeto, al menos, de interrumpir la prescripción. En otras palabras: resultaría bastante discutible el acierto de fijar como *dies a quo* la fecha del conocimiento efectivo del cese si, a tal día, aún no habían transcurrido cuatro años desde dicho *cese formal*. Cabría preguntarse, en este sentido, si resultaría verdaderamente ajustado al propósito de lograr un equilibrio de los intereses en presencia, por ejemplo, que, habiéndose solicitado por el actor nota informativa sobre la hoja registral de la sociedad antes de haber transcurrido cuatro años desde la separación del administrador, se hiciera contar el plazo de prescripción desde la fecha que consta como de publicación en el BORME, antes de la del acuerdo de la junta general de destitución, que también figuraría en el Registro⁸⁷.

Pero el inconveniente principal de este planteamiento estriba, en realidad, en que terminaría por atacar directamente al fundamento de la prescripción, al hacer supuesto de la cuestión. Se tomaría por principio que, antes del conocimiento del cese, y pese a que los hechos en los que se basa la demanda de responsa-

bilidad han tenido que producirse con anterioridad, no era concebible hablar de dejadez del eventual demandante en el cuidado de su posición jurídica, cuando, precisamente, una de las formas de evidenciar tal dejadez consiste en no adoptar siquiera las medidas oportunas para saber la situación en que uno se halla, en cuanto inminente actor, respecto del transcurso del plazo de prescripción de su acción. La clave del asunto no se encuentra tanto en el conocimiento del inicio del cómputo del plazo como en la consciencia de que concurre el supuesto de hecho para exigir responsabilidad. Si esa consciencia no se ha podido alcanzar, entonces sí que podría esgrimirse que no ha habido dejadez en el ejercicio del propio derecho. Claro que, en ese caso, la interpretación del juego de la prescripción llevaría demasiado lejos, puesto que obligaría, no a restringir, sino a prescindir, de hecho, de la aplicación del artículo 949 del Código de Comercio en lo referente al *dies a quo* para el cómputo del plazo. Un resultado que tal vez habría que plantear a nivel legislativo a la vista de los problemas interpretativos y las incertidumbres y desajustes conceptuales que ocasiona aquella aplicación indiscriminada de esa regla interpretativa: quizá el punto de arranque no debiera ser el cese del administrador (o su conocimiento por el actor), sino (al modo del art. 133 de la *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles* de mayo de 2002) la posibilidad de ejercicio de la acción.

2.3.6. El aislamiento de la doctrina legal en el conjunto normativo del Derecho de sociedades español

Hay un último dato en torno a esta *doctrina legal* que sobresale significativamente: no existe en el Derecho de Sociedades español una norma parangonable con la pauta que sigue nuestro Tribunal Supremo. Lo que, sin duda, pone en entredicho su correcto engarce en nuestro sistema societario y las disfunciones que su aplicación puede provocar en materia de prescripción de acciones en esta parcela del Ordenamiento.

La publicidad registral y la idea de la oponibilidad de un acto sujeto a inscripción en el Registro Mercantil son puntos de referencia legales relativamente habituales en el inicio del cómputo de los plazos establecidos para el ejercicio de acciones en el Derecho de Sociedades. Pero en la mayoría de los casos lo son en relación con plazos de caducidad, no de prescripción de las acciones (v.gr.: arts. 205, 251, 390.2, 425.3 y 491 TRLSC; arts. 47, 73 y 90 LME). En efecto, hay que reconocer que estas referencias se acomodan mucho más coherentemente como puntos de arranque de plazos de caducidad que de prescripción. El interés público que mueve a aquella a procurar que se otorgue certeza cuanto antes a una relación jurídica que aún no tiene la firmeza deseable para la seguridad del tráfico; su fatalidad, indisponibilidad e imposibilidad de interrupción, su apreciación de oficio por los Tribunales, etc. En definitiva, los

rasgos distintivos de la caducidad parecen reclamar que el inicio de su cómputo se haga descansar de un punto de partida incontestable, común para todos y que goce de la debida publicidad, como es el que proporciona, entre sujetos que actúan de buena fe, el Registro Mercantil mediante la publicación del acto sujeto a inscripción en el BORME. La prescripción, en cambio, se presta mejor a situaciones controvertidas cuya certidumbre, en principio, no trasciende de los propios implicados en el conflicto. Se adapta mucho más fielmente al juego de la autonomía de la voluntad de tales implicados (mediante alegación en juicio para su apreciación por el Juez, renuncia, disponibilidad de plazos, interrupción), y, por tanto, no parece necesitar de plazos cuyos puntos de partida se hagan depender inamoviblemente de una publicidad invocable frente a todos los eventuales demandantes simultáneamente, de tal modo que se permita conocer *a priori* el instante incuestionable e ineludible de su finalización⁸⁸. De ahí que tal vez esa rigidez que proporciona la publicidad registral mercantil sea susceptible de obstruir o contradecir el juego natural de la prescripción.

Es cierto que hay algunos supuestos legales que vinculan el inicio del plazo de prescripción de las acciones con el momento desde el que determinado acto sujeto a inscripción resulte oponible a quien demanda. En particular, nos referimos a las acciones de responsabilidad que el acreedor puede dirigir contra quien ha recibido cantidades provenientes de una sociedad de responsabilidad limitada en concepto de reembolso de su participación por separación o exclusión o, más ampliamente, de una reducción de capital *efectiva* (v.gr.: arts. 331, por remisión a este, 357 TRLSC). Pero, amén de su carácter aislado, se observa con nitidez que son hipótesis construidas sobre bases bien distintas a la que contemplamos ahora. Y es que en estos casos el inicio del cómputo del plazo de prescripción no se hace depender del conocimiento del *dies a quo* mismo por el demandante (de hecho, resulta irrelevante a estos efectos el conocimiento previo que el demandante tuviera de la operación social a inscribir, pues la acción comienza a computarse *para todos* desde el mismo momento), sino que se hace coincidir con el instante a partir del que nace el derecho a reclamar al socio, por surgimiento del hecho desencadenante de la responsabilidad. Un instante que se sitúa, *ex lege*, en el momento de la oponibilidad a terceros de la operación societaria llevada a cabo. Dicho en otras palabras: no es que se retrase el *dies a quo* para el cómputo del plazo hasta la oponibilidad de la operación societaria; es que no hay acción ni derecho a reclamar contra el socio hasta esa oponibilidad, pues hasta ese momento no nace su responsabilidad ante los acreedores sociales. Tanto es así que, con anterioridad a esa oponibilidad, lo que existe es una posición jurídica subjetiva que tienen una sola legitimación pasiva —la sociedad— y un único patrimonio que perseguir —el de la sociedad—⁸⁹.

Tampoco cabe ignorar la presencia de cierto paralelismo entre el supuesto en estudio y el régimen legal dispuesto para los plazos de prescripción de *las acciones que asisten al socio contra la sociedad, o viceversa* (arts. 947.1 CCom.),

con excepción de la que pretende la condena al cobro de dividendos (art. 947.3 CCom.). En estas acciones también se demora el *dies a quo* a la extinción del vínculo societario que une a las partes (separación, exclusión del socio o disolución de la sociedad), si bien se matiza que: «[S]erá necesario, para que este plazo corra, inscribir en el Registro Mercantil la separación del socio, su exclusión, o la disolución de la sociedad» (art. 947.2 CCom.). Con todo, el paralelismo se trunca desde el instante en que se tenga en cuenta que no es posible predicar el juego de la oponibilidad registral (se asiente en la inscripción, como bajo el régimen anterior a la Ley 19/1989, de 25 de julio, o en la publicación en el BORME, como en la actualidad) en acciones que tienen como litigantes a los socios y a la sociedad. En cuanto a los primeros, porque parece difícil su calificación como terceros de buena fe. Cuando quien demande sea la sociedad, porque no puede ampararse en el retraso en el cumplimiento de una obligación que le incumbe. En suma, y descartado, a falta de una disposición legal expresa que así lo determine, que se trate de uno de los excepcionales supuestos de inscripción constitutiva que haga de la validez de estas operaciones un *efecto propio de la inscripción*⁹⁰, todo parece conducir a la conclusión de que no es la oponibilidad ante terceros de la separación, exclusión o disolución de la sociedad la que provoca realmente el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones entre el socio y la sociedad, sino, antes bien, la determinación legal misma de hacer coincidir dos referencias temporales de especial relevancia: el instante en que finalizan la responsabilidad del socio por las deudas sociales (arts. 220 y 226 CCom.⁹¹) y, sobre todo, el periodo durante el que la actuación del socio colectivo como gestor social puede vincular a la sociedad ante terceros de buena fe, con el momento apto para el comienzo del cómputo del plazo de prescripción de las acciones encaminadas a reclamarse recíprocamente entre la sociedad y el socio el reembolso o la reparación de los daños sufridos.

V. CONCLUSIONES

El deslizamiento del inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores desde el momento del cese formal hasta el de su conocimiento real o presunto por los titulares de dichas acciones introduce, *de facto*, un pernicioso elemento de disgregación e incertidumbre en relación con el ámbito temporal de la sujeción a eventuales condenas dinerarias. Aparte de resultar contrario a una uniformidad de disciplina, proclamada por el propio Tribunal Supremo como verdadero *leitmotiv* del protagonismo atribuido al artículo 949 del Código de Comercio, en cuanto eje vertebrador de toda esta materia, aquel deslizamiento mueve el centro de atención de la controversia hacia un terreno probatorio hostil para el demandado, que se ve obligado a demostrar circunstancias ajenas a su campo de actuación,

cuando no constreñido a lograr una publicidad registral de su condición respecto de la sociedad que, en la mayoría de los casos, no depende de su exclusiva iniciativa y voluntad, por más empeño que pueda poner en ello. Por si fuera poco, la doctrina consolidada por el Tribunal Supremo parece adolecer de llamativas y peligrosas grietas desde el ángulo estrictamente jurídico-registral, al poner en manos de un tercero, singularmente, por más que sea *de buena fe*, *contraexcepciones* relativas a hechos sometidos a inscripción que, en principio, solo debieran ser esgrimibles, a lo sumo, frente a los sujetos obligados a inscribir, en este caso las sociedades, no ante sus administradores pretéritos.

Por todo ello, la solución a los conflictos que se suscitan ante demandas de responsabilidad contra antiguos administradores societarios tal vez deba caminar por otros derroteros que permitan preservar en mayor medida la seguridad jurídica, sin que por ello se alcancen resultados a espaldas de los postulados de la justicia material. La atenta observación del contenido de las sentencias resueltas hasta el momento sobre la base de la aplicación de esta *doctrina legal* evidencia con notoria claridad, precisamente, que la búsqueda de dicha justicia material ha tenido un peso importante en la respuesta a estos conflictos. En buena parte de los casos la demanda contra los antiguos administradores, cesados hace ya más de cuatro años desde su interposición, se planteaba como una vía de lograr *in extremis* una reparación a una lesión o el cobro de una deuda que, a esas alturas, resultaba imposible por otros cauces, bien por encontrarse ya extinguida la sociedad, bien por la insolvencia e incluso inexistencia de bienes y derechos de esta o de los administradores que sucedieron en el cargo a los demandados, en su caso, si es que realmente llegó a haber una sucesión de administradores y no se dejaron caducar los cargos sin más⁹². En otras palabras, como un último recurso ante situaciones francamente insatisfactorias y frustrantes para acreedores impagados y (o) otros sujetos que han podido resultar lesionados directamente en sus intereses por actuaciones presumiblemente realizadas por los demandados en el ejercicio de sus cargos. De ahí que se aprovechara la incuestionable traición a la confianza en el tráfico que provoca la falta de actualización de la hoja registral de la sociedad en lo referente a los cargos de administrador como resquicio para justificar una condena que recayera sobre quienes, si no habían sido los instigadores claros de la situación calamitosa a la que se había llegado, sí que, ciertamente, habían mantenido en buena parte de los casos una conducta poco activa por evitarla.

Sin embargo, tal modo de proceder arrastra tras de sí una serie de riesgos que pueden llevar a resultados aún más injustos que los supuestos a los que se pretende dar solución. Generar una *doctrina legal* mediante una interpretación forzada de un precepto a fin de amoldar *a toda costa* la solución final a postulados de justicia material supone generalizar una respuesta sobre la base de estereotipos, de *casos modelo*, que no siempre son los que concurren. Sin ir más lejos, no son pocos los supuestos de hecho de cuyo estudio se desprende

un concurso de actuaciones reprochables entre las partes del conflicto. Hipótesis en que la dejadez del demandante camina paralela, cuando no supera con creces, a la que se imputa al administrador cesante. Casos en que se demora en exceso una reclamación cuyo soporte fáctico precede con mucho al cese mismo del demandado. En suma, conflictos en que la conducta del demandante no merece mayor protección, desde el plano de la equidad, que la del demandado, o que, mereciéndola, pueden encontrar una solución antes de llegar hasta este extremo.

Por otro lado, tampoco se puede ocultar que la visión del contenido del artículo 949 del Código de Comercio patrocinada por el Alto Tribunal viene, en muchas ocasiones, compelida por un entendimiento excesivamente riguroso que se ha llegado a mantener acerca del instante en que se produce el *cese* del administrador a estos efectos, sobre todo en caso de caducidad del cargo o, más en general, de falta de nombramiento de sustitutos cuando el cese no se produce a iniciativa de la propia sociedad y la deja sin administradores con el cargo vigente. Es evidente que, en estos casos, el cesado no puede desentenderse por completo de la sociedad. A falta de sustitutos, habrá que considerar que se ve sometido a un deber de cuidado, siquiera «elemental» o meramente conservativo, de los asuntos societarios, que incluye, especialmente, llevar a cabo las actuaciones necesarias para proveer nuevos cargos que ocupen su lugar. Se trata de un deber cuya desatención puede generar, en algunos casos, unas expectativas falsas en los terceros susceptibles de provocar unos daños de los que debiera hacerse responsable el *administrador en funciones* (o *administrador de hecho*, según parece entenderlo el Tribunal Supremo). Pero es preciso tener en cuenta tres consideraciones:

En primer lugar, que no siempre esas falsas expectativas debieran ser jurídicamente atendibles ni, cuando lo fueran, habrían de derivar en una responsabilidad de los administradores cesados. Así, no lo serán cuando el cese sea consecuencia de la caducidad del cargo, pues el simple hecho de que haya transcurrido el plazo legalmente fijado (art. 222 TRLSC) debe hacer presuponer al tercero de buena fe que, a falta de constancia expresa de la renovación, la vigencia formal del nombramiento ha expirado. Ni debe generar responsabilidad cuando el administrador cesado haya llevado a cabo todo cuanto esté en su mano para evitar la situación de acefalía estructural de la sociedad.

En segundo lugar, que, en cualquier caso, no conviene unir el efecto engañoso que para terceros de buena fe puede provocar la falta de inscripción del cese de un administrador con el daño que la acefalía estructural puede ocasionar en la sociedad y en socios y terceros que se relacionan con ella. Las falsas expectativas de que se habla quedan disipadas con la inscripción del cese, circunstancia que puede tener lugar incluso de oficio, sin requerir intervención ninguna del sujeto en cuestión y con independencia de que la situación de acefalía estructural haya quedado resuelta o no y de que, por tanto, persista la eventual responsabilidad del administrador cesado. Es más, resulta posible que quede eliminada la acefalía mediante el nombramiento y aceptación de un sustituto pero que, por ausencia

de reflejo de tal situación en el Registro Mercantil, persista esa apariencia falsa en relación con la persona que ocupa el cargo de administrador. Situación ante la que no parece justo hacer responsable al cesado.

En tercer lugar, que cuando la prolongación de esa situación de aparente continuidad del cesado al frente de la sociedad, y, por tanto, de presumible mantenimiento en vida de la acción para reclamar su responsabilidad en el ejercicio del cargo, le resulte verdaderamente imputable, la acción que corresponde entablar en estos casos tiene una *causa de pedir* y, por lo que a nosotros nos interesa ahora, un régimen de prescripción autónomos. No se reclamarían las deudas contraídas por la sociedad desde que se hallara en causa de disolución, ni el menoscabo patrimonial sufrido por la sociedad, o *directamente* por el demandante, como consecuencia de las actuaciones llevadas a cabo por el administrador durante la vigencia formal de su mandato. Se pretendería, antes bien, reparar la lesión sufrida por la traición a la confianza que se ha generado en torno a la vigencia de las acciones de responsabilidad contra los administradores, al no haber realizado los trámites precisos para que su cese formal se inscribiera en la hoja registral abierta a la sociedad. De modo que no tendría su fundamento, como se afirma en diversas resoluciones, en una continuidad de la vigencia del cargo de administrador por ausencia de sustitutos válidamente nombrados, en una inexistencia de cese a los efectos del artículo 949 del Código de Comercio, de la que derivaría la falta de comienzo del cómputo del plazo de prescripción. Por lo que respecta a este asunto, sería preciso establecer una tajante división en dos etapas: el periodo de ejercicio de cargo como administrador *de derecho*; y, a partir de ahí, el lapso durante el que el sujeto en cuestión debería venir ocupándose de una gestión meramente conservativa, *en funciones*, de los asuntos sociales, en los términos ya explicados.

La terminación formal de la relación comercial entre la sociedad y el administrador ya se ha producido al final de la primera etapa; de manera que el instante de dicha finalización debería servir como referencia para el cómputo de las acciones que se planteen para hacer valer la responsabilidad en que tal administrador pudiera haber incurrido durante el periodo en que, formalmente, ostentaba dicha condición⁹³. En cambio, si lo que se trata es de reclamar por la conducta seguida durante la segunda etapa, en cuanto gestor *en funciones* (igual que sucedería si, verdaderamente, se estaba ejerciendo de un modo efectivo la dirección de la entidad, como un *administrador de hecho stricto sensu*), generadora de una confianza que a la postre se reveló traicionada, la prescripción de la acción para hacer valer los daños ocasionados, sometida, si se quiere, al régimen del artículo 949 del Código de Comercio, no deber tener como día de partida del plazo la fecha en que se hubiera producido el cese formal como administrador, o el día en que la inscripción de dicho cese se publicara en el BORME, sino aquella en que se dejara de estar ligado a la sociedad por los deberes de diligencia y cuidados propios como tal gestor *en funciones* o *de hecho*. De este modo, en buena parte de los supuestos de hecho resueltos con

esta *doctrina legal*, aunque la responsabilidad recaída durante la fase de vigencia formal del cargo pudiera resultar inatacable debido a la prescripción de la acción para hacerla valer, sería posible aún conseguir un resultado cuantitativamente semejante a través de la reclamación de estos daños derivados de la omisión de ese deber de cuidado posteriormente exigible, sin forzar por ello la exégesis del artículo 949 del Código de Comercio.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G.: «El alcance de la presunción de exactitud del contenido del Registro Mercantil», en *RDS*, núm. 5, 1995, págs. 256-262.
- ALFARO, J.: «La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales», en *Indret*, 1/2007, págs. 1-18.
- ALONSO ESPINOSA, F.: *La responsabilidad del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*, Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2006.
- AUGOUSTATOS, N.: «Comentario a la STS de 6 de marzo de 2003», en *CCJC*, núm. 63, 2003, págs. 1131-1137.
- ÁVILA NAVARRO, P.: *El Registro Mercantil*, tomo I, Barcelona (Bosch), 1997.
- BELTRÁN, E.: «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», en ROJO-BELTRÁN (dir.): *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, págs. 255-304.
- BRENES CORTÉS, J.: «Comentario a la STS de 26 de octubre de 2001», en *CCJC*, núm. 58, 2002, págs. 375-392.
- CAMPUZANO, A.: «La responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de julio de 2001)», en *Act. Civ.*, 2002-2, págs. 503-513.
- CASADO BURBANO, P.: *Derecho Mercantil Registral*, Madrid (Revista de Derecho Privado), 1992.
- CERRO, E.: «Ejercicio por los accionistas de la acción de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas», en *RDP*, 1970, págs. 623-636.
- ESTEBAN VELASCO, G.: «La acción individual de responsabilidad», en ROJO-BELTRÁN (dir.): *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, págs. 169-254.
- ESTURILLO LÓPEZ, A.: *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de la legislación mercantil societaria*, Madrid (Centro de Estudios Registrales), 1993.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de Sociedades*, vol. I, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010.
- FERNÁNDEZ SEJO, J. M.: «La prescripción de las acciones de responsabilidad», en ROJO-BELTRÁN (dir.): *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, págs. 595-630.
- GARCÍA JIMÉNEZ, C.: «Los principios registrales en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», en *RDN*, 1957, págs. 213-313.
- GARRIDO CERDÁ, E.: «Renuncia al cargo de administrador», en *RJcaNot*, 1992-2, págs. 279-285.

- GARRIDO ESPA, L.: «La duración del cargo y el cese de los administradores», en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.), *Órganos de las sociedades de capital*, tomo I, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, págs. 707-739.
- GARRIGUES, J.: «El Registro Mercantil en Derecho español», en GÓMEZ GÁLLIGO (coord.): *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2009, págs. 4425-4453; también en *RDCI*, núm. 69, 1930, págs. 657-677.
- GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. 3.º, Madrid (Revista de Derecho Mercantil), 1949.
- GARRIGUES, J., y URÍA, R.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo II, 3.ª ed., Madrid, 1976.
- GIMENO-BAYÓN, R. y ORELLANA, N.: «La responsabilidad de los administradores (I). Comentario al artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas», en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.): *Órganos de las sociedades de capital*, tomo I, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, págs. 933-1004.
- GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J.: «La eficacia de la publicidad del Registro Mercantil en la Primera Directiva del Consejo sobre sociedades», en GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE (coord.): *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid (Marcial Pons), 1995, págs. 1179-1194.
- GÓMEZ SEGADE, J. A.: «La publicidad de las sociedades de capital: la reforma del Derecho Registral Mercantil», en ROJO (dir.): *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid (Civitas), 1987, págs. 21-46.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: «Notas sobre el Reglamento del Registro Mercantil», en *RDN*, núm. 19, 1958, págs. 261-369.
- GUERRA MARTÍN, G.: «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», en GUERRA MARTÍN (coord.): *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Las Rozas (La Ley), 2011, págs. 37-84.
- LATORRE CHINER, N.: *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada (Comares), 2003.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, Madrid-Barcelona (Marcial Pons), 2005.
- MARTÍNEZ SANZ, F., y PÜTZ, A.: «Duración del cargo (art. 126)», en ARROYO-EMBID-GÓRRIZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, 2.ª ed., Madrid (Tecnos), 2009, págs. 1402-1412.
- «Deber de secreto (art. 127 *quater*)», en ARROYO-EMBID-GÓRRIZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, 2.ª ed., Madrid (Tecnos), 2009, págs. 1446-1450.
- MARTÍNEZ SANZ, F. y NAVARRO MÁÑEZ, M.: «Separación (art. 131)», en ARROYO-EMBID-GÓRRIZ (coord.): *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, 2.ª ed., Madrid (Tecnos), 2009, págs. 1496-1509.
- MENÉNDEZ, A.: «La buena fe y el Registro Mercantil», en *Curso de conferencias sobre Registro Mercantil*, Madrid (Centro de Estudios Hipotecarios), 1972, págs. 169-188.
- «La primera Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y el Registro Mercantil español», en GÓMEZ GÁLLIGO (coord.), *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Cizur Menor (Thomson-

- Civitas), 2009, págs. 4501-4524; [también en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid (Civitas), 1991, págs. 703-727].
- «El Registro Mercantil español (formulación y desarrollo)», en Centro de Estudios Hipotecarios, *Leyes hipotecarias y registrales de España: fuentes y evolución*, tomo V. vol. I, Madrid (Castalia), 1991.
- OLIVENCIA, M.: «La inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil», en *Escritos jurídicos*, Sevilla (Fundación El Monte), 2005, págs. 715-773; también en *RDM*, núm. 71 (1959), págs. 61-118.
- PAU PEDRÓN, A.: «El Registro Mercantil», en AA.VV.: *Leyes hipotecarias y registrales de España*, tomo V, vol. II, Madrid (Castalia), 1992, págs. 11-61.
- *La publicidad registral*, Madrid (Centro de Estudios Registrales), 2002.
- *Elementos de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Madrid (Comillas), 2003.
- PAZ-ARES, C.: «La reforma del Registro Mercantil», en *BIMJ*, núm. 1556 (1990), págs. 1306-1330.
- PICÓ I JUNOY, J.: «Aspectos procesales de la responsabilidad de los administradores mercantiles», en *RJCat*, 2006-4, págs. 1007-1031.
- PILÓNETA, L. M.: «Exigencia de responsabilidad a los liquidadores tras la cancelación de la sociedad (art. 397)», en ROJO-BELTRÁN: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo II, Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2011, págs. 2723-2729.
- POLO SÁNCHEZ, E., en URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA (dir.): *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VI, Madrid (Civitas), 1992.
- PRENDES CARRIL, P.: «La renuncia del administrador no inscrita. Efectos en la responsabilidad», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 478, 2001, págs. 3-5.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «La responsabilidad societaria en el seno del concurso: marco de relaciones con la responsabilidad concursal», en GUERRA MARTÍN (coord.): *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Las Rozas (La Ley), 2011, págs. 391-442.
- ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario*, 8.ª ed., Barcelona (Bosch) 1995, tomos II y III.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., y MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: «La acción social de responsabilidad», en GUERRA MARTÍN (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Las Rozas (La Ley), 2011, págs. 151-194.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. D.: «Presupuestos y efectos de la inscripción y de la publicación. Los pactos reservados», en ALONSO UREBA y otros (coord.), *Derecho de sociedades anónimas. I. La fundación*, Madrid (Civitas), 1991, págs. 381-412.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M. I.: *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, 2.ª ed., Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2008.
- RONCERO SÁNCHEZ, A.: «La acción individual de responsabilidad», en GUERRA MARTÍN (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Las Rozas (La Ley), 2011, págs. 195-222.
- SACRISTÁN, F.: «La responsabilidad de los administradores por no promover la disolución en las sociedades de capital», en GUERRA MARTÍN (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Las Rozas (La Ley), 2011, págs. 223-272.

- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: «Responsabilidad de los administradores y Registro Mercantil (SSAP de Barcelona de 5 de octubre y 12 de diciembre de 1995)», en RODRÍGUEZ ARTIGAS (dir.), *Derecho de Sociedades, I. Comentarios de Jurisprudencia*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2010, págs. 1923-1951.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores de las sociedades de capital*, 2.ª ed., Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2007.
- SANCHO GARGALLO, I.: «La responsabilidad de los administradores por las deudas de la sociedad, derivada del incumplimiento de los deberes legales de promover la disolución (arts. 262 TRLSA y 105 LSRL)», en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.): *Órganos de las sociedades de capital*, tomo I, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, págs. 1151-1182.
- SANJUÁN, E.: «La prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores», en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.): *Órganos de las sociedades de capital*, tomo I, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, págs. 1105-1149.
- SEQUEIRA, A.: «La eficacia de la publicidad registral mercantil (introducción histórica y Derecho comparado)», en GÓMEZ GÁLLIGO (coord.): *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2009, págs. 4543-4657.
- SUÁREZ LLANOS, J.: «Responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas», en *ADC*, 1962, págs. 920-997.
- TORRENT, A.: «¿Protección registral de hechos no inscritos? A propósito de la publicidad material negativa (arts. 21 CCom. y 9 RRM)», en *RCDI*, núm. 618 (1993), págs. 1391-1420.

NOTAS

¹ Bien es cierto que esta afirmación debe verse matizada ante determinadas situaciones excepcionales en las que pueden llegar a reclamarse daños por este concepto por actos llevados a cabo u omisiones reprochables de quien ya no ostenta formalmente el cargo de administrador. Destacan, particularmente, dos supuestos:

- i) La violación del deber de secreto tras el cese (art. 232 TRLSC; sobre el alcance y contenido de este deber, cfr. la STS de 4-10-2011). En este caso, si bien la observancia del deber tendría que poder exigirse entretanto la información comunicada siguiera siendo confidencial o su divulgación pudiera perjudicar el interés social [así lo sostiene GUERRA MARTÍN, G., «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», en GUERRA MARTÍN (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Las Rozas (La Ley), 2011, págs. 77-78], su violación resulta, *de facto*, perseguible, debido a los defectos de coordinación de la disciplina en este terreno, únicamente en la medida en que tuviera lugar durante los cuatro años posteriores al cese [en este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores de las sociedades de capital*, 2.ª ed., Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2007, pág. 221; MARTÍNEZ SANZ, F., y PÜTZ, A., «Deber de secreto (art. 127 *quater*)», en ARROYO-EMBED-GÓRRIZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, 2.ª ed., Madrid (Tecnos), 2009, págs. 1449-1450].
- ii) La omisión por parte del administrador cuyo cese deja el órgano de administración en una situación de acefalía estructural (esto es, de absoluta ausencia de administradores con el cargo vigente) del deber de diligencia en el cuidado de los asuntos sociales

como propios en tanto no sea reemplazado en el cargo por un sustituto. Dicho deber como administrador *en funciones u oficioso*, cuyo contenido mantiene una clara afinidad con el que se exige del *gestor de negocios ajenos* (arts. 1888 y sigs. CC) o del *mandatario cesado* (art. 1737 CC), no debiera exceder del que corresponde a una gestión puramente conservativa del patrimonio social, el seguimiento al corriente de las relaciones con los socios y, sobre todo, la realización de las actuaciones indispensables para lograr el relevo en el cargo por un sustituto [en esta línea matizada de argumentación parecen situarse, entre otros, LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada (Comares), 2003, págs. 116-118 y 150-152; SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, págs. 313-316; GARRIDO CERDÁ, E., «Renuncia al cargo de administrador», en *RJcaNot*, 1992-2, págs. 283-287; GARRIDO ESPA, L., en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.), *Órganos de las sociedades de capital*, tomo I, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, págs. 716-719 y 727-729]. Sin embargo, se advierte una tendencia muy acentuada en los Tribunales (cfr. SSTs 25-3-2008, 14-4-2009, 23-6-2011, 21-3-2011, o SSAAPP de Pontevedra —S. 2.ª— 30-5-2000—, Castellón —S. 3.ª— 13-12-2002—, Madrid —S. 25.ª— 22-6-2005) a encuadrar esta figura dentro de la del *administrador de hecho* (al que la Ley equipara en cuanto al régimen de responsabilidad por sus actos y, por lo que resulta más grave ante estas situaciones, por sus omisiones, al *administrador de derecho*, ex art. 236.1 TRLSC), por más que, en realidad, no se ocupe —ni sea su cometido— de *desarrollar efectivamente*, en toda su extensión, las labores de administración y representación que corresponden a un administrador nombrado regularmente y con el cargo vigente conforme a Derecho.

² No es momento para entrar en profundidad en la distinción entre la responsabilidad contractual o extracontractual y su traslado al juego de acciones contra los administradores que contempla la legislación societaria española. Pero es preciso destacar que estas dudas iniciales a que alude el texto, más que razonables, tuvieron bastante que ver con la mencionada división clásica, por considerarse que la acción *individual* (especialmente la que tenía como demandante a un tercero, no tanto a los socios; respecto a la duda que suscitaba la naturaleza de la acción planteada por estos últimos, cfr. SSAAPP de Zaragoza, de 10-10-1994; León, de 15-12-1994; Toledo —S. 2.ª—, de 26-1-1999; Córdoba —S. 2.ª—, de 29-10-1999) no era otra cosa que el cauce para reclamar en el contexto de la actuación como administradores sociales la responsabilidad civil por hecho ajeno del artículo 1902 del Código Civil, ante lo que se consideraba aplicable el plazo anual —desde el conocimiento por el agraviado— del artículo 1968.2.º del Código Civil [cfr. SSTs de 21-5-1992, 26-10-2001; en la jurisprudencia menor, cfr., por sus referencias al estado de la cuestión en la doctrina, también dividida, SAP de Asturias —S. 4.ª—, de 16-12-1998; más extensamente, vid., por todos, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, 2.ª ed., Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2008, págs. 106-115]. Fue a partir de mediados de la década de los noventa del pasado siglo cuando comenzó realmente a consolidarse en los Tribunales el esfuerzo por integrar la prescripción de la *acción individual* de responsabilidad en el régimen del artículo 949 del Código de Comercio. Un esfuerzo que, todo hay que decirlo, encontraba en los primeros momentos su justificación en argumentos un tanto forzados, como el de que la naturaleza de la responsabilidad del administrador demandado dependía de la que tuviera la deuda social por cuyo impago el acreedor le reclamaba los daños y perjuicios (cfr. STS de 22-6-1995, o las SSAAPP de Álava, de 23-9-1996, Jaén —S. 1.ª—, de 21-7-1998), o el de que cualquier reclamación deducida contra un administrador por daños derivados de actos u omisiones en el ejercicio del cargo, como órgano social, debía considerarse de naturaleza contractual, mientras que si provenía de cualquier otra actuación sería extracontractual y se regiría plenamente por los artículos 1902 y 1968.1.º del Código Civil (cfr. STS de 29-4-1999 y SAP de Tarragona —S. 1.ª—, de 25-2-2000); un completo resumen de esta evolución de nuestros Tribunales puede encontrarse en la SAP de Madrid —S. 13.ª—, de 23-5-2000. Finalmente, según se entiende

de manera generalizada, la STS de 20-7-2001 acabó por apaciguar de un modo prácticamente definitivo la controversia, confirmando que la *acción individual* de responsabilidad se somete, como la *social*, al artículo 949 del Código de Comercio [vid. el comentario a esta sentencia a cargo de CAMPUZANO, A., «La responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2001)», en *Act.Cív.*, 2002-2, págs. 503-513]. En la misma dirección, cfr. SSTS de 30-11-2001, 19-3-2003, 24-3-2004, 7-5-2004, 26-5-2004, 30-9-2004, 5-10-2004, 22-3-2005, 13-12-2005, 16-12-2005, 22-12-2005, 9-3-2006, 28-11-2006, 5-3-2007, 3-7-2008, 26-5-2008, 29-7-2008, 11-11-2008, 2-12-2008, 5-5-2009 y 12-3-2010. En la doctrina, con mayor amplitud, vid., por todos, BRENES CORTÉS, J., «Comentario a la STS de 26 de octubre de 2001», en *CCJC*, núm. 58, 2002, págs. 386-388; AUGOUSTATOS, N., «Comentario a la STS de 6 de marzo de 2003», en *CCJC*, núm. 63, 2003, págs. 1131-1137; ALONSO ESPINOSA, F., *La responsabilidad del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*, Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2006, págs. 139-142; SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, págs. 426-428; FERNÁNDEZ SEJO, J. M., «La prescripción de las acciones de responsabilidad», en ROJO-BELTRÁN (dir.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4.^a ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, págs. 595-602. Con todo, conviene recordar que el TS (cfr. SSTS de 16-12-2005, 13-2-2007; también, aunque en un sentido aparentemente opuesto, la STS de 6-3-2006) ha llegado a sostener que, siempre que se respete *el mismo componente fáctico esencial de la acción* planteada, no se incurre en incongruencia ni en una apreciación de oficio de la prescripción por aplicar el plazo del artículo 949 del Código de Comercio, pese a que en la contestación a la demanda se hubiera alegado el más corto del artículo 1968 del Código Civil. A este respecto, vid. los comentarios efectuados por PICÓ I JUNOY, J., «Aspectos procesales de la responsabilidad de los administradores mercantiles», en *RJCat*, 2006-4, págs. 1016-1017; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M. I., *Responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, pág. 103.

³ Desde finales de la década de los noventa del pasado siglo se advierte una clara tendencia uniformadora en los Tribunales en torno a esta solución. Cfr. SSTS de 2-7-1999, 7-6-2002, 26-6-2006, 5-3-2007, 26-10-2007, 25-3-2008, 1-6-2009, 12-3-2010 y 11-11-2010. Con anterioridad se había llegado a plantear incluso la aplicación del plazo de quince años del artículo 1964; cfr. SAP de Valladolid —S. 3.^a— 26-7-1995. En la doctrina, ampliamente, vid., por todos, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M. I., *Responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, págs. 115-116 (nota 274). Sin embargo, para BELTRÁN, E. [«La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», en ROJO-BELTRÁN (dir.), *Responsabilidad de los administradores*, pág. 301] el plazo sería el propio de la deuda a reclamar ante la sociedad (en su defecto, quince años, *ex art.* 1964 CC), aunque caducaría a los cuatro años desde el cese por aplicación del artículo 949 del Código de Comercio.

⁴ Cfr. SSTS de 26-10-2001, 29-2-2008, 25-3-2008, 1-4-2009 y 1-6-2009. Por idénticos motivos, a estos supuestos habría que añadir —bien es cierto que aún no se conocen resoluciones en estos asuntos— la responsabilidad por no resolver, transcurrido el plazo dispuesto para ello, la situación del capital por debajo del mínimo legal cuando la reducción de aquel haya sido *consecuencia del cumplimiento de una ley* [art. 360.1.b) TRLSC]. No así la responsabilidad por daños que pudiera recaer sobre los administradores en los concursos calificados *culpables*, como *personas afectadas por la calificación* (art. 172.2.3.º LCo), ni la condena a la *cobertura del déficit societario* (art. 172-bis LCo). Adviértase que en estos supuestos de culpabilidad del concurso la condena al administrador (a quien lo era en el instante de la declaración de concurso o lo fue durante los dos años anteriores) no viene precedida propiamente de una reclamación por parte del titular de una relación jurídica mediante la interposición de una *acción* dirigida a impetrar el auxilio de los Tribunales. Aparte de las alegaciones por escrito que pudiera presentar *cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo* (art. 168.1 LCo), podría hablarse, a lo sumo, de un *informe razonado y documentado* o de un *dictamen*, de la administración concursal o de la Fiscalía, respectivamente, con una *propuesta de resolución*

en tal sentido, a los que puede oponerse el deudor o alguno de los comparecidos, ex artículos 169 a 172 LCo. Se trata, pues, de pronunciamientos judiciales que la Ley anuda —o deja al juez en la tesitura de hacerlo, en el caso de la *cobertura del déficit*— a la declaración judicial de culpabilidad sin exigir una previa formulación de una demanda *stricto sensu* en ejercicio de la acción de responsabilidad (art. 172.2 y 172-bis LCo).

⁵ Reproducimos parte del Fundamento Jurídico 4.º de la STS de 20-7-2001: «Siendo por tanto necesario fijar la doctrina de esta Sala, debe declararse que el plazo de prescripción aplicable a la acción individual de responsabilidad contemplada en el artículo 135 LSA-TR 1989 es el de cuatro años del artículo 949 del Código de Comercio. Sin desconocer los respetables argumentos de la doctrina científica mayoritaria en pro del plazo de un año del artículo 1968-2.º del Código Civil, son razones que apoyan la solución aquí adoptada las siguientes:

- A) El artículo 943 del Código Civil, punto de partida para llegar al artículo 1968-2.º del Código Civil, se refiere textualmente a “las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio”. Sin embargo resulta que el propio Código Civil, en su artículo 949, sí asigna un plazo determinado, el de cuatro años, a “la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades”, sin distinción alguna, por más que su emplazamiento sistemático, a la vista del contenido de los dos artículos que le preceden, permita opinar que podría estar refiriéndose solo a la acción que contra el administrador ejerciten los socios.
- B) La acción individual de responsabilidad, ya corresponda a los socios, ya a terceros, se regula específicamente en un precepto de la LSA-TR 1989, el artículo 135, que es una norma mercantil cuyo complemento debe buscarse en el Código de Comercio, a tenor del artículo 121 de este último y dado su carácter de Cuerpo legal básico en el ámbito mercantil, antes que en el Código Civil.
- C) Existiendo por tanto en el Código de Comercio una norma especial sobre el plazo de ejercicio de “la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades”, no hay por qué acudir al Código Civil en busca de otro plazo diferente que en realidad se establece para unas acciones menos específicas, las ejercitadas para exigir responsabilidad “por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902”, debiendo aplicarse la norma especial con preferencia sobre la general».

⁶ Traemos hasta aquí parte del Fundamento Jurídico 4.º de la STS 20-7-2001: «D) La polémica en torno a la naturaleza contractual o extracontractual de la acción individual contemplada en el artículo 135 LSA cuando la ejerciten los terceros frente a los administradores es en cierta medida estéril: primero, porque cuenta con una regulación propia en dicho precepto que la especializa o especifica respecto a la obligación genérica, contemplada en el artículo 1902 del Código Civil, de reparar el daño causado por culpa o negligencia; segundo, porque la parcial coincidencia de los requisitos o presupuestos de la obligación reparadora o indemnizatoria contemplada en cada uno de dichos preceptos no significa necesariamente identidad total, dada la conexión del artículo 135 LSA con sus artículos 133 y 127.1, con la consiguiente referencia a un determinado modelo de diligencia cuya inobservancia determina la culpa del administrador; y la exigencia legal de que la lesión causada a los intereses de los terceros por los actos de los administradores sea directa; tercero, porque la acción individual contemplada en el artículo 135 LSA lo es de indemnización «por actos de los administradores», es decir en cuanto tales administradores o por razón de su cargo, lo que refuerza la aplicabilidad del artículo 949 del Código de Comercio; cuarto, porque nada impide que junto con la acción del artículo 135 LSA, por la conducta ilícita del administrador en su actividad orgánica, coexista la acción genérica del artículo 1902 del Código Civil por los daños que el administrador hubiera podido causar a socios o terceros al margen de esa actividad, es decir no ya como tal administrador; quinto, porque si el artículo 135 LSA se entendiera referido a la responsabilidad del administrador en su esfera personal, resultaría un precepto superfluo que perdería su justificación más segura como excepción a las reglas de imputación normalmente derivadas del carácter orgánico de la actuación del

administrador; y sexto, porque la presunta nitidez de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad de los administradores frente a quienes no sean socios se desdibuja en gran medida cuando, como suele suceder en la práctica y ocurre también en el caso examinado, la acción se ejercita contra el administrador o administradores por un acreedor social que lo es precisamente en virtud de uno o varios contratos celebrados con la sociedad a través del propio administrador».

Como dice ESTEBAN VELASCO, G. [«La acción individual de responsabilidad», en ROJO-BELTRÁN (dir.), *Responsabilidad de los administradores*, pág. 241], aun reconociendo el peso ejercido por la seguridad jurídica, el argumento más decisivo de esta *jurisprudencia* estribaría en que estaríamos en presencia de una responsabilidad por actuación orgánica que cuenta con una norma especial en el Código de Comercio.

⁷ Esta idea ya venía siendo apuntada por los destacados miembros de la doctrina española. Vid., en este sentido, por todos, GARRIGUES, J., y URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo II, 3.^a ed., Madrid, 1976, págs. 196-197; POLO SÁNCHEZ, E., en URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA (dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VI, Madrid (Civitas), 1992, págs. 372-376 y 378-380; SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, págs. 419-420 y 426.

⁸ Se trata de una práctica bastante usual en las reclamaciones de responsabilidad contra los administradores, en especial cuando se ha producido un verdadero abandono de la actividad social acompañado de una palmaria insuficiencia patrimonial para atender las deudas contraídas. Incluso ha habido resoluciones en que, ante el ejercicio de una de estas acciones —v.gr.: *acción individual* de responsabilidad—, se ha terminado imponiendo una condena fundada en la alternativa —en el actual art. 367 TRLSC—, sin que se considere que quepa apreciar incongruencia si la *causa de pedir* y el *petitum* no se ven alterados con tal fallo (cfr. SSTs 7-6-2002, 5-10-2004 y 14-3-2007; SSAAPP de Granada —S. 3.^a—, de 20-3-1999, y Barcelona —S. 15.^a—, de 30-6-1999). Bien es cierto que este modo de proceder resultará más que discutible en la medida en que se estime que una reclamación de responsabilidad frente al administrador por daños no puede fundarse estrictamente en una misma *causa de pedir* ni deducir la misma pretensión que una reclamación de deuda social impagada, aunque los antecedentes fácticos puedan guardar una estrecha relación en ambos casos y coincidan en el importe de la condena que se pida. Así se deja sentado con notoria claridad en el Fundamento Jurídico 2.º de la STS de 20-7-2001, con cuyo parecer coincidimos plenamente: «*La más reciente jurisprudencia de esta Sala tiende a configurar la causa de pedir como el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (SSTS de 19-6-2000 y 16-11-2000). En la concreta aplicación de tal concepto a las pretensiones formuladas contra administradores de las sociedades anónimas hay sentencias que optan por una cierta flexibilidad, como la de 1 de diciembre de 1999, que no consideró incongruente un fallo fundado en la Disposición Transitoria 3.^a LSA en vez de en el artículo 133 de la misma Ley invocado en la demanda. Sin embargo la doctrina de la Sala se decanta decididamente por considerar como acciones nítidamente diferenciadas la acción individual de responsabilidad contemplada en el artículo 135 LSA y la acción de responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales regulada en el artículo 262.5 de la misma Ley, entendiendo en consecuencia que no es congruente el fallo que condene al administrador demandado con base en el artículo 262.5 cuando en la demanda se hubiera ejercitado únicamente la acción individual del artículo 135 (SSTS de 21-9-1999 y 28-6-2000)*». Cfr., también en este sentido, la STS de 27-6-2006. En la doctrina, vid., en esta línea de argumentación, por todos, ESTEBAN VELASCO, G., en ROJO-BELTRÁN (dir.), *Responsabilidad de los administradores*, págs. 249-252.

⁹ Como se afirma en el Fundamento Jurídico 4.º de la STS 20-7-2001: «*E) La unificación del plazo de prescripción en el de cuatro años del artículo 949 del Código de Comercio aporta a esta materia un grado de seguridad jurídica que permite superar la poca precisión que en ocasiones presentan las fronteras entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, acudiendo de un modo lógico y dotado de un indiscutible apoyo normativo a un solo plazo para las acciones de responsabilidad de los administradores por su actividad orgánica, con*

la ventaja añadida de la certeza que en tal caso se logra en orden al cómputo inicial del mismo plazo».

¹⁰ En palabras de la STS de 20-7-2001 (FJco 4.º): «F) Finalmente, siendo la prescripción una figura de interpretación restrictiva, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, en caso de duda sobre dos plazos de prescripción posiblemente aplicables, siempre habría que optar por el de mayor duración por ser el más favorable a la viabilidad de la acción ejercitada».

¹¹ Se trata de una crítica que viene siendo manifestada por algunos miembros de la doctrina desde hace años. Vid., entre otros, las palabras de MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, Madrid-Barcelona (Marcial Pons), 2005, págs. 238-239, quien reclamaba «una intervención urgente del legislador para establecer un plazo propio para la acción individual»; o la opinión claramente enfrentada a la aplicación del artículo 949 del Código de Comercio a la acción individual, por considerarla reservada a la acción social, de ALFARO, J., «La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales», en *InDret*, 1/2007, pág. 8.

¹² En este sentido, entre otros, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., y MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «La acción social de responsabilidad», en GUERRA MARTÍN (coord.), *Responsabilidad de administradores de sociedades de capital*, pág. 191; ALONSO ESPINOSA, F., *Responsabilidad del administrador*, págs. 140-141.

¹³ Bien es cierto que tal planteamiento podría dar lugar a soluciones francamente injustas para los eventuales demandados, en la medida en que la vida de la acción pudiera verse desmesuradamente extendida en el tiempo por la reincidente renovación del administrador o por la duración indefinida de dicho cargo en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, ex artículo 221.2 TRLSC. Así lo ponen de relieve, entre otros, FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., en ROJO-BELTRÁN (dir.), *Responsabilidad de los administradores*, pág. 617; RONCERO SÁNCHEZ, A., «La acción individual de responsabilidad», en GUERRA MARTÍN (coord.), *Responsabilidad de administradores de sociedades de capital*, pág. 222.

¹⁴ Reproducimos íntegro el párrafo de la Exposición de Motivos del Proyecto del Código de Comercio de 1882, que serviría de apoyo a esta tesis: «La prescripción especial establecida para extinguir las responsabilidades que mutuamente pueden exigirse los socios y la Sociedad, tiene su fundamento en que si bien las Compañías comerciales constituyen verdaderas entidades jurídicas con personalidad distinta de la de los individuos que las componen, esta distinción no aparece muy marcada mientras la Sociedad existe o el socio forma parte de ella. Mas con la disolución de los vínculos que unían al individuo con la entidad social, se manifiesta aquella distinción de una manera real y efectiva, razón por la que importa fijar un plazo breve para que dentro de él ejerciten mutuamente las acciones que crean competirles los socios o la Sociedad, poniendo término a las incertidumbres que lleva consigo la prescripción ordinaria o común. Razones análogas ha tenido en cuenta el Proyecto para limitar la duración de la responsabilidad de los socios gerentes y administradores de Compañías por las operaciones que en este concepto hubieren realizado, ya sean los mismos socios, ya sean los extraños los que se consideren perjudicados, pues tanto unos como otros deberán entablar sus reclamaciones dentro de los cuatro años siguientes a la fecha en que por cualquier motivo cesaron aquellos en el ejercicio de su administración».

¹⁵ Por aplicación de los artículos 40.2 LEC y 114 LECrim, la actuación penal interrumpe hasta su terminación el cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil basada en hechos idénticos o que guarden una *conexión relevante* entre sí a efectos de la resolución del pleito iniciado con esta última. Cfr. STS de 3-11-2010 y SAP de Barcelona —S. 15.ª—, de 21-1-2004. En otra parcela, distinta es la solución que prevé el artículo 4 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: la suspensión de la prescripción ante la *solicitud de inicio de la mediación*.

¹⁶ Téngase en cuenta, por ejemplo, la compleja virtualidad que posee la declaración de concurso de la sociedad administrada, o de cada uno de los administradores, a efectos de la interrupción (prolongada hasta la *conclusión del concurso*, expresión de no deja de despertar

dudas a la vista de los efectos que produce la aprobación de un convenio) del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad contra estos últimos. La coordinación del contenido del artículo 60 LCo con el transcurso del plazo de prescripción de estas acciones no resulta en absoluto pacífica, entre otras razones porque, justificación de la medida al margen, se discute, incluso tras las últimas reformas operadas en la legislación concursal, su ámbito de aplicación mismo [no está claro si afecta solo a las acciones *sociales* de responsabilidad y las de reclamación de deudas sociales por no remover ni promover la disolución habiendo causa legal para ello, o a *todas* las acciones de responsabilidad contra los administradores —algunas de las cuales podrían ejercitarse al margen del concurso y dar al traste con la satisfacción de la *masa pasiva* mediante la persecución de patrimonios ajenos pero estrechamente relacionados con el concursado; v.gr.: la *acción individual* de responsabilidad—; sobre esta polémica, vid., entre otros, SANJUÁN, E., «La prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores», en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.), *Órganos de las sociedades de capital*, I, págs. 1140-1149; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M. I., *Responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, págs. 155-156; QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad societaria en el seno del concurso: marco de relaciones con la responsabilidad concursal», en GUERRA MARTÍN (coord.), *Responsabilidad de administradores de sociedades de capital*, págs. 418-419]. En cualquier caso, no cabe duda de que la medida prevista en la Ley Concursal rompe y mantiene congelado el cómputo del plazo de prescripción de todas las acciones sobre las que recaiga (si ha comenzado a contarse) de un modo simultáneo y en relación, incluso, con todos los eventuales legitimados activos, algunos de los cuales (en caso de mantenerse un campo de actuación de la norma que excediera de las acciones *sociales* de responsabilidad) pudieran no revestir siquiera la condición de *acreedores concursales* (v.gr.: un socio de la entidad concursada o un tercero que no sea *acreedor concursal* que se consideraran directamente lesionados por un acto del administrador). Sobre esta consecuencia, vid. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., en ROJO-BELTRÁN (dir.), *Responsabilidad de los administradores*, págs. 624-630.

¹⁷ Vid., al respecto, las opiniones de RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M. I., *Responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, págs. 150-151; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., en ROJO-BELTRÁN (dir.), *Responsabilidad de los administradores*, pág. 619. Cfr. SSTS de 23-6-1993 y 5-3-2007, en relación con un acto de conciliación intentado sin éxito ante uno de los administradores. Cfr., también, por su interés en esta cuestión, la SAP de Vizcaya —S. 4.ª—, de 2-10-2008. Naturalmente, los efectos de la interrupción alcanzan a los responsables solidarios, pero no a todos los eventuales titulares de la acción (la sociedad, cualquier socio o tercero), que no se hallen ligados por un mismo vínculo. Más problemático sería el caso de la acción *social*, que, siendo conceptual y legalmente única, y poseyendo un solo titular de la relación jurídica en controversia —la sociedad— puede tener diversos legitimados activos (arts. 238 a 240 TRLSC). En ese caso, podría entenderse que la interrupción efectuada por uno de ellos beneficiaría en igual medida al resto y se trasladaría, en su caso, a los demás legitimados.

¹⁸ Así, SACRISTÁN, F., «La responsabilidad de los administradores por no promover la disolución en las sociedades de capital», en GUERRA MARTÍN (coord.), *Responsabilidad de administradores de sociedades de capital*, págs. 259-261. Cfr., también, STS de 27-6-2006, y SSAAPP de Vizcaya —S. 5.ª—, de 18-1-2005, y Barcelona —S. 15.ª—, de 27-9-2007. Todo lo cual no quita que resulte relativamente frecuente [los inconvenientes derivados de un eventual conflicto de competencia entre el Juzgado de 1.ª Instancia y el de lo Mercantil se vienen resolviendo a favor de este último; cfr. STS 10-9-2012; en la doctrina, vid., en torno a esta cuestión procesal, por todos, ESTEBAN VELASCO, G., en ROJO-BELTRÁN (dir.), *Responsabilidad de los administradores*, págs. 246-248], el ejercicio acumulado de la acción de reclamación de la deuda ante la sociedad junto con la que se ejercita contra el administrador social por responsabilidad extracontractual o por responsabilidad por deudas sociales debida su inactividad a no haber procurado la disolución de la sociedad o la remoción de su causa. Justificando tal proceder, cfr. SSTS de 13-12-2005, 9-3-2006 y 28-11-2006.

¹⁹ Así se apunta en la STS de 27-6-2006 y en la SAP de Córdoba —S. 1.^a—, de 16-2-2001. En este sentido, vid. también las opiniones de SANCHO GARGALLO, I., en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.), *Órganos de las sociedades de capital*, I, pág. 1181; FERNÁNDEZ SEJO, J. M., en ROJO-BELTRÁN (dir.), *Responsabilidad de los administradores*, págs. 618-619 y 623; SACRISTÁN, F. en GUERRA MARTÍN (coord.), *Responsabilidad de administradores de sociedades de capital*, pág. 270. Contrariamente a lo expresado en el texto, vid., entre otros, CAMPUZANO, A., en *Act.Civ.*, 2002-2, págs. 511-512; BRENES CORTÉS, J., en *CCJC*, núm. 58, 2002, pág. 391; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M. I., *Responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, pág. 151.

²⁰ Hay numerosas SSTs que recalcan ese entendimiento amplio del concepto de cese. Cfr., entre otras, SSTs de 18-12-2007, 3-10-2008, 4-12-2008 y 1-4-2009. En la doctrina, vid., por todos, MARÍN DE LA BÀRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad*, pág. 240.

²¹ Entre estas últimas cabe destacar los supuestos de la apertura de la fase de liquidación en el concurso de la sociedad (art. 145.3 LCo), de la inscripción registral de las operaciones de modificación estructural que implican la extinción de la sociedad de la que se ostenta el cargo de administrador (fusión, escisión total), o de la sustitución como medida disciplinaria o de intervención adoptada en los subtipos sociales sometidos a un específico régimen de supervisión administrativa (en el sector de la banca, del seguro, en las competiciones deportivas profesionales de ámbito estatal, etc.).

²² En el caso de una persona jurídica administradora, esa relación se termina cuando se sustituye a esa persona jurídica al frente de la administrada, no cuando se procede a un cambio en la persona física encargada de representarla. Así lo corrobora el tenor del nuevo artículo 212 *bis* TRLSC (introducido por el art. primero.doce de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), que asegura la continuidad del vínculo formal entre la sociedad y su administradora pese a la revocación del representante de esta última.

²³ No se olvide que el demandado que alega la prescripción de la acción carga con la prueba del cese y de la fecha en que tuvo lugar, prueba que, caso de ser documental, se regirá por lo dispuesto en los artículos 317 a 334 LEC y 1218, 1225 y 1227 del Código Civil. De ahí que haya autores que recalquen que el plazo se computa desde el cese, *siempre que quede constancia fehaciente del mismo*. Vid., entre otros, SANCHO GARGALLO, I., en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.), *Órganos de las sociedades de capital*, I, pág. 1173.

²⁴ Es preciso resaltar que, en puridad, el cese por dimisión tiene lugar desde el instante en queda constancia de que tal renuncia se ha producido, si bien es cierto que su eficacia *inter partes* (a la postre, determinante) queda condicionada a la recepción de la noticia por la sociedad (art. 147.1.1.º y 2.º RRM). E, igualmente, sin perjuicio de que, para su eficacia frente a terceros (esto es, para que se considere que la actuación del cesante ya no vincula a la sociedad), haya que probar su conocimiento efectivo o esperar a la inscripción en el Registro Mercantil y la posterior publicación de tal hecho en el BORME, para las que se requerirá, en su caso, acreditar haber adoptado las medidas conducentes a evitar que la sociedad entre en una situación de *acefalía estructural*. No obstante, hay que reconocer que la doctrina se inclina mayoritariamente por considerar que el conocimiento de la sociedad —no tanto su aceptación, cuya virtualidad debe reconducirse a una posible relevación de la exigencia de responsabilidad por las circunstancias en que se produce tal cese y en que deja a la entidad— no solo juega como presupuesto de eficacia *inter partes*, sino que marca el instante mismo del cese y de la extinción del vínculo. Vid., entre otros, POLO SÁNCHEZ, E., en URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA (dir.), *Com.Sociedades mercantiles*, T. VI, pág. 342; GARRIDO ESPA, L., en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.), *Órganos de las sociedades de capital*, I, págs. 720-729. Problema añadido al anterior es el relativo al instante en que cabe considerar comunicada a la sociedad la dimisión formalizada ante notario si el órgano de administración queda sin miembros como consecuencia del cese. En estos casos no juega el artículo 235 TRLSC ni, en consecuencia, parece cobrar eficacia la comunicación fehaciente a que alude el artículo 147.1 RRM; por lo tanto, habrá que entender que la comunicación ha de efectuarse directamente a los socios (en cuanto integrantes del único órgano social operativo) y se considerará producida, a falta

de una notificación *ad hoc* a cada uno de ellos, mediante el anuncio de convocatoria de la junta general que incluya como punto del orden del día el nombramiento de administradores en sustitución de los cesados (cfr., sobre este asunto, la RDGRN de 3-1-2011).

²⁵ Así, por ejemplo, se tratará de una nota marginal extendida de oficio cuando sea por caducidad del cargo (art. 145.3 RRM) o en caso de disolución de pleno derecho (art. 238 RRM). Será el asiento de cancelación de la sociedad extinguida en caso de modificación estructural (art. 233 RRM). En los casos de renuncia o separación del cargo se tratará de un verdadero asiento de inscripción *stricto sensu* (arts. 147.1 y 148 RRM).

²⁶ Con la expresión *sin solución de continuidad* se pretende significar que, en nuestra opinión, debe haber un nuevo nombramiento antes o al momento de caducar el periodo para el que fuera anteriormente nombrado. Si hay una interrupción en el curso de la relación de servicios entre la sociedad y el administrador, bien porque la reelección se produce transcurrido un tiempo desde la caducidad (mientras ostentaba el cargo de gestor *en funciones*), bien tras intercalar el nombramiento de otro administrador, debiera considerarse que hay cese a efectos del ejercicio de acciones de responsabilidad por hechos o actuaciones llevadas a cabo durante el anterior mandato, aunque su planteamiento ante los Tribunales coincida en el tiempo con el desempeño del cargo de nuevo.

²⁷ Así, cfr. SSTs de 3-10-2008, 12-2-2009, 11-3-2010, 15-7-2010, 11-11-2010, 23-11-2010, 4-4-2011 y SSAAPP de Valencia —S. 9.^a—, de 3-4-2000; Guipúzcoa —S. 3.^a—, de 30-6-2000, y Murcia —S. 4.^a—, de 9-10-2006. Contra, SAP de Córdoba —S. 1.^a—, de 16-2-2001 (FJ 3.^o). Vid., también, GARRIDO ESPA, L., en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.), *Órganos de las sociedades de capital*, I, págs. 719-720.

²⁸ Sobre este supuesto de hecho, vid. las consideraciones efectuadas por FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., en ROJO-BELTRÁN (dir.), *Responsabilidad de los administradores*, págs. 620-622.

²⁹ Tampoco puede considerarse sustituido al «sustituto», pues su nombramiento deviene nulo igualmente por resultar contradictorio con el contenido de la sentencia estimatoria de la impugnación y traer causa del acuerdo declarado nulo. Los daños ocasionados por este sustituto al frente de la gestión en el interim podrán reclamarse, si acaso, como si de un *administrador de hecho* o de un *factor notorio* se tratara.

³⁰ El problema podría venir dado en caso de que la firmeza de la sentencia estimatoria llegara más allá del transcurso del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad contra el administrador inicialmente cesado. Naturalmente, la firmeza de la declaración de nulidad del acuerdo de separación debe tener algún tipo de incidencia sobre el alcance de los efectos de la resolución judicial que hubiera dictado con anterioridad la prescripción de la acción de responsabilidad.

³¹ En este sentido, de la STS de 26-10-2004 parece desprenderse que el acuerdo de separación se reconvierte en una renuncia al cargo si dicho acuerdo fue aceptado expresamente (o incluso no votado en contra) por el cesado. Así, por ejemplo, si lo que se impugna no es el acuerdo de separación, sino uno de ejercicio de la acción de responsabilidad (que acarrea la separación), el administrador cesado puede renunciar al cargo (para que comience el cómputo del plazo por otras eventuales reclamaciones) pero mantener viva la impugnación del acuerdo concerniente al ejercicio de la acción de responsabilidad. E igual podría suceder con la impugnación de otros acuerdos que llevan consigo el cese del administrador (v.gr.: del acuerdo de disolución de la sociedad y apertura fase liquidación).

³² Todo ello aparte de la eventual responsabilidad de los antiguos administradores por su falta de colaboración con los liquidadores (art. 374.2 TRLSC). Cfr., en tal sentido, la STS de 26-11-1990. Un criterio diferente al que mantenemos se sostuvo, en cambio, en la SAP de Madrid —S. 18.^a—, de 9-2-2005. Igual sucedería en caso de reactivación de la sociedad, por cuanto se trata de una operación que no supone reponer al administrador cesado en su cargo de nuevo, sino en volver a nombrar a alguien, sea o no el mismo sujeto que a consecuencia de la decisión de disolución había cesado (art. 242.2.4.^o RRM).

³³ Por citar la regla aplicable de mayor relevancia, es preciso recordar que el régimen de responsabilidad de los liquidadores ante la sociedad se rige por lo dispuesto en los artículos

336 y sigs. TRLSC para los administradores, dado que la responsabilidad a que alude el artículo 397 TRLSC se refiere solo a la que pudieran reclamar *socios* o *acreedores* por los daños que los liquidadores pudieran causarles *directamente* sobre su patrimonio, una vez extinguida la sociedad. Sería, por tanto, una traslación de la acción individual prevista en el artículo 241 TRLSC al contexto de la sociedad liquidada. En cualquier caso, tanto si se trata de la acción *social* durante la liquidación como de la *individual* una vez finalizada, el plazo de prescripción debiera ser, conforme a la doctrina uniformadora del TS, el previsto en el artículo 949 del Código de Comercio, por más que, en el caso de la responsabilidad ante socios y acreedores, tal solución pueda resultar poco convincente, habida cuenta de que la posibilidad de reclamar de los socios por la afloración de pasivos (que constituiría una base más que fundada para que estos se dirigieran luego contra los que fueron liquidadores) no tiene fecha propia de expiración, según el artículo 399 TRLSC (mejor dicho: tendría el plazo de prescripción correspondiente a la concreta deuda social cuyo pago se reclama). Esta paradoja es resaltada por PILOÑETA, L. M., «Exigencia de responsabilidad a los liquidadores tras la cancelación de la sociedad (art. 397)», en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo II, Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2011, págs. 2728 y 2729.

³⁴ Cfr., a este respecto, las SSTs de 25-3-2008, 14-4-2009, 15-2-2011, 21-3-2011 y 23-6-2011. Por su claridad expositiva, cfr. asimismo, la SAP de Madrid —S. 28.ª—, de 12-7-2012. Vid. los comentarios de SANJUÁN, E., en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.), *Órganos de las sociedades de capital*, I, págs. 1135-1136.

³⁵ Ya expusimos en la nota I nuestras reservas a esa integración sin matices de la figura de quien ha de ocuparse de una gestión meramente conservativa de la sociedad, como un *administrador en funciones*, en el *interim* que transcurre hasta su relevo formal en el cargo, en el catálogo (de contornos imprecisos, todo hay que decirlo, ante la ausencia de una norma legal que explícitamente lo delimite) de los *administradores de hecho*. Tal vez por encontrar algún hilo de conexión entre ambos conceptos no resulta infrecuente que se acuda en estas resoluciones al dato (a mi juicio, poco significativo, cuando no forzado por las circunstancias del caso) de que el administrador continúe representando a la sociedad en litigios pendientes de resolución firme tras su *cese formal* (cfr. SSTs de 14-4-2009, 23-11-2010, 15-2-2011 y 23-6-2011; se afirma, en este sentido, que se constata una *continuidad si existe un proceso abierto en el que es parte la sociedad*). En cualquier caso, es evidente que sin tal artificio (o artificios: primero, estimar que sigue siendo *administrador de hecho* quien solo está facultado para realizar una gestión puramente conservativa a la espera de su relevo; segundo, demorar el instante que da comienzo al plazo de prescripción al considerar que hasta que no se deja ese ejercicio *en funciones* no hay verdadero *cese* en sentido jurídico a estos efectos) hubiera habido que resolver en estos casos que la acción estaba prescrita y que, por tanto, ninguna reclamación cabía contra quienes, a todas luces, habían provocado un perjuicio al demandante durante la vigencia de sus cargos.

³⁶ En una dirección similar a la expuesta, estimamos acertados determinados razonamientos del TS (cfr. SSTs de 4-12-2008, 14-4-2009) en los que parece admitirse que, en cuanto la falta de diligencia que comporta la ausencia de inscripción del cese pueda condicionar la conducta de terceros confiados en la apariencia registral, sería posible exigir responsabilidad de los administradores dimisionarios o caducados, pero al margen de la que cabe reclamar durante la vigencia formal del cargo, cuya prescripción comienza desde la fecha del cese (o, en la línea seguida por la jurisprudencia, desde la inscripción en el Registro Mercantil).

³⁷ Antes de la promulgación del TRLSC, y de que, por tanto, se extendieran a las sociedades anónimas, en virtud de su artículo 171, las medidas extraordinarias establecidas para las sociedades de responsabilidad limitada por el artículo 45.4 LSRL en materia de convocatoria de una junta general dirigida al nombramiento de administradores en caso de vacantes, la tesis también podía jugar para aquellas en los casos de *acefalía funcional* o de órgano simplemente inoperativo. Para una explicación sintética, pero muy esclarecedora, del cambio legislativo operado en esta materia y del diferente tratamiento que merecen en la actualidad los supuestos de *acefalía estructural y funcional*, cfr. RDGRN de 2-8-2012.

³⁸ Así ocurriría, por ejemplo, si, pese a los reiterados intentos por parte del administrador cesado por procurar el nombramiento de un sustituto por la junta general (procediendo a la convocatoria de la junta en sucesivas ocasiones), esta no llega a constituirse por falta de *quórum*, no alcanza acuerdo alguno al respecto o los designados no aceptan el cargo. Insistimos en que, pese a que la formulación general de esta toma de postura no repara en tales matices, las resoluciones que la aplican sí que los tienen muy presentes. Valga como ilustración la STS de 23-6-2011.

³⁹ Adviértase que la DGRN viene exigiendo como carga para la admisión de la inscripción del cese por renuncia que el dimisionario acredite haber convocado la junta general para el nombramiento de un sustituto (cfr., entre otras, RRDGRN de 24-3-1994, 23-5-1997, 30-6-1997, 2-10-1999, 22-9-2000, 15-1-2002 y 3-1-2011), lo que, ante una situación de acefalía estructural como la que concurre, no viene sino a servir de cauce para asegurar que el cese tiene efectos *inter partes*, por haber llegado a conocimiento de la sociedad. De igual modo que se ha admitido, bien es cierto que limitada a los casos de *caducidad reciente*, la convocatoria de junta con el nombramiento de nuevo administrador como punto del orden del día realizada en funciones por quien tiene su cargo caducado (cfr. RDGRN de 13-5-1998; en la jurisprudencia, cfr. SSTs de 27-10-1997, 5-7-2007 y 9-12-2010). En cualquier caso, tanto en uno como en otro supuesto, estas cautelas no aseguran una regularización efectiva del órgano de administración social y la eliminación de la situación de acefalía.

⁴⁰ Así, puede que la junta convocada al efecto no designe sustituto o el nombrado no acepte. O que el nombramiento del sustituto fuera impugnado y declarado nulo por sentencia firme.

⁴¹ La frase entrecomillada se extrae del Fundamento Jurídico 3.º de la STS 11-11-2008, aunque se reitera a menudo por el Alto Tribunal. Una muy buena explicación resumida de los criterios seguidos por el TS en la aplicación de este principio puede verse en la jurisprudencia menor, en la SAP de Madrid —S. 28.ª—, de 14-6-2012; vid., asimismo, SANJUÁN, E., en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.), *Órganos de las sociedades de capital*, I, págs. 1112-1113. Cfr., también, las SSTs de 13-12-2005 y 14-3-2007 y las SSAP de Vizcaya —S. 3.ª—, de 13-11-2003 y 6-10-2004.

⁴² Se viene a argumentar, de este modo, que el daño *directo* que requiere el actual artículo 241 TRLSC (anterior art. 135 TRLSC: *acción individual* de responsabilidad) solo se exteriorizó realmente años después del cese en el cargo del administrador y del inicio de la secuencia de acontecimientos desencadenantes de la definitiva consolidación del daño causado al acreedor, es decir, cuando se corroboró la completa insuficiencia patrimonial de la sociedad. Cfr., en este sentido, la STS de 11-11-2008.

⁴³ En particular, merece la pena detenerse en este punto en una serie de resoluciones que acuden al criterio de la *actio nata* forzadas por las circunstancias derivadas de que, con anterioridad a la demanda, no había sido posible disponer de datos de los que extraer la paupérrima situación económica de la sociedad a que había llevado el abandono por parte de sus administradores (cfr. STS de 11-11-2008; en la jurisprudencia menor, cfr. SSAAPP de Vizcaya —S. 4.ª—, de 19-11-1998, y Castellón —S. 3.ª—, de 7-12-1999). Se trata de supuestos en que se ejercitan pretensiones de reparación de un daño directo causado a un acreedor social (*acción individual* de responsabilidad, bajo el actual art. 241 TRLSC) o de liquidación de deudas sociales impagadas (acción por no promoción de la disolución o de la remoción de su causa, bajo el actual art. 367 TRLSC) bastantes años después del cese de los administradores. Resulta curioso observar cómo la preterición del dictado del artículo 949 del Código de Comercio solo se dicta a efectos del *dies a quo* para el cómputo del plazo (normalmente, en estas resoluciones el precepto sí que se aplica en lo que se refiere al plazo cuatrienal de duración, adoptando de este modo el criterio —mucho más coherente, pero inexistente aún en nuestro Derecho positivo— que sigue el artículo 133, *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles* aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación con fecha 16 de mayo de 2002: *cuatro años a contar desde el día en que hubieren podido ejercitarse*). En cualquier caso, tal medida se fundamenta en una premisa: antes del transcurso de los cuatro años desde el cese de los administradores ni

se había declarado por sentencia firme el importe de las deudas pendientes de pago por la sociedad ni había sido posible, razonablemente, apreciar desde fuera de la sociedad la extremadamente delicada situación social producto del abandono a que se había sometido. De ahí que, ante la absoluta incompatibilidad entre el punto de partida del plazo previsto por la Ley y el instante en que, a lo menos, podía considerarse al demandante en condiciones de plantear su demanda, se prefiere acudir a este último criterio. Claro que, aparte de la oportuna y censurable mutilación (criticada también por RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M. I., *Responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, págs. 107-108 y 148) que, en pro de una presumible justicia material, se produce en la aplicación de una norma vigente de nuestro Ordenamiento Jurídico (art. 949 CCom.), conforme el propio Tribunal Supremo ha llegado a consolidar como *doctrina legal*, lo que resultaría más que dudoso es que, de verdad, en todos estos casos no hubieran saltado a la luz con anterioridad suficientes datos objetivos como para que el actor apreciara la situación que atravesaba la sociedad y el detrimento que venía padeciendo su expectativa de cobro de su crédito. Aparte de que resulte más que discutible que sea preciso, en todo caso, esperar a la obtención de un previo pronunciamiento de condena contra la sociedad y a una ejecución infructuosa de sus bienes para poder concretar los perjuicios a reclamar del administrador por responsabilidad extracontractual (cfr. SSTS de 30-11-2005, 14-3-2007 y la SAP de Madrid —S. 18.ª—, de 12-2-1999).

⁴⁴ En una línea de argumentación similar, cfr. SAP de Barcelona —S. 15.ª—, de 27-9-2007.

⁴⁵ Cfr. SSTS de 1-6-2009. La necesidad de apreciación de la imposibilidad de ejercicio de la acción *con carácter objetivo* representa una constante desde hace décadas; cfr. SSTS de 24-9-1965, 12-2-1970, 22-3-1971, 13-11-1972 y 19-11-1973. Así, también, SANJUÁN, E., en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.), *Órganos de las sociedades de capital*, I, pág. 1137.

⁴⁶ De una manera similar lo explica la SAP de Pontevedra —S. 2.ª—, de 30-5-2000, cuando advierte en su Fundamento Jurídico 2.º que: «*En tales circunstancias es claro que no ha transcurrido el plazo prescriptivo previsto en el artículo 949 del Código de Comercio, cuyo cómputo habría de iniciarse desde el cese válidamente producido de los Administradores en el ejercicio de sus funciones, o subsidiariamente, desde que se tuvo conocimiento del perjuicio, si este tuviese lugar con posterioridad al cese, conocimiento que habría de equipararse al de la insuficiencia del patrimonio social cuando requerido judicialmente en apremio no se hace efectivo el cobro*». Así lo sostiene igualmente POLO SÁNCHEZ, E., en URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA (dir.), *Com.Sociedades Mercantiles*, T. VI, pág. 329; SANJUÁN, E., en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.), *Órganos de las sociedades de capital*, I, págs. 1131 y 1137; ESTEBAN VELASCO, G., en ROJO-BELTRÁN (dir.), *Responsabilidad de los administradores*, págs. 242-243. Y lo sostenían algunos miembros de la doctrina bajo la LSA 1951; vid., entre otros, SUÁREZ LLANOS, J., «Responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas», en *ADC*, 1962, págs. 930-931; CERRO, E., «Ejercicio por los accionistas de la acción de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas», en *RDP*, 1970, pág. 627 Distinta era, sin embargo, la opinión de GARRIGUES, J., en GARRIGUES y URÍA, *ComLSA*, II, pág. 192.

⁴⁷ Bien es cierto que se ha llegado a afirmar en este punto que el *dies a quo* pasaría a ser el derivado de la aplicación del criterio de la *actio nata*, en vez del que resultaría del artículo 949 del Código de Comercio. Así, GIMENO-BAYÓN, R. y ORELLANA, N., «La responsabilidad de los administradores (I). Comentario el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas», en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.), *Órganos de las sociedades de capital*, I, pág. 997.

⁴⁸ De ahí nuestras reservas expuestas en la nota 43 al acierto de las resoluciones que han prescindido del *dies a quo* del artículo 949 del Código de Comercio para inclinarse por el criterio de la *actio nata*.

Es necesario hacer notar, por otra parte, que los Tribunales vienen sentando una *doctrina legal* conforme a la que la *fijación del dies a quo* y el transcurso del plazo de prescripción se consideran *cuestiones de hecho* que corresponde probar a quien las alega y que compete dilucidar al Tribunal de instancia, por lo que únicamente pudiera revisarse por el alto Tribunal en caso de que la valoración llevada a cabo por esa instancia se revelara manifiestamente

arbitraria, incongruente o absurda. Cfr. SSTs de 21-5-1992, 14-2-1994, 6-3-2006, 9-3-2006, 26-6-2006 y 3-10-2008. Bien es cierto que la palabra *fijación* debe ser entendida en sus justos términos, para referirse exclusivamente a la determinación de la fecha exacta en la que situar, para cada *litis* concreta, el punto de inicio del cómputo del plazo de prescripción de una acción (v.gr.: el día en que se entiende producido el cese del administrador). No así a la decisión en torno a cuál es ese punto de referencia aplicable con carácter general para el tipo de acción que se ejercita (v.gr.: el cese del administrador o la verificación del daño). En este caso debiéramos estar, sin duda alguna, ante una cuestión estrictamente jurídica.

⁴⁹ Cfr. SSTs de 26-6-2006, 3-7-2008, 4-12-2008, 1-4-2009, 14-4-2009, 11-3-2010, 15-4-2010, 18-5-2010, 11-11-2010, 15-2-2011, 21-3-2011 y 23-6-2011.

⁵⁰ Se toma del Fundamento Jurídico 3.º de la STS de 15-4-2010.

⁵¹ Sin embargo, no hemos encontrado resoluciones que se refieran al ejercicio de la acción *social* de responsabilidad, aunque, lógicamente, dada la identidad del titular de la acción (la sociedad a cuyo nombre figura la hoja registral), no parece razonable que quepa plantearse siquiera la aplicación de esta *doctrina legal*.

⁵² Cfr. STS de 26-6-2006, en la que se llega a decir, en su Fundamento Jurídico 6.º: «*a*) En el plano sustantivo, esta Sala ha declarado que la falta de inscripción en el Registro Mercantil del cese del administrador no comporta, por sí misma, la ampliación del lapso temporal en el que deben estar comprendidas las acciones u omisiones determinantes de responsabilidad, pues la imposibilidad de oponer a terceros de buena fe los actos no inscritos en el Registro Mercantil (art. 21.1 CCom, en relación con el artículo 22.2 CCom) no excusan de la concurrencia de los requisitos exigibles en cada caso para apreciar la responsabilidad establecida por la Ley. Únicamente cabe admitir que la falta de diligencia que comporta la falta de inscripción puede en algunos casos, especialmente en supuestos de ejercicio de la acción individual del artículo 135 LSA, constituir uno de los elementos que se tengan en cuenta para apreciar la posible existencia de responsabilidad, dado que la ausencia de inscripción pueda haber condicionado la conducta de los acreedores o terceros fundada en la confianza en quienes creían ser los administradores y ya habían cesado». Conviene advertir, con todo, que esta idea (que sostiene el TS sin perjuicio del tratamiento, ya comentado *supra*, que llegue a dispensar al administrador en los casos de caducidad o dimisión que deja la sociedad en situación de *acefalía estructural*) no siempre ha sido pacífica. Vid., sin ir más lejos, GARRIGUES, J. (en GARRIGUES y URÍA, *ComLSA*, II, págs. 115-116), para el que el administrador debía apresurarse a inscribir su cese si quería eludir seguir respondiendo frente a terceros; y ello incluso en los supuestos de separación y caducidad del cargo, en que la obligación de inscribir en nombre de la sociedad recaía sobre los sustitutos o sobre los administradores no cesados. Bajo el régimen actual, en relación con la responsabilidad por deudas recogidas en el artículo 367 TRLSC, SACRISTÁN, F. [en GUERRA MARTÍN (COORD.), *Responsabilidad de administradores de sociedades de capital*, págs. 265-266] opina que el administrador cuyo cese no ha sido inscrito tiene la posibilidad de eludir su responsabilidad si prueba dicho cese y que la falta de inscripción no le resulta imputable.

⁵³ Cfr., entre otros, SSTs de 26-6-2006, 3-7-2008, 4-12-2008, 14-4-2009, 11-3-2010 y 11-11-2010. Siguiendo con el Fundamento Jurídico 6.º, la STS de 26-6-2006: «*b*) En el plano procesal, distinto es el efecto que debe atribuirse a la falta de inscripción en el Registro Mercantil del cese del administrador a efectos del cómputo del plazo de prescripción de la acción tendente a exigir su responsabilidad. Debe entenderse que, si no consta el conocimiento por parte del afectado del momento en que se produjo el cese efectivo por parte del administrador, o no se acredita de otro modo su mala fe, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la inscripción, dado que solo a partir de entonces puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su desconocimiento».

⁵⁴ Tanto es así que en algunos de los recursos de casación resueltos en este sentido se planteaba, además, un *error en la valoración de la prueba* (cuestión, como se sabe, a determinar en la instancia, salvo que resultara notoriamente *injusta, arbitraria o ilógica*),

por considerar el condenado recurrente que se había llegado a acreditar que el demandante conocía efectivamente su cese como administrador (cfr. SSTs de 15-4-2010 y 18-5-2010).

⁵⁵ Cfr., entre muchas otras, las SSTs de 3-12-1993 (en un caso de indeterminación en torno a la fecha que debe servir como *dies a quo* del plazo) y 14-2-1994 (en un caso de daños de realización continuada, en que se extendía el inicio del cómputo del plazo hasta que se conocieron de modo definitivo los efectos del quebranto ocasionado).

⁵⁶ Quizá quepa reseñar la opinión favorable a esta doctrina de MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad*, pág. 241; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., «Responsabilidad de los administradores y Registro Mercantil (SSAP de Barcelona, de 5 de octubre y 12 de diciembre de 1995)», en RODRÍGUEZ ARTIGAS (dir.), *Derecho de Sociedades, I. Comentarios de jurisprudencia*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2010, págs. 1939 y 1941. La solución fue ya apuntada bajo la vigencia de la LSA de 1951 por CERRO, E., en *RD*, 1970, págs. 626-627.

⁵⁷ Nótese que, con la interrupción de la prescripción, se prolonga ese periodo de exposición sin que necesariamente intervenga la voluntad del eventual demandado. Bien es cierto que, al menos, el administrador cesado siempre puede llevar un seguimiento puntual de la duración de ese periodo y del momento de su finalización.

⁵⁸ Cfr., en este sentido, la SAP de León de 28-1-1994, que niega la significación del acceso registral del cese a efectos del cómputo del plazo de prescripción en una acción social de responsabilidad, si bien señala como *dies a quo* el del *cese real o de hecho* de los administradores. En este sentido, también, SANJUÁN, E., en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.), *Órganos de las sociedades de capital, I*, págs. 1134-1135. En la línea señalada en el texto, vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M. I., *Responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, pág. 147 (si bien estos autores extienden el argumento a la acción individual ejercitada por un socio).

⁵⁹ En la línea expuesta, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M. I., *Responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, págs. 134-137 (nota 288) y 145-146; GARRIDO ESPA, L., en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.), *Órganos de las sociedades de capital, I*, págs. 710-711, 714-715 y 729-730. Así, en caso de caducidad del nombramiento, no parece que deba admitir discusión (a tenor de lo dispuesto por los arts. 222 TRLSC y 145 RRM) que el cese deberá entenderse producido, automáticamente, cuando se hubiera reunido la junta general o a la finalización del plazo para celebrarse la junta general ordinaria siguientes al transcurso del plazo para el que fueron designados: cfr. SAP de Barcelona —S. 15.ª—, de 8-9-2009. Sin embargo, el TS viene sosteniendo, muy discutiblemente a nuestro parecer, sobre la base de una distinción (algo oscura, especialmente si se tiene en mente el tenor literal de los arts. 222 TRLSC y 145.1 RRM) entre *la publicidad del tiempo por el que los administradores han sido designados* y *la publicidad de la caducidad del cargo*, que, en estos casos, no basta con el transcurso del plazo para celebrar junta ordinaria posterior al periodo de duración establecido en los estatutos sociales, sino que es preciso que tal caducidad se asiente en la hoja registral de la sociedad mediante nota marginal para que se entienda producido el cese a estos efectos. Cfr. SSTs de 21-3-2011 y 15-2-2011. Reproducimos, a modo de ilustración, un pasaje del Fundamento Jurídico 2.º de la STS de 21-3-2011 (en el que también destaca el recurso a la escisión entre el *cese formal* y el *cese efectivo* criticado *supra*, III.3): «1) No puede identificarse la publicidad del tiempo por el que los administradores han sido designados con la publicidad de la caducidad del cargo, ya que esta es un efecto que no tiene por qué ser conocida por legos que tan solo conocerán el tiempo para el que fue designado el administrador, pero no las consecuencias que derivan de su transcurso. [...] 2) No puede equipararse la “caducidad del cargo” con el “cese efectivo”, ya que son dos cosas diferentes y nada impide que el administrador continúe de hecho una vez transcurrido el plazo previsto en el artículo 126 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en las fechas en las que se desarrollaron los hechos, y hoy en el artículo 221.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital». Más acertada nos parece, por lo tanto, una decisión como la adoptada por la SAP de Tarragona —S. 3.ª—, de 5-11-2002, en cuyo Fundamento Jurídico 3.º se dice: «por lo que cuando lo que ha tenido

lugar es un cese por caducidad de su nombramiento, ha de concluirse que y en tanto al menos y en el mejor de los casos, desde el día 30-6-97 —teniendo facilidad de conocer tal situación con solo haber acudido al Registro Mercantil— pudo la ahora apelante ejercitar la correspondiente acción, el 18-7-01 estaba aquella prescrita al no constar haberse realizado desde el 30-6-97 por los demandados ningún acto propio de su cargo». Adviértase, por otro lado, que, frente a lo que pudiera pensarse (y se recalca en los encabezados y resúmenes de algunos repertorios de jurisprudencia), la STS de 13-1-2010 no viene a contradecir esta tesis, por más que en su Fundamento Jurídico 3.º llegue a decir que «no es necesaria la publicidad registral del cese del administrador para la efectividad del mismo y, al fin, para que comience a correr el plazo de prescripción establecido en el artículo 949 del Código de Comercio». Téngase presente que en el fondo de la respuesta al supuesto de hecho de que trata esta sentencia latía la aplicación automática del efecto de la disolución de pleno derecho de la sociedad previsto legalmente en virtud de la Disposición Transitoria 6.ª TRLSA, que había de jugar a 31-12-1995 con independencia de la fecha de publicación en el BORME de la cancelación de los asientos.

⁶⁰ Cfr., las SSTs citadas *supra*, en nota 53.

⁶¹ Hay que reseñar, no obstante, que algunas de las resoluciones que siguen esta *doctrina legal*, así como el inicio de su formulación en sí, se adoptaron aplicando el régimen vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 19/1989, de 25 de julio. Vid., al respecto de las consideraciones efectuadas en el texto, por todos, GÓMEZ SEGADÉ, J. A., «La publicidad de las sociedades de capital: la reforma del Derecho Registral Mercantil», en ROJO (dir.), *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid (Civitas), 1987, págs. 33-36; PAZ-ARES, C., «La reforma del Registro Mercantil», en *BIMJ*, núm. 1556 (1990), pág. 473; GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J., «La eficacia de la publicidad del Registro Mercantil en la Primera Directiva del Consejo sobre sociedades», en GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE (coord.), *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid (Marcial Pons), 1995, págs. 1184-1185; PAU PEDRÓN, A., *La publicidad registral*, Madrid (Centro de Estudios Registrales), 2002, págs. 339-342.

⁶² Conviene, en este punto, hacer una alusión crítica a otro argumento relativamente común en resoluciones y artículos doctrinales que describen y, en su caso, justifican esta tesis: se trata del consistente en fundamentar la negativa a la posibilidad del administrador demandado de hacer valer su cese no inscrito, no en la inoponibilidad de tal hecho, sino en la presunción de *exactitud* del RM que deriva de la aplicación del principio de igual nombre (o principio de *legitimación*). Se viene a decir de este modo que, al no estar inscrito el cese, rige el nombramiento del administrador como dato de cuya veracidad debe partirse mientras no se produzca la declaración judicial de su inexactitud.

El argumento debe ser matizado, en nuestra opinión. Cuando se habla en el ámbito registral mercantil de *inexactitud* del contenido del Registro y de *inoponibilidad*, estamos en puridad [y pese al entendimiento amplio de la *inexactitud* que parece derivar de los arts. 39 y 40 LH, a efectos de *acciones de rectificación* del contenido del Registro; vid., en este sentido, GARRIDO ESPA, L., en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.), *Órganos de las sociedades de capital*, I, págs. 733-737; en el ámbito hipotecario, más ampliamente, ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, 8.ª ed., Barcelona (Bosch) 1995, T. II, págs. 172-180, y T. III, págs. 202-207], en presencia de conceptos muy estrechamente relacionados, pero diferentes, relativos a planos distintos, aunque encadenados sucesivamente. Si el cese de un administrador no se inscribe, la situación jurídica derivada de su nombramiento (sí inscrito) no es, en puridad, *inexacta* (en el sentido de opuesta a la presunción de exactitud que recae sobre el contenido del asiento), sino, si se quiere, *discrepante con la realidad*, *incompleta*, o *falta de actualización o de integridad*, por haberse visto *superada* por la existencia (extrarregistral, por el momento) de dicho cese. La *inexactitud stricto sensu* afecta a la validez y veracidad de lo inscrito (art. 20 CCom.), y no se corrige con un asiento posterior de significación contraria que se apoye en el pretendidamente inexacto (que indique la pérdida de vigencia de su contenido), sino obteniendo una declaración judicial que declare nulo el asiento y lo elimine [vid., sin embargo, sosteniendo que la exhibición en el tráfico mercantil de una escritura, no

inscrita, de revocación de un poder destruye la presunción de legitimación, ESTURILLO LÓPEZ, A., *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de la legislación mercantil societaria*, Madrid (Centro de Estudios Registrales), 1993, págs. 259-260 y 281-282]. Por lo tanto, si tal cese no inscrito no se puede hacer valer ante terceros de buena fe no es porque se presume que el contenido del Registro, del que solo se infiere su nombramiento, sea exacto y haya entrado en juego el principio de fe pública *ex* artículo 20.2 del Código de Comercio, sino porque, siendo exacto (la legalidad es presupuesto de la oponibilidad), no se ha procedido a asentar y publicar, como es preceptivo, el acto que enerva la eficacia en lo sucesivo —no la validez— del referido nombramiento: su cese, que por esta razón deviene inoponible. Por lo tanto, la oponibilidad (y su vertiente opuesta, la inoponibilidad) se apoya en la exactitud, pero representa un *plus* respecto de ella, pues se centra en la inscripción (y posterior publicación) o no (o el conocimiento efectivo o no, si no está inscrito) del asiento sucesivo a aquel del que se predica su exactitud, sin discutir esta. Tanto es así que la inoponibilidad del cese no inscrito no se rompe obteniendo la declaración de *inexactitud* del asiento de nombramiento (es más, aunque se obtenga, el tercero de buena fe siempre podrá invocar esa presunción de exactitud en lo favorable), sino probando el conocimiento efectivo de dicho cese por el tercero ante quien se pretende hacer valer. Muy esclarecedoras en este punto resultan las consideraciones efectuadas por GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., «Notas sobre el Reglamento del Registro Mercantil», en *RNNot*, núm. 19, 1958, págs. 296-297 [aunque bajo la vigencia del RRM 1956, en que se consideraba mayoritariamente, sobre la base de una interpretación literal de las normas, que era innecesaria la buena fe del tercero para beneficiarse de la inoponibilidad; postura criticada fundadamente, entre otros, por MENÉNDEZ, A., «La buena fe y el Registro Mercantil», en *Curso de Conferencias sobre Registro Mercantil*, Madrid (Centro de Estudios Hipotecarios), 1972, págs. 172-185].

⁶³ No entraremos en algún que otro argumento empleado por el mismo Alto Tribunal para desvirtuar la tesis del cómputo del plazo a partir de la inscripción del cese en el Registro, y que parece caer por su propio peso, especialmente teniendo presente lo afirmado en la Nota anterior. Nos referimos, en particular, a las afirmaciones (muy discutibles) contenidas en la STS de 22-12-2005, en cuyo Fundamento Jurídico 3.º se llega a sostener: «*Por ello la argumentación de la sentencia apelada que considera como dies a quo para el inicio de la prescripción el de la fecha de la inscripción de la renuncia en el Registro no es adecuada, porque la presunción de exactitud de los asientos registrales es iuris tantum y puede destruirse por prueba en contrario, que es lo que ha ocurrido en esta escritura pública en la que consta la renuncia de uno de los administradores, el recurrente. Por tanto, este momento es el que produce el inicio de la prescripción*».

⁶⁴ Es preciso destacar ante todo la relatividad y equivocidad de la terminología que se suele emplear para la descripción de los efectos sustantivos de la publicidad registral, en especial según el juego de los principios registrales se analice desde una perspectiva hipotecarista o mercantilista. En este sentido, por su indiscutible liderazgo científico y su protagonismo en la reforma emprendida en este sector del Ordenamiento Jurídico, nuestro texto sigue la terminología propuesta por PAZ-ARES, C., en *BIMJ*, 1990, págs. 1308-1310 (especialmente nota*), que concuerda con el que toma el RRM en las rúbricas a los artículos que conforman su Título Preliminar (arts. 1 a 12).

⁶⁵ En efecto, en nuestra opinión el supuesto de hecho que nos ocupa no se ve afectado por la aplicación del artículo 4.2 RRM, en cuyo fundamento se estimara que el administrador dimisionario debía haber inscrito su renuncia y, en consecuencia, por no haberlo hecho, no podría beneficiarse de tal situación [como así parecen entenderlo ÁVILA NAVARRO, P., *El Registro Mercantil*, tomo I, Barcelona (Bosch), 1997, pág. 66; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., en RODRÍGUEZ ARTIGAS (dir.), *Derecho de Sociedades*, pág. 1948]. Aparte de que puede resultar discutible considerar que el cesante está sometido a una obligación (y no a una carga; o, que, simplemente, esté, si acaso, facultado), en ningún caso cabría aplicar esta manifestación del principio, dado que, propiamente, tal sujeto no trataría de beneficiarse de la *falta de inscripción* (esto es, de seguir figurando en la hoja como administrador con el cargo vigente pese

a haber cesado), sino de un hecho no inscrito (el cese) que contradice o enerva los efectos de lo inscrito (la vigencia en el cargo). De ahí que haya que considerar que en ese caso solo estaría en juego el principio de oponibilidad negativa en la manifestación establecida en los artículos 21 del Código de Comercio y 9 RRM.

⁶⁶ En este sentido, con mayor amplitud, por todos, PAU PEDRÓN, A., *Publicidad registral*, págs. 298-300.

⁶⁷ Sobre este particular, valgan, por todos, las observaciones formuladas por GARRIGUES, J., «El Registro Mercantil en Derecho español», en GÓMEZ GÁLLIGO (coord.), *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2009 (también en *RCDI*, núm. 69, 1930, págs. 657-677), pág. 4430; PAU PEDRÓN, A., «El Registro Mercantil», en AA.VV., *Leyes hipotecarias y registrales de España*, tomo V, vol. II, Madrid (Castalia), 1992, pág. 22.

⁶⁸ En torno al alcance de este principio de tipicidad entre los especialistas en Derecho Registral Mercantil, vid., por todos, CASADO BURBANO, P., *Derecho Mercantil Registral*, Madrid (Revista de Derecho Privado), 1992, págs. 87-93 (admitiendo el juego del principio, pero con mayores matices); PAZ-ARES, C., en *BIMJ*, 1990, pág. 1312 (insistiendo en el *inequívoco posicionamiento del reformador* a favor del principio de tipicidad); PAU PEDRÓN, A., en AA.VV., *Leyes hipotecarias*, V, II, págs. 24-25, y *Publicidad registral*, págs. 299-300 y 315-318.

⁶⁹ Respuesta diferente pudiera defenderse, posiblemente, cuando sea el tercero de buena fe el que quisiera apoyarse en la confianza y en las presunciones de exactitud y veracidad que genera el contenido de la hoja potestativamente inscrito por el titular para invocar frente a él la adquisición conforme a Derecho de determinada posición jurídica. Esta invocabilidad, para la que bastaría la inscripción, no ya la publicación en el BORME, constituiría una salvedad que, a la sazón, otorgaría significación jurídica a la categoría de los *actos potestativamente inscribibles*, que, por otro lado, ha quedado bastante desdibujada bajo la legislación en vigor, por tratarse de un número muy escaso de actos que, además, difícilmente resultarían susceptibles de acarrear efectos sustantivos eventualmente favorables para los terceros de buena fe (piénsese, por ejemplo, en los casos de la inscripción del empresario individual o de la revocación de un poder para la realización de un acto concreto ante un determinado tercero). Sobre estas cuestiones, con opiniones no del todo coincidentes, vid., ampliamente, entre otros, GÓMEZ SEGADÉ, J. A., en ROJO (dir.), *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, págs. 38-39; PAZ-ARES, C., en *BIMJ*, 1990, págs. 1305 y 1312-1313; MENÉNDEZ, A., «La primera Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y el Registro Mercantil español», en GÓMEZ GÁLLIGO (coord.), *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2009 [también en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid (Civitas), 1991, págs. 703-727], pág. 4517; PAU PEDRÓN, A., en AA.VV., *Leyes hipotecarias*, V, II, págs. 29, 35 y 54-55; GIMENO y GÓMEZ LAFUENTE, J., en *Estudios Chico*, pág. 1190; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., en RODRÍGUEZ ARTIGAS (dir.), *Derecho de Sociedades*, págs. 1932-1934. Bajo la vigencia del RRM 1956, por todos, OLIVENCIA, M., «La inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil», en *Escritos jurídicos*, Sevilla (Fundación El Monte), 2005 [también en *RDM*, núm. 71 (1959), págs. 61-118], págs. 737-739.

⁷⁰ Esta afirmación, que se halla en realidad implícita en cualquier estudio acerca de los principios registrales, ha sido expresamente advertida por varios autores comentando diferentes textos normativos de sucesiva vigencia. Vid., por todos, GARRIGUES, J. [*Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. 3.º, Madrid (Revista de Derecho Mercantil), 1949, y en GÓMEZ GÁLLIGO (coord.), *Antología*, pág. 4429, donde describía esta situación con su acostumbrada clarividencia: «[R]econocidos en el Derecho moderno los dos aspectos, positivo y negativo, de la publicidad material del Registro, resulta ociosa la cuestión de si el Registro Mercantil favorece al comerciante y perjudica al tercero (efectos positivos), y la no inscripción favorece al tercero y perjudica al comerciante (efectos negativos). Se trata de dos facetas de un mismo principio de publicidad»]; GARCÍA JIMÉNEZ, C., «Los principios registrales en el nuevo Regla-

mento del Registro Mercantil», en *RDN*, 1957, págs. 275-276; PAU PEDRÓN, A., *Publicidad registral*, págs. 297-298, 320, 325-326, 334-335. La propia redacción originaria del artículo 6.5 de la Primera Directiva UE —art. 3.6 en la versión consolidada actual, en virtud de la Directiva 2009/101/CE, de 16 de septiembre de 2009— hacía explícita alusión a estos límites subjetivos en la aplicación del principio de oponibilidad, al excluirla, «*si la sociedad demuestra que estos terceros ya tenían conocimiento...*». En tal sentido, cfr. el artículo 2193 del Código Civil italiano, el § 15.1 HGB alemán o la redacción del artículo 43 Decreto 67/237, de 23 de marzo de 1967, por el que se incorporaba originariamente dicha Directiva a la legislación francesa (actualmente derogado).

⁷¹ Por ejemplo: si para alegar la no inscripción del cese, debe tratarse de un tercero que haya contratado con la sociedad a través de administrador inscrito pero no cesado según el Registro. Discusión en la que se advierte cierta división doctrinal y judicial. Cfr. SSAAPP de Barcelona —S. 15.^a—, de 5-10-1995 y 12-12-2005 (que la limitan al que mantiene relaciones, aunque con un voto particular); vid., en la doctrina, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., [en RODRÍGUEZ ARTIGAS (dir.), *Derecho de Sociedades*, págs. 1930-1931] quien opta por una respuesta negativa y acorde con las referidas resoluciones. Contraria es la opinión de ESTURILLO LÓPEZ, A., *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil*, pág. 295; PAU PEDRÓN, A., en AA.VV., *Leyes hipotecarias*, V, II, pág. 38. En esta última dirección, comentando el RRM de 1956, GARCÍA JIMÉNEZ, C., en *RDN*, 1957, págs. 275-276 (nota 95).

⁷² Adviértase que, comoquiera que el Registro Mercantil tiene como uno de sus cometidos fundamentales servir como instrumento de publicidad material en la identificación de las masas patrimoniales que responden por deudas derivadas del ejercicio de la actividad de los empresarios inscritos, dentro del polo de actuación correspondiente al titular de la hoja registral hay que considerar también integrados, en su caso, a los titulares de esos otros patrimonios eventualmente responsables, en cuanto pueden limitar (y oponer a terceros de buena fe, desde la publicación en el BORME) el alcance objetivo y (o) temporal de la afección de su patrimonio mediante determinados actos inscribibles: el cónyuge del empresario individual casado en régimen económico de gananciales o cualquier otro del que deriven *bienes comunes*, el socio colectivo (también, por tanto, el administrador de la sociedad comanditaria por acciones) o el miembro de la agrupación de interés económico.

⁷³ Naturalmente, el supuesto de la falta de inscripción en caso de dimisión o renuncia al cargo es el que merece un mayor reproche en este punto, toda vez que el RRM autoriza —que no obliga— al cesionario a procurar el acceso registral de su decisión. Un buen ejemplo de dicho estado de opinión se encuentra en las palabras contenidas en el Fundamento Jurídico 4.º del Voto Particular formulado por el señor Magistrado Gimeno BAYÓN COBOS a la SAP de Barcelona —S. 15.^a—, de 5-10-1995: «*Constituye un deber elemental de diligencia exigible a un ordenando empresario desarrollar la actuación precisa para destruir la pública apariencia de responsabilidad que deriva de los asientos del Registro, sin que pueda escudarse la falta de concordancia entre este y la realidad extrarregistral en la pasividad ajena, pues para la inscripción del cese será suficiente el escrito de renuncia notificado fehacientemente a la sociedad o la certificación a que se refiere el artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil, bien que, en determinados supuestos, por aplicación del principio que inspira el artículo 1737 del Código Civil, quepa supeditar su efectividad a la convocatoria de junta para evitar la acefalía que en otro caso pudiera producirse (Resoluciones de 27 de mayo, 8 de junio de 1993, 24 de marzo y 23 de junio de 1994)*». Con todo, la facultad —se insiste, que no deber— de instar la inscripción, reconocida al dimisionario, más que en el terreno de la diligencia que cabe esperar de quien desea que el plazo de prescripción de las acciones que se le puedan dirigir expire cuanto antes, encuentra su razón de ser, a nuestro juicio, en un doble motivo: por un lado, en la facilitación de la posterior inscripción del sustituto (habida cuenta del riesgo al que atienden las cautelas establecidas en el art. 111 RRM, que quedaría eliminado por completo en este caso); por otro lado, en la garantía de la independencia y del carácter unilateral de la decisión del sujeto en cuestión, inmune ante una posible inactividad o una interesada ausencia de aceptación del cese por parte de los órganos de la sociedad.

⁷⁴ No obstante, hay quien afirma que, dado su interés en el asunto, el administrador cesado debe considerarse en todo caso autorizado a solicitar la inscripción de su cese. En este sentido, MARTÍNEZ SANZ, F. y NAVARRO MAÑEZ, M., «Separación (art. 131)», en ARROYO-EMBID-GÓRRIZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, 2.^a ed., Madrid (Tecnos), 2009, pág. 1503.

⁷⁵ De estos preceptos se desprende que la revocación del administrador por decisión de la junta general (o como consecuencia de la decisión de promover o transigir sobre el ejercicio de la *acción social* de responsabilidad) o el cese de los administradores como consecuencia de un acuerdo de disolución y apertura de la fase de liquidación acceden al Registro mediante escritura pública, o, además, en el caso de la separación, mediante testimonio notarial del acta, copia autorizada del acta notarial o certificación del acta de la junta expedida en debida forma y con las firmas legitimadas notarialmente. Se trata, pues, de títulos aptos para la inscripción que pertenecen al conjunto documental de la sociedad y que pueden formalizar y presentar las personas facultadas para certificar actas y acuerdos sociales (en síntesis, miembros de sus órganos de administración con sus cargos *vigentes e inscritos* en el momento de la expedición —salvo que aún no esté inscrito como administrador y acredite la notificación fehaciente de su nombramiento al cesado—, o el socio único en caso de unipersonalidad) o aquellas otras expresamente autorizadas para ello por tal sociedad, supuesto este último que pudiera dar entrada a una actuación del administrador separado del cargo instada por la sociedad, aunque parece altamente improbable. Con esto queda puesto de manifiesto, por tanto, que, con las salvedades y matices apuntados en el texto, en el Registro Mercantil no parecer ser suficiente con ostentar la condición de *interesado* para poder presentar algún título a inscripción.

⁷⁶ Incluso, dadas las características de la actuación que se exige del registrador en este punto, MARTÍNEZ SANZ, F. y PÜTZ, A. [«Duración del cargo (art. 126)», en ARROYO-EMBID-GÓRRIZ (coord.), en *ComLSA*, II, pág. 1409], sostienen que, al igual que sucedía bajo la redacción del artículo 145.3 RRM 1989 (y sostuvo la RDGRN de 25-4-1994 con impecable argumentación), el administrador con el cargo caducado puede instar la actuación de oficio del Registrador mediante una solicitud *ad hoc*.

⁷⁷ En cambio, no faltan resoluciones judiciales que contemplan la actuación del cesante en orden a procurar la inscripción de su cese en el Registro con mucho mayor rigor, atendiendo a las circunstancias del caso. Cfr. la STS de 29-2-2008, que considera adoptado en fraude de ley el acuerdo de separación de los administradores adoptado en junta; en su Fundamento Jurídico 7.º, reza: «...en modo alguno es aceptable la versión de la parte recurrente sobre la hipotética falta de imputabilidad en la constancia registral del cambio de administrador, pues no ha existido la misma gestión, o preocupación, por su parte para que la junta se celebrara con la presencia notarial, ni para que aquella constancia tuviera lugar, y nadie puede excusarse en su propia incuria o negligencia, ni, por lo demás, es cierto que no haya podido desplegar actividad alguna al efecto, afirmación que supone desconocer; cuando menos, el régimen jurídico de los artículos 142 y 101 y sigs. del RRM de 1996 (aplicable al tiempo), sin que sea aceptable la argumentación de que el posible acceso al Registro del cese de un administrador queda al arbitrio del nombrado que le sustituye». En este tono excesivamente rigorista resulta también muy llamativa la argumentación empleada en la SAP de Sevilla —S. 5.ª—, de 18-3-2005.

⁷⁸ Bien es cierto que trazando un paralelismo con los supuestos de comunicación de responsabilidad por las deudas sociales que se describían en la nota 72, en una situación semejante se hallaría el socio colectivo ante una disolución de la compañía o una rescisión de su vínculo con la sociedad, a tenor de los artículos 226 y 220 del Código de Comercio, respectivamente, sin que por ello se ponga en duda la inoponibilidad de las circunstancias que ponen fin a su responsabilidad por las deudas sociales. Y es que, sin perjuicio de que se añada más adelante en torno a estos dos supuestos (*infra*, nota 91), su responsabilidad personal por las deudas sociales persistirá ante terceros de buena fe en la medida en que la sociedad no proceda a la inscripción de tales circunstancias (y a su publicación en el BORME, cabrá entender pese a la notoria falta de actualización de la Ley al nuevo orden impuesto por la Ley 19/1989). Otro

tanto le sucedería al administrador de la sociedad comanditaria por acciones cesado (arts. 252 TRLSC y 214 RRM, aunque dejando a salvo la posibilidad de instar la inscripción de su cese por dimisión). En definitiva, tal vez el carácter netamente sancionatorio de la responsabilidad *ex* artículo 367 TRLSC sea el rasgo fundamental que justifique un tratamiento distinto al que se dispensa a los supuestos de hecho aludidos en esta nota.

⁷⁹ En este punto, en que quien no está legitimado para solicitar una inscripción registral se halla interesado en hacerlo, tal vez resultara admisible acudir al ejercicio de la *acción de rectificación*, tal como se halla regulada en el artículo 40 LH (así, ALCOVER GARAU, G., «El alcance de la presunción de exactitud del contenido del Registro Mercantil», en *RDS*, núm. 5, 1995, pág. 261), bien sea por entenderse aplicable tal precepto sobre la base de la remisión que efectúa el artículo 40.2 RRM —*sic*— a la *legislación hipotecaria*, bien sea por analogía (si se considerara que la remisión anteriormente mencionada se refiere específicamente a *errores materiales* solo). Adviértase que la *inexactitud* a que se refieren los artículos 39 y 40 LH abarca cualquier supuesto de discordancia entre el contenido registral y la realidad, ora provenga de la nulidad o falsedad de lo inscrito, ora tenga su origen en su falta de actualización. Se entiende, pues, con un alcance más amplio que el que hemos sostenido *supra*, en nota 62, acerca de la significación del principio registral de exactitud.

⁸⁰ Tomado del Fundamento Jurídico 3.º de la STS de 11-3-2010. Hay numerosas sentencias TS que recalcan que la acreditación del conocimiento efectivo del cese por parte del demandante supone el punto de partida para la aplicación del plazo prescriptivo del artículo 949 del Código de Comercio: cfr. entre otras, SSTS de 23-12-2002, 30-11-2010 y 4-4-2011.

⁸¹ En este sentido, PRENDES CARRIL, P., «La renuncia del administrador no inscrita. Efectos en la responsabilidad», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 478, 2001, pág. 4. Lo expresa también, con notoria claridad, el Magistrado FERRÁNDIZ GABRIEL en el Fundamento Jurídico 4.º de su Voto Particular a la SAP de Barcelona —S. 15.ª—, de 29-10-1997 (cfr. también, en idéntica dirección, su Voto Particular a la SAP de 30-10-1997, de la misma Audiencia y Sección): «*En efecto, la buena fe que hace inoponible al tercero los hechos inscribibles no inscritos, constituye un estado psicológico de desconocimiento o error (presumible iuris tantum y, además, susceptible de ser disculpada) de una realidad que no es cualquiera, sino solo aquella cuyo conocimiento por el tercero le hubiera llevado a actuar de modo distinto al seguido por haber confiado en el Registro inexacto; esto es, de haber sabido que lo que no publica sin embargo existe. El tercero de buena fe no es más que un tercero confiado, al que la apariencia le ha llevado a un error frente al que debe ser protegido, mediante la inoponibilidad de los efectos derivados del hecho o acto desconocido. [...] El tercero registral es, por lo tanto, quien entra en relación con la sociedad en virtud de acto o contrato, actuando de buena fe ante un determinado contenido registral que actúa como antecedente o presupuesto de su posición. [...] Pero ese no es el caso a que se refiere el litigio, ya que el que el Registro no publique la dimisión del administrador ninguna confianza pudo suscitar en la demandante en orden al comportamiento que ha constituido la ratio de su condena (el deber de promover la disolución de la sociedad no deriva de las relaciones entre esta y sus acreedores, sino entre la primera y su administrador). El Registro era inexacto, por defecto, pero de ello ninguna consecuencia para la demandante se deriva, no ahora (tiempo que ha sido el considerado por la mayoría) sino en el momento determinante: cuando el supuesto de hecho fuente de la responsabilidad del administrador se completó (esto es, cuando la disolución social debía haber sido promovida)*».

⁸² En este sentido, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. D., «Presupuestos y efectos de la inscripción y de la publicación. Los pactos reservados», en ALONSO UREBA y otros (coord.), *Derecho de sociedades anónimas, I. La fundación*, Madrid (Civitas), 1991, págs. 405-406; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., en RODRÍGUEZ ARTIGAS (dir.), *Derecho de Sociedades*, págs. 1935-1936.

⁸³ Así lo entiende, comentando la Primera Directiva CE, GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J., en *Estudios Chico*, págs. 1191-1193. Cfr. la STS de 23-10-2009, en que se desestima el recurso de apelación interpuesto por un demandante socio de la entidad que administraron los demandados en ejercicio de una acción individual de responsabilidad, dado que (FJco 2.º) «*conoció*

las renunciaciones (según explícitamente consta en la sentencia de apelación), y, en cualquier caso, un eventual desconocimiento sería imputable a su conducta de incuria y total desentendimiento de la sociedad».

⁸⁴ Como sucedió en el supuesto objeto de la STS de 4-9-2008. En cambio, cfr. la STS de 15-4-2010, en que se rechaza, sorprendentemente, la alegación de que se habían celebrado actos ante notario con un representante de la sociedad sin que quedara constancia de que era el administrador sustituto del cesado, pues podría pensarse que era un representante voluntario.

⁸⁵ Cfr., en este sentido, la STS de 1-6-2009, o la SAP de Madrid —S. 19.^a—, de 8-4-2005. En cambio, la SAP de Badajoz —S. 1.^a—, de 1-4-2002 consideró lo siguiente en su Fundamento Jurídico 2.º: «En conclusión, habiendo quedado, conforme a lo expuesto, la prescripción de la acción en suspenso, en tanto que los administradores continuaban en el ejercicio de sus funciones, el discutido dies a quo habrá de determinarse en el momento en que coincide el conocimiento de la existencia, por parte de la actora, del incumplimiento, compartiendo esta Sala el criterio que lo fija en el día 23-2-2000, momento de expedición de la certificación del Registro Mercantil, que alude a la no adaptación de la entidad mercantil demandada, que por ello fue cancelada ex-officio». Y ello porque a su entender, «pese a que el Registro Mercantil es público, no podrá exigirse a la parte actora un comportamiento de “peregrinaje” de Registro en Registro, con la finalidad de comprobar si los administradores de la entidad cumplieron con las indicadas obligaciones y exigencias legales, máxime si, como señala la referida juzgadora de instancia, la realidad extra registral aportaba datos, comportamientos e indicios que evidenciaban una realidad inequívocamente contradictoria». La verdad es que, a falta de un conocimiento certero sobre el terreno de la situación de la sociedad, tal «peregrinaje» resulta inevitable desde el punto y hora en que la Ley sitúa el cese como dato desencadenante del comienzo del plazo de prescripción. Cuestión diferente será, como parece en el caso enjuiciado, que las apariencias engañen, y que se siga desarrollando una actividad social comandada por los cesantes pese a la cancelación de los asientos registrales, en cuyo caso, de haber prescrito la acción contra los administradores, habría que plantear la reclamación de responsabilidad sobre otros fundamentos, relacionados más bien con los perjuicios provocados por el desempeño de tareas propias de liquidadores *de facto* por parte de tales cesantes desde la disolución *ope legis* de la sociedad.

⁸⁶ Conforme con esta línea de pensamiento, entre otros, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. D., en ALONSO UREBA y otros (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas. La fundación*, pág. 406; CASADO BURBANO, P., *Derecho Mercantil Registral*, pág. 145; PAU PEDRÓN, A., en AA.VV., *Leyes hipotecarias*, V, II, págs. 33-34, y *Publicidad registral*, págs. 340-341 y 343-347. Antes de la reforma operada en virtud de la Ley 19/1989, vid., por todos, MENÉNDEZ, A., en *Curso de conferencias sobre Registro Mercantil*, págs. 185-186. En la postura opuesta parecen situarse, entre otros, GÓMEZ SEGADE, J. A., en ROJO (dir.), *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, pág. 41; TORRENT, A., «¿Protección registral de hechos no inscritos? A propósito de la publicidad material negativa (arts. 21 CCom. y 9 RRM)», en *RCDI*, núm. 618 (1993), pág. 1404; GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J., en *Estudios Chico*, págs. 1191-1199.

⁸⁷ Sobre este asunto, cfr. STS de 22-12-2005. Naturalmente, se trata de una cuestión que no puede ser resuelta con los preceptos que dedica nuestra legislación a la regulación del principio de oponibilidad. En este caso no se trata de discutir la eficacia o no de algún acto realizado por el tercero antes de conocer o de haberse publicado en el BORME el acto inscribible cuya no concurrencia es condición *sine qua non* para la validez de aquel, que es para lo que realmente están dispuestos dichos preceptos, al establecer la oponibilidad *desde su publicación* (v.gr.: por tomar el ejemplo para el que sí que juega la inoponibilidad del cese, la eficacia ante la sociedad del contrato celebrado con tercero por el administrador cesado antes de la inscripción). Aquí se debatiría sobre el instante a partir del que procedería la aplicación de una norma —el art. 949 CCom.— que tiene como presupuesto jurídico tal cese o, conforme a la *doctrina* del Tribunal Supremo, su conocimiento por el actor. Y, caso de sostenerse esa *doctrina legal*, habiendo tenido conocimiento el actor mientras la acción permanecía viva, no parecería haber razones de peso para no retrotraer el inicio del plazo de prescripción al

dies a quo legal, cuando la interrupción de ese plazo aún era posible y dependía de su propia iniciativa. Dicho de otro modo, tal vez, caso de admitirse la referida *jurisprudencia*, habría que llegar a la conclusión de que el conocimiento del cese no constituiría el *dies a quo*, sino, a lo sumo, el presupuesto para que el plazo pudiera comenzar a correr. Si tal conocimiento se produjese antes del plazo cuatrienal a contar desde el cese formal en el cargo, dicho plazo debería seguir computándose tal cual desde dicho cese. Pero si el conocimiento tuviera lugar una vez expirado ese plazo, debería comenzar a contarse desde ese conocimiento.

⁸⁸ De hecho, para BELTRÁN, E. [en ROJO-BELTRÁN (dir.), *Responsabilidad de los administradores*, pág. 301], y SACRISTÁN, F. [en GUERRA MARTÍN (coord.), *Responsabilidad de administradores de sociedades de capital*, págs. 271-272], el artículo 949 del Código de Comercio establece en realidad un plazo de caducidad. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. [en ROJO-BELTRÁN (dir.), *Responsabilidad de los administradores*, pág. 623], sin llegar tan lejos, admite que la situación se vería con mucha mayor claridad si se estableciera un plazo de caducidad, en vez de prescripción, aunque no duda de que se trata de esta última, como confirma el artículo 60 LCo. También ESTEBAN VELASCO, G. [en ROJO-BELTRÁN (dir.), *Responsabilidad de los administradores*, pág. 241] cree mejor fundada la opción de la prescripción. En definitiva, se trata de un debate que viene desde la vigencia de la LSA 1951. Vid., al respecto, CERRO, E., en *RDP*, 1970, págs. 633-636.

⁸⁹ La oponibilidad de la reducción de capital marca la frontera entre el periodo cuyas deudas se pueden reclamar del socio (art. 331.1, *in fine*, TRLSC) y el inicio del cómputo del plazo para tal reclamación.

⁹⁰ El carácter declarativo de estas inscripciones es defendido por GARRIGUES, J., *Tratado*, T. I, 3.º, págs. 1192-1193, 1496 y 1504; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1970, págs. 347-349, 595 y 692.

⁹¹ En realidad, da la impresión de que estos dos preceptos sí que son claramente tributarios de la aplicación del principio de oponibilidad, en su vertiente negativa, solo que, seguramente, por un olvido en su adaptación al nuevo estado de la cuestión legislativa tras la Ley 19/1989, toman como punto de inflexión la inscripción, no la publicación en el BORME. La auténtica virtualidad de estos preceptos se comprende teniendo muy presente que en los tipos sociales en que los socios comprometen su patrimonio a resultados de las operaciones sociales, la salida del socio o la disolución de la sociedad y, por consiguiente, la finalización de ese régimen de responsabilidad personal por las deudas sociales, solo resultará oponible a los terceros de buena fe desde su acceso al Registro, instante a partir del que dichos terceros no pueden ignorar el cambio producido en la individualización de las masas patrimoniales sujetas a las resultas de la actividad social. En este sentido, vid., por todos, GARRIGUES, J., en GÓMEZ GÁLIGO (coord.), *Antología*, pág. 4435, y en *Tratado*, T. I, 3.º, pág. 1192; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, pág. 595. Comentando el precedente de estos preceptos en el Código de Comercio de 1829, MENÉNDEZ, A., «El Registro Mercantil español (formulación y desarrollo)», en Centro de Estudios Hipotecarios, *Leyes hipotecarias y registrales de España: fuentes y evolución*, cit., vol. 1, pág. 23. Una situación parecida sería la contemplada por el artículo 252.3 TRLSC, en relación con el administrador de la sociedad comanditaria por acciones cesado, que responde por las deudas sociales contraídas hasta el instante de la publicación en el BORME de su cese; o en el artículo 21.2 LME, en relación con la situación del socio que responde personalmente por las deudas sociales en una transformación a un tipo social que excluya tal responsabilidad (o art. 48 del mismo texto legal, para el caso de socios personalmente responsables por deudas de entidades que se extinguen por la fusión). Con todo, conviene insistir en que en estos supuestos la inoponibilidad juega respecto de la circunstancia determinante de la responsabilidad del socio, no respecto del inicio del plazo de prescripción de la acción dirigida a reclamarla.

⁹² La siguiente clasificación sistemática de los supuestos de hecho de que tratan algunas de las resoluciones del Tribunal Supremo que aplican esta *doctrina legal* resultan suficientemente elocuentes:

— STS de 3-7-2008: la sociedad ya estaba extinguida tras una liquidación irregular.

- STS de 11-3-2010: los cargos estaban caducados por vencimiento de su plazo de duración y, además, la sociedad se hallaba disuelta *de pleno derecho* de conformidad con la DT 6.ª TRLSA, si bien la cancelación de oficio de los asientos registrales de la sociedad se produciría varios años más tarde.
- STS de 15-4-2010: se había separado del cargo a un administrador, sin inscribir tal cese en el Registro Mercantil, mucho antes del planteamiento de una demanda de responsabilidad por deudas *ex* artículo 262.5 TRLSA.
- SSTs de 11-11-2010, 15-2-2011, 21-3-2011 y 23-6-2011: la caducidad del cargo no inscrita se había producido muchos años antes de plantearse, acumuladas, la demanda de responsabilidad en ejercicio de la *acción individual* y la de responsabilidad por no instar la disolución social estando la sociedad incurso en causa legal para ello.

⁹³ Claro que, si de lo que se trata es de reclamar la responsabilidad del administrador por su inactividad cuando tenía el cargo vigente ante una causa de disolución *forzosa*, la condena podría alcanzar hasta deudas contraídas una vez cesado (como mucho, hasta cuatro años tras haber cesado, debido a la aplicación del art. 949 CCom.), toda vez que el detonante de tal responsabilidad se produjo antes de dicho cese, y abarca, por Ley, sin más distinciones (art. 367.1 TRLSC), *todas las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución*. Así se podría evitar en parte, a los efectos de esta responsabilidad por deudas, el artificio de considerar que el administrador cesado pasa a serlo, en todo caso, *de hecho* y que, por tanto, aún no ha tenido lugar el cese a efectos del artículo 949 del Código de Comercio. Téngase en cuenta que tal desencadenante de la responsabilidad no consiste en el nacimiento en sí de la deuda reclamada, ni en su vencimiento y exigibilidad, en su caso, sino en no procurar la disolución —o el concurso, si procediere— o la remoción de su causa cuando, por razón del cargo que se ostentaba, se estuvo en disposición de hacerlo. De tal suerte que no tiene por qué considerarse rebasado el límite temporal de la imputación de responsabilidad del administrador por el hecho de que se le haga responsable por deudas contraídas tras su cese (como tampoco lo debe ser por deudas contraídas antes de que tomara posesión del cargo), si al tiempo de serlo concurría dicha causa desencadenante de su responsabilidad. Tanto es así que, a nuestro juicio, no debiera haber inconveniente en reclamar esta responsabilidad, simultáneamente, de quienes han ocupado el cargo de administrador de un modo sucesivo, sustituyendo los unos a los otros (sería, por ejemplo, el supuesto de hecho tratado en la STS de 15-4-2010, en que, de seguirse esta tesis, hubiera sido innecesario acudir a la ausencia de inscripción de la separación de un administrador para declararlo responsable). Cuestión distinta sería la reclamación de responsabilidad por daños, en que es preciso probar el nexo causal entre la actuación del demandado al frente de la entidad y el perjuicio causado al demandante; nexo que no puede verificarse, en buena lógica, si el demandado carecía ya de la condición de administrador y no ejercía sus funciones *de facto*. Con todo, no faltan resoluciones judiciales (cfr. SSTs de 4-4-2011; cfr., también, en la jurisprudencia menor, la SAP de Cantabria —S. 2.ª—, de 15-7-1997 y —S. 1.ª—, de 15-3-2005) que han llegado a limitar la responsabilidad *ex* actual artículo 367 TRLSC a las deudas contraídas durante el periodo de vigencia formal del cargo de administrador (con independencia, incluso, de que la inscripción del cese en el Registro Mercantil se produjera con bastante posterioridad). En este sentido, vid., SANCHO GARGALLO, I., en GIMENO BAYÓN-GARRIDO ESPA (dir.), *Órganos de las sociedades de capital*, I, pág. 1175.

(Trabajo recibido el 30-1-2013 y aceptado
para su publicación el 29-4-2013)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Bases romanísticas del arbitraje actual.
Análisis de las concordancias entre el
Derecho justinianeo y la legislación
vigente en materia de arbitraje

*Bases of Today's Arbitration in Roman
Law. Analysis of Concordances
Between the Law Under Justinian and
Today's Legislation in Matters
of Arbitration*

por

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ*

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto poner de relieve las concordancias existentes entre los textos jurídicos romanos y la regulación actual en materia de arbitraje, Ley 60/2003 de Arbitraje, de 23 de diciembre, modificada por Ley 11/2011, de 20 de mayo, al objeto de delimitar la pervivencia, en su caso, de las líneas maestras del arbitraje compromisario romano en la normativa del texto legal vigente en la legislación española.

* Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ es Catedrático de Derecho romano de la Universidad Autónoma de Madrid y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. El presente estudio se corresponde con el Capítulo IV de su Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 20 de enero de 2014.

ABSTRACT: The concordances between Roman legal texts and current arbitration regulations (Spanish Act 60/2003 of 23 December on arbitration, amended by Spanish Act 11/2011 of 20 May) are highlighted to show where the master lines of Roman arbitration survive in prevailing Spanish law today.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje. Derecho justinianeo.

KEY WORDS: Arbitration. Roman law under Justinian.

SUMARIO: I. OBSERVACIONES PRELIMINARES.—II. DISPOSICIONES GENERALES (TÍTULO I, LA): A) MATERIAS OBJETO DE ARBITRAJE. B) FUNCIONES DE APOYO Y CONTROL JUDICIAL DEL ARBITRAJE.—III. DEL CONVENIO ARBITRAL (TÍTULO II): A) FORMA Y CONTENIDO DEL COMPROMISO ARBITRAL. B) ARBITRAJE TESTAMENTARIO. C) DEMANDA ANTE UN TRIBUNAL SOBRE UN ASUNTO SOMETIDO A ARBITRAJE.—IV. DE LOS ÁRBITROS: A) CAPACIDAD PARA SER ÁRBITRO. B) NOMBRAMIENTO Y NÚMERO DE ÁRBITROS. ADOPCIÓN DE DECISIONES COLEGIADAS. C) EXCUSAS DEL ARBITRAJE: MOTIVOS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN. D) RESPONSABILIDAD ARBITRAL. PROVISIÓN DE FONDOS.—V. DE LA SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES (TÍTULO IV): A) INICIO. DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. B) LUGAR DEL ARBITRAJE. COMPARECENCIA DE LAS PARTES.—VI. DEL PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y DE LA TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES: A) NORMATIVA APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIAS: EQUIDAD O DERECHO. B) PLAZO. FORMA. CONTENIDO Y NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA ARBITRAL. C) TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES. EXTINCIÓN DEL COMPROMISO. D) CORRECCIÓN, ACLARACIÓN Y COMPLEMENTO DE LA SENTENCIA ARBITRAL.—VII. DE LA ANULACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA ARBITRAL: A) DE LA ANULACIÓN DE LA SENTENCIA ARBITRAL. RECURSOS. B) DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA. DE LA COSA JUZGADA.

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES

Del análisis de las concordancias examinadas entre el Derecho romano justinianeo y la legislación actual en materia de arbitraje, cabe deducir la base romanística del arbitraje actual, en atención a la similitud existente entre numerosos textos romanos y las normas reguladoras de los distintos aspectos y soluciones previstas en la ley española de arbitraje y en el arbitraje internacional¹.

II. DISPOSICIONES GENERALES (TÍTULO I, LA)

Con carácter general, cabe subrayar que en el Derecho romano hay un mayor grado de reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en la configuración del arbitraje, así como un mayor reconocimiento de la discrecionalidad en la actuación arbitral que la existente en el arbitraje moderno², que se caracteriza, en esencia, por el carácter imperativo de muchas de las normas aplicables al arbitraje, que quedan fuera, por tanto, de la disponibilidad de las partes, en aras de una mayor seguridad jurídica y del reforzamiento de las garantías de los intervinientes³.

A) MATERIAS OBJETO DE ARBITRAJE

Se consideran materias, en los textos romanos, no susceptibles de arbitraje: el conocimiento de los delitos públicos, así como de aquellos delitos cuya condena suponga infamia, de las causas relativas a la libertad de las personas y de las actuaciones que sean objeto de persecución mediante acciones populares.

Así en: D. 4.8.32.6: «Escribe Juliano, sin hacer distinción, que si se recurrió a un árbitro por error para que decida sobre algún delito, cuya condena supone infamia, o sobre asunto respecto del que exista acción pública (así sobre adulterios, asesinatos o cosas semejantes), debe impedir el pretor que se dicte sentencia o que se ejecute la ya dictada». D. 4.8.32 7: «Cuando el compromiso recae sobre una causa relativa a la libertad de una persona, con razón no debe obligarse al árbitro a dictar sentencia, porque la consideración que se debe a la libertad exige que el enjuiciamiento se atribuya a jueces superiores. Lo mismo ha de decirse si la cuestión afecta al nacimiento o no en libertad o a la condición de liberto, y cuando se alega que se debe la libertad por razón de fideicomiso. Lo mismo cabe afirmar respecto de las acciones populares».

Artículo 2. LA. Materias objeto de arbitraje. Artículo 2.1: «Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».

B) FUNCIONES DE APOYO Y CONTROL JUDICIAL DEL ARBITRAJE

Con anterioridad a la tipificación legal del arbitraje en el edicto pretorio, las partes comprometidas no podían dirigirse al magistrado para obligar al árbitro a dictar sentencia.

En la regulación del arbitraje compromisario previsto en los edictos de los pretores, se habría contemplado, como una de las primeras disposiciones, la tipificación, como obligación legal, de la aceptación del árbitro, *receptum*,

dirigida a dirimir una controversia *inter partes* mediante el pronunciamiento de una sentencia, lo que produce, entre otros efectos, que el árbitro no pueda, sin justa causa, renunciar al ejercicio de su función, que el magistrado intervenga en los casos de actuación dolosa o negligente del árbitro en el curso del procedimiento arbitral y, que sancione, mediante multa⁴ o embargo de bienes, la negativa injustificada del árbitro a pronunciarse sobre el fondo del asunto que se le plantea⁵, con lo que ello supone de injerencia y control por parte de los pretores, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional —y una vez suprimida esta función pretoria, por parte de los jueces, titulares de la potestad jurisdiccional— de la actuación arbitral.

El principal problema existente con anterioridad a la previsión del compromiso arbitral en el texto edictal era la ausencia de medios jurídicos para obligar al árbitro al cumplimiento de su función, si bien la intervención del pretor en garantía de cumplimiento de la actuación del árbitro suele producirse más que de oficio⁶ a instancia de parte, en lo que puede considerarse como un reforzamiento de la posición de las partes frente al árbitro.

La intervención pretoria se manifestaba bien prohibiendo al árbitro que dictase sentencia o que ejecutase la ya dictada⁷, bien obligándole a que la dictase, o bien sancionándole mediante multa⁸ o embargo de bienes, si se negase, de forma injustificada, a pronunciarse sobre el fondo del asunto⁹. Conforme se afirma en D. 4.8.3: «Aunque el pretor no obligará a nadie a asumir la función de árbitro, porque la asunción de tal condición es libre e independiente y está fuera de la coacción del magistrado, sin embargo, tan pronto como se acepta el arbitraje, el pretor procurará que la función de árbitro se desempeñe con cuidado y solicitud...».

El magistrado controla el cumplimiento de las condiciones de validez del *compromissum* y del *receptum*, mediante una *cognitio* de las circunstancias que se le plantean, así: las condiciones de capacidad de las partes, de sus representantes, y del árbitro, el objeto del compromiso, las materias que no podían ser objeto de arbitraje, excusas del arbitraje, etc.¹⁰. Por otra parte, si bien lo usual es que la elección del árbitro se realice por las partes, en ocasiones la designación se atribuye al magistrado. El magistrado concede, asimismo, determinadas acciones y poderes a las partes y al árbitro.

Se produce con todo ello una paulatina aproximación del arbitraje al juicio¹¹, respecto del que se comienza ya a configurar el arbitraje privado como un complemento y una alternativa en la resolución de conflictos, al propio tiempo que tiene lugar un progresivo alejamiento de la institución arbitral de la mediación y la transacción, en cuyo marco se había desenvuelto el arbitraje en los primeros tiempos, con lo que ello supone de cambio sustancial en la naturaleza del arbitraje.

La previsión legal referente a las funciones de apoyo y control del arbitraje se regula en los artículos 8 LA, artículo 33, relativo a la asistencia judicial

para la práctica de pruebas y artículo 722 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹².

III. DEL CONVENIO ARBITRAL (TÍTULO II)

A) FORMA Y CONTENIDO DEL COMPROMISO ARBITRAL

Forma. En ocasiones el compromiso se contiene en un mero pacto, nudo pacto, D. 4.8.3 (Ulp. 13 ed), si bien lo más frecuente es que el pacto de compromiso se refuerce mediante el intercambio de estipulaciones penales entre las partes. Cabe, asimismo, que la estipulación no sea penal, sino pura. La pena prevista en la *stipulatio* podía consistir en una cantidad de dinero o en otra cosa, así en D. 4.8.11.2 (Ulp. 13 ed.). Cabe incluso que uno prometa una cosa y el otro dinero, así en D. 4.8.2, *in fine*¹³.

Observa MURGA que tras el estudio de los documentos de Herculano, en donde se recogen varios tipos de estipulaciones, pudo comprobarse que no existía para los mismos una única fórmula¹⁴. Es decir, no serían exigibles palabras solemnes determinadas, *verba solemnia* en el intercambio de las preguntas y respuestas en las que consistía la estipulación que se realizaba al propio tiempo que el acuerdo de arbitraje, *stipulatio compromissi*, y que tenía la virtualidad de convertir en obligatoria una convención lícita entre personas capaces de contratar, pero no exigible ante el magistrado jurisdiccional, como era el acuerdo de someter a un árbitro la decisión de una controversia.

El papel que en buena medida cumplían en Derecho romano las preguntas y respuestas en las que consistían las estipulaciones realizadas entre las partes que formalizaban un arbitraje, constituye la referencia histórica más precisa de la previsión contenida en el artículo 9.3 LA, atinente al convenio arbitral: «Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación, su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra».

Artículo 9.1. LA: «El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente...». 3. «El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo».

Contenido. En relación con el contenido, cabe señalar que los principales aspectos sobre los que versaba el acuerdo de compromiso o convenio arbitral radicaban, como ya ha sido señalado, en:

- a) La determinación del objeto de la controversia sometida a arbitraje,
- b) La elección de árbitro o árbitros.

- c) El sometimiento de las partes a la decisión de estos sobre el fondo de la controversia y
- d) El tiempo y el lugar en que debe realizarse el arbitraje, que constituían asimismo elementos integrantes del contenido del compromiso.

Podía ser objeto de compromiso una controversia concreta entre partes o todas las existentes entre quienes llegan al acuerdo compromisario. A este último supuesto se refieren los textos como *compromissum plenum*¹⁵.

Así en D. 4.8.21.6: «Llámase compromiso pleno al que versa sobre asuntos varios controvertidos, dado que se refiere a todas las controversias, pero si se discute sobre una sola, aunque se haya hecho un compromiso pleno, subsisten, sin embargo, las acciones nacidas de las demás causas...». Del texto mencionado cabe deducir que el árbitro deberá decidir sobre todas las discordancias, presentes o futuras, que se deriven de la originaria situación, jurídica o extrajurídica, objeto de controversia, pero ello no implicará que asuma el arbitraje sobre otras controversias futuras que puedan surgir entre las partes, que deberá ser objeto de acuerdo expreso. Así en D. 4.8.46 se establece que no podían ser objeto de compromiso cuestiones futuras ni sobrevenidas al compromiso realizado: «El árbitro puede juzgar sobre los asuntos, cuentas y controversias existentes al tiempo de realizar el compromiso, pero no de las sobrevenidas en un momento posterior»¹⁶.

Cabía, por otra parte, la posibilidad de que al árbitro se le encargase por las partes la decisión de diversas controversias que podían, o no, tener algún elemento común entre sí, en cuyo caso era determinante saber si el compromiso era de que dictase sentencia a la vez sobre todos los asuntos pendientes, o no se requería esta exigencia, así en D. 4.8.21.pr: «Qué cabe decir en aquellos casos en los que el árbitro fue nombrado para decidir sobre muchas controversias que no tienen nada de común entre sí y dictó sentencia sobre una y no sobre las otras, decaerá entonces como árbitro?..».

El objeto de la controversia constituye, por tanto, uno de los aspectos esenciales del convenio arbitral. En su concreción, la voluntad de las partes se configura como el único elemento determinante, lo que constituye una diferencia relevante con la mecánica propia del juicio ordinario.

Así, en el marco del proceso formulario, la fase ante el magistrado concluía con la redacción de un documento, denominado fórmula, en el que se recogían, bajo la supervisión del magistrado con potestad jurisdiccional, los términos del conflicto planteado, la aceptación por las partes de someter la controversia al conocimiento y decisión de uno o varios jueces privados y la resolución del magistrado mediante la que se le ordena al juez que proceda a juzgar, *iussum iudicandi*, al tiempo que le otorga la potestad de absolver o condenar, *potestas absolvendi aut condemnandi*.

Redactada la fórmula, cabría afirmar que daba comienzo el juicio en sentido técnico, que deberá desarrollarse sobre la base y en los estrictos términos con-

tenidos en el documento, formula, elaborado, probablemente, por el magistrado en colaboración con las partes.

Los trámites a desarrollar ante el juez privado, investido de la función pública de juzgar, son básicamente, la exposición y defensa de las posiciones de los litigantes, la práctica de la prueba y la sentencia, y se desarrollan, en líneas generales, tanto en el proceso como en el arbitraje, aunque con mayor o menor incidencia de uno u otro principio, según el medio escogido para la resolución de la controversia, conforme a los principios de oralidad, concentración, audiencia, contradicción, dispositivo, de intermediación y de publicidad.

En el marco del arbitraje, el contenido del convenio que es acordado de forma exclusiva por las partes y se materializa en el denominado *compromissum*, fija los límites objetivos del controversia, de los que no podrá apartarse el árbitro en el conocimiento de la causa y en su sentencia, y en cuyo ámbito, eso sí, gozará de una casi total libertad de actuación, superior a la reconocida al juez investido de potestad juzgadora. Así en D. 4.8.32.15: «Deben saber los que ostentan el cargo de árbitro que deben basarse en todos sus extremos en el mismo compromiso, porque ningún árbitro puede ir más allá de lo previsto en el convenio. Así pues, no podrá el árbitro resolver lo que quiera, ni sobre cualquier asunto, sino respecto del que es objeto del compromiso y hasta donde este alcance».

En el artículo 41 de la LA, en relación con los motivos de anulación del laudo se establece: 1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: *c)* Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. *d)* Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje¹⁷.

La necesidad de respetar los límites de la controversia fijados en el convenio arbitral y en la fórmula procesal constituyen, por tanto, un rasgo común a ambas técnicas, arbitraje y proceso, de resolución de conflictos. Sin embargo, mientras la conformación del convenio arbitral tiene naturaleza privada, la elaboración del documento procesal, denominado fórmula, en torno al cual se desarrolla el procedimiento ante el juez, se caracteriza por su impronta estatal.

El texto de un compromiso tipo, así uno fechado en el año 590 d.C.¹⁸, solía contener los siguientes aspectos:

- Identificación de los litigantes.
- Objeto del compromiso, que en este caso consistía en una controversia acerca de la cantidad de dinero a entregar.
- Sumisión expresa de las partes ante el árbitro elegido.
- Juramento.
- Compromiso de las partes de acatamiento de la sentencia arbitral.
- Sanción a la parte que transgreda la resolución arbitral.
- Ratificación del compromiso¹⁹.

Artículo 9.1 LA: «El convenio arbitral... deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o alguna de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o extracontractual».

B) ARBITRAJE TESTAMENTARIO

La conexión entre la materia testamentaria y el arbitraje se manifiesta en los primeros textos legales romanos de los que tenemos noticia. Así ya en la Ley de las XII Tablas, del siglo V a.C., se preveía el nombramiento de un árbitro por el magistrado, *legis actio per (iudicis) arbitri postulationem*, en los supuestos en los que se planteaba una controversia en la división de una herencia entre coherederos o legatarios²⁰.

Se trataba, en definitiva, de supuestos en los que las partes acudían ante el magistrado ante la existencia de una controversia y este, en atención a la materia y conforme a la previsión legal, y de ahí la denominación de arbitraje legal, procedía al nombramiento no de un juez, sino de un árbitro, que elegido por las partes y convalidado por el magistrado, o bien designado de forma directa por el este, *arbiter datus*, interviene para dar su opinión, sentencia, en determinados tipos de asuntos tipificados en la ley²¹.

El árbitro, en estos casos, juzgaría con una mayor discrecionalidad que la atribuida al juez ordinario, más próxima a la equidad que a las normas propias del derecho estricto, *stricti iuris*, y la sentencia arbitral, en estos casos, al igual que la judicial, probablemente tendrían carácter ejecutivo.

Artículo 10 LA: «También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia».

C) DEMANDA ANTE UN TRIBUNAL SOBRE UN ASUNTO SOMETIDO A ARBITRAJE

Cabe, al respecto, el planteamiento de dos cuestiones diferentes en Derecho romano:

1.^a) ¿Si una de las partes, con anterioridad a que sea dictada la sentencia arbitral, acude a la jurisdicción ordinaria, puede la otra parte oponer la *exceptio pacti* y paralizar la acción, en atención al compromiso de someter la controversia a arbitraje?

Los textos parecen reflejar en este punto una evolución favorable al reforzamiento del pacto compromisorio, dado que si bien en la época clásica no

parece que del mismo se derivase una *exceptio pacti compromissi* que sirviese para paralizar el inicio de un procedimiento judicial sobre la misma cuestión, a partir de la época postclásica, y en la época justiniana, del pacto de compromiso surgiría una excepción, *exceptio pacti* o *exceptio pacti conventi* que cumpliría la función de la actual declinatoria, y paralizaría el conocimiento de la cuestión ante los Tribunales.

Si el *compromissum* no es, en la época clásica, un pacto en sentido técnico, no resultaría, por ende, protegido por el edicto de *pactis*, ni generaría una *exceptio pacti compromissi*, como así parece deducirse de los textos clásicos y conforme a la opinión mayoritaria de la doctrina²², por lo que si uno de los compromitentes entabla una acción ordinaria sobre el objeto del compromiso, no cabría enervarla mediante una *exceptio*, y solo cabría plantear, en el caso de que la convención de arbitraje se hubiese reforzado mediante estipulaciones, la acción derivada de las recíprocas estipulaciones puras o *in faciendo*, para exigir la reparación de daños e intereses correspondiente, o la acción derivada de las estipulaciones penales, en el que caso de que estas se hubiesen formalizado, para exigir el pago de la pena prevista.

En definitiva, si un asunto se somete a arbitraje y antes de iniciarse el procedimiento arbitral o sin haberse este resuelto mediante sentencia, se inicia un proceso sobre el fondo de la cuestión por alguna de las partes, la parte que incoa el procedimiento deberá pagar la pena, o la indemnización por daños e intereses, prevista en las estipulaciones, por el incumplimiento del acuerdo de someter la controversia a arbitraje, y el magistrado procederá a iniciar el conocimiento del asunto.

A la consideración del *compromissum* como una convención no tutelada por el edicto de *pactis*, de la que no derivaría una *exceptio pacti compromissi* capaz de paralizar el conocimiento de la cuestión ante los Tribunales, aluden los siguientes textos, respecto de los que no parecen existir dudas consistentes de interpolación: D. 4.8.30: «Si alguno lleva a juicio el asunto sobre el que se ha hecho el compromiso... deberá imponérsele la pena prevista, y continuará el pleito por sus trámites ante el juez», D. 4.8.9.5: «Opina Juliano que si los litigantes acuden a juicio ordinario o a otro árbitro, despreciando la autoridad del árbitro al que se ha encargado el conocimiento del compromiso, y con posterioridad acuden de nuevo al mismo árbitro, el pretor no deberá obligarle a juzgar a quienes le hicieron la injuria de despreciarlo y acudir a otro». D. 4.8.2: «Se admite que del compromiso no se deriva una *exceptio*, sino una petición de la pena acordada».

2.^a) ¿Dictada la sentencia arbitral, puede cualquiera de las partes, la que se sienta perjudicada por la sentencia o incluso aquella parte a cuyo favor presuntamente ha sido dictada la sentencia, acudir a la jurisdicción ordinaria y replantear de nuevo el asunto? Los textos parecen claros al respecto. Así, en D. 4.8.21.1, Ulpiano: «Si el árbitro hubiese sentenciado en el sentido de que Ticio nada debe

a Seyo..., y sin embargo este hubiese reclamado “ante un juez”, se entiende que ha actuado contra la sentencia del árbitro, y así respondieron Ofilio y Trebacio». Parece pues, conforme al texto señalado, que cabría iniciar un proceso ordinario, no obstante la decisión arbitral sobre el mismo asunto. *Consultatio veteris iurisconsulti*: 9.17: «Contra la sentencia del árbitro, solo cabe reclamar la pena derivada del compromiso, no lo que deriva del pacto convenido».

La opción que se da, por otra parte, en D. 4.8.11.3, a quienes han realizado un pacto de compromiso revestido de estipulación penal, de acudir a la *exceptio pacti* o a la acción derivada de la *stipulatio poenae* no parece aplicable al compromiso, en la medida en que la *conventio compromisoria* no tiene la consideración de un pacto en sentido técnico, del que se derive una *exceptio pacti*, como así se señala en los textos en los que se alude con carácter específico al compromiso, así en D. 4.8.2 y *Consultatio* 9.17 (vid. en el sentido expresado en nota 68 de VALIÑO, y en contra este autor), y a que en el mencionado texto se hace referencia a un específico pacto de no pedir, *pactum de non petendo*, entre los compromitentes, del cual si se deriva una excepción: «En ocasiones, como escribe Pomponio, el compromiso se hará mediante nudo pacto, así si ambas partes fueran deudores, y pactaran que el que no cumpla la sentencia del árbitro, no pueda reclamar judicialmente lo que se le debe»²³.

En la época postclásica se habría introducido la *exceptio veluti pacti* en el pacto de compromiso, así en C. J. 2.55.5.pr.: «...dictada la resolución arbitral, no solo nacerá para el reo la excepción a semejanza de la derivada de pacto, sino también por nuestra voluntad la acción por el hecho a favor del actor... *Non solum reo exceptionem veluti pacti generari, sed etiam actori ex nostro numine in factum actionem...*». Una vez dictada la resolución arbitral cabrá, por tanto, oponer la excepción derivada del compromiso frente a cualquier pretensión de replantear la cuestión ante un órgano judicial, en la línea de la actual declinatoria. A la excepción como de pacto se refiere ya a finales de la época clásica Ulpiano, recogido en D. 4.8.13.1: «...si el compromiso arbitral es solo sobre los asuntos controvertidos de uno de los estipulantes, no hay razón para dudar que valga el compromiso... si demanda el estipulante puede decirse que el compromiso es pleno, porque el demandado está ya seguro mediante una excepción como de pacto...»²⁴.

Artículo 11 LA. Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal.

El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria».

La propia referencia a «cumplir lo estipulado» es una huella de la institución de la estipulación romana, *stipulatio*, utilizada para formalizar el compromiso arbitral.

IV. DE LOS ÁRBITROS

A) CAPACIDAD PARA SER ÁRBITRO

Solo podían ser árbitros aquellas personas que tuviesen plena capacidad de obrar negocial²⁵.

No podían, en consecuencia, asumir un arbitraje, los menores sometidos a tutela o a patria potestad, ni los mayores de edad menores de veinte años, así en un texto de Calistrato, D. 4.8.41, en el que se equipara, a estos efectos, a jueces y árbitros, hasta el punto de utilizarse la expresión de *iudicem compromissarium*: «Estando dispuesto por la Ley Julia, que el menor de veinte años no sea apremiado a juzgar a nadie, no es lícito elegir como juez compromisario al menor de veinte años, por lo que en modo alguno se incurre en pena por el incumplimiento de su sentencia...».

Sí podían ser árbitros y, en consecuencia, ser obligados a dictar sentencia, si hubiesen asumido tal responsabilidad, los hijos de familia mayores de veinte años y sometidos a patria potestad, así en D. 4.8.5: «También puede ser obligado el hijo de familia a desempeñar la función que aceptó como árbitro».

El principio de incapacidad por razón de falta de libertad de la persona elegida como árbitro decae sí, con posterioridad, desaparecida la causa de invalidez y atribuido el *status libertatis* a la persona encargada de asumir el arbitraje, las partes manifiestan su conformidad con la actuación arbitral, así en D. 4.8.9.pr. Asimismo la incapacidad por razón de edad, para actuar como juez, parece, no obstante, encontrar una excepción, en aquellos casos de consentimiento expreso de las partes, siempre que quien actúa como juez sea mayor de dieciocho años, lo que parece extensible, por analogía con la disposición prevista en la *Lex Iulia*, al árbitro compromisario, así en D. 42.1.57, texto probablemente interpolado en época justiniana: «...si se nombró, con el consentimiento de las partes, un juez menor, se dice con todo derecho que la sentencia es válida para aquellos que lo sabían y consintieron en su nombramiento...»²⁶.

En D. 4.8.9.1 se recoge la opinión de Pomponio, relativa a que no se puede formalizar un compromiso para que actúen como árbitro las personas sometidas a tutela, los sordos, los mudos, y las personas que padecen locura: «Según escribe Pomponio, no se puede contraer compromiso para que sea árbitro una persona sometida a tutela, un loco, un sordo o un mudo». La prohibición relativa a los sordos y a los mudos debe enmarcarse en los requisitos exigidos en el ejercicio de la actividad jurisdiccional y en la oralidad requerida para la aceptación de la condición de árbitro mediante estipulación.

Cabe elegir como árbitro a cualquier persona con independencia de su estimación social, así en D. 4.8.7.pr.: «Escriben Pedio y Pomponio que no tiene relevancia que el árbitro elegido sea persona de buena fama o de reputación dudosa...». Ahora bien, si el árbitro actuare de forma venal o con manifiesta

arbitrariedad a favor de una de las partes, cabrá el ejercicio de la excepción de dolo malo o de la acción de dolo, *actio doli*, derivada de la cláusula de dolo, en el caso de que esta se hubiere agregado a la estipulación²⁷. Asimismo se afirma en D. 4.8.32.14 que: «Cuando un árbitro resultase ser enemigo de forma pública y manifiesta “de uno de los litigantes” por otras causas y fuese interpelado para que no dictase sentencia, no obstante lo cual hubiese persistido en su intención, sin que nadie le apremiase a ello, el emperador Antonio (Caracala respondió por rescripto a la pregunta de quién le demandaba sobre esta cuestión, que podía interponer la excepción de dolo malo)».

En el caso de incapacidad de una de las partes sobrevenida durante el desarrollo del arbitraje, el árbitro no debe dictar sentencia. Así en relación con la demencia o trastorno psíquico relevante en D. 48.47.1: «Si una de las partes que hubieren formalizado el compromiso se hubiera vuelto loco». 48: «no podrá obligarse al árbitro a dictar sentencia». 49.pr.: «sino que por el contrario se le requerirá para que no dicte sentencia, porque se considera que no vale lo que se hace en presencia de una persona demente. Ahora bien, si esta persona aquejada de demencia tuviese curador, o hubiese sido incapacitado por curatela durante el desarrollo de la controversia sometida a arbitraje, podrá dictarse la sentencia en presencia del curador».

La aproximación y progresiva equiparación entre jueces y árbitros se manifiesta en el contenido de diversos textos. Así en:

- D. 5.1.81: «No puede ser juez quien no ejerce jurisdicción... ni fue elegido en virtud de arbitraje compromisario...», donde se subraya la proximidad entre ambas funciones al efecto de juzgar²⁸.
- Pauli Sententiae 5.5.1: «La decisión de un *iudex* compromisario no tiene fuerza de cosa juzgada; ahora bien, si se estipuló entre las partes una pena, y la cuestión ha sido sometida a juicio ordinario, la pena puede ser reclamada sobre la base de la estipulación»²⁹.
- D. 4.8.13. 2: «Se entiende que aceptó el arbitraje, según dice Pedio en el libro noveno, el que aceptó las funciones propias de un juez, y se compromete mediante sentencia a poner fin a las controversias»³⁰.
- La equiparación de juicios a arbitrajes tiene lugar asimismo a los efectos de determinados días feriados, C.J. 3.12.7: «Ordenamos que todos los días sean hábiles a efectos jurídicos. Serán feriados los días de los meses que el año ha destinado con más indulgencia para el descanso del trabajo, los del estío... en estos días no deben conocerse asuntos litigiosos ni actuaciones ante árbitros...», o en relación con contiendas futuras o sobrevenidas, D.4.8.46: «El árbitro puede juzgar respecto a los asuntos, cuentas y controversias existentes en el momento de formalización del compromiso, pero no de las sobrevenidas con posterioridad», y D.5.1.35: «Así como puede estar pendiente la obligación de un fiador..., no puede,

en cambio, quedar pendiente un juicio, ni referirse a cosas que van a ser en un momento futuro objeto de la obligación...»³¹.

- En el texto de Calistrato, D. 4.8.41, ya mencionado, se equipara, a los efectos de capacidad para juzgar a jueces y árbitros, hasta el punto de utilizarse la expresión de *iudicem compromissarium*: «Estando dispuestos por la Ley Julia, que el menor de veinte años no sea apremiado a juzgar a nadie, no es lícito elegir como juez compromisario al menor de veinte años, por lo que en modo alguno se incurre en pena por el incumplimiento de su sentencia...».

Artículo 13 LA: «Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión...».

En la reforma de la LA de mayo de 2011, relativa al artículo 15.1, se sustituye el requisito de ser abogado en ejercicio para arbitrar en derecho, por la condición de jurista, que deberá ostentar todo árbitro único y al menos uno de los tres árbitros que formen un tribunal arbitral. Cabe, no obstante, poner de relieve que los reglamentos de las distintas cortes de arbitraje pueden exigir requisitos concretos a quienes ejercen la función de árbitro en los arbitrajes que en las mismas se tramitan³².

Por razón de cargo, se afirma en D.4.8.9.2 que la persona que conoce como juez de un asunto no puede asumir la función de árbitro del mismo: «Prohíbe la Ley Julia —sobre los juicios privados— que el que es juez asuma el arbitraje sobre un asunto respecto del que es juez, o que autorice que se contraiga tal arbitraje compromisario, y si se hubiese dictado sentencia, no debe dar acción para reclamar la pena por incumplimiento».

El árbitro, por su parte, se compromete a asumir sus funciones como tal y a dirimir el conflicto, mediante su sentencia, dentro del ámbito de lo que constituye el objeto de la controversia. Es decir, a ningún árbitro le es permitido ir más allá de lo previsto en el pacto de compromiso, así se establece en distintos textos:

- «Deben saber los que ostentan el cargo de árbitro que deben basarse en todos sus extremos en el mismo compromiso, porque ningún árbitro puede ir más allá de lo previsto en el convenio. Así pues, no podrá el árbitro resolver lo que quiera, ni sobre cualquier asunto, sino respecto del que es objeto del compromiso y hasta donde este alcance». D. 4.8.32.15.
- «El árbitro no puede hacer nada que no esté previsto en el compromiso, por lo que es necesario que se incluya la prórroga del plazo del compromiso; en caso contrario, puede desobedecerse impunemente al árbitro que disponga una prórroga». D. 4.8.32.21.
- «El plazo del compromiso puede prorrogarse, pero no por acuerdo, sino por disposición del árbitro, cuando es necesario que se prorrogue para que no se incurra en la pena». D. 4.8.32.11.

- «Si el árbitro dispone que se le agregue otro árbitro, no estando esto previsto en el compromiso, no se considera dictada la sentencia, porque la sentencia debe ser sobre el objeto del compromiso, y aquello no entraba en el compromiso». D. 32.13.17.
- C. J.2.56: «Más si se pronunció sentencia pasado el día fijado en el compromiso, es nula la sentencia, y no incurre en pena alguna el que no la hubiere obedecido» (a. 213).
- «Se entiende que asumió el arbitraje, según dice Pedio en el libro noveno, el que aceptó las funciones de juez, y se comprometió a poner fin a la controversia mediante su sentencia. Pero si, añade Pedio, la persona elegida se limita a comprobar si las partes se ponen de acuerdo en que se resuelva el conflicto con su consejo y autoridad, ello no es suficiente, en su opinión, para que se considere asumido el arbitraje»: D. 4.8.13.2 (Ulp. 13 ed.).

En el texto mencionado de Ulpiano se resalta la analogía entre las funciones de juez y árbitro, al subrayar la opinión del jurista Pedio conforme a la cual quien acepta un arbitraje se compromete a asumir en el desarrollo de su actuación las funciones propias de los jueces³³.

B) NOMBRAMIENTO Y NÚMERO DE ÁRBITROS. ADOPCIÓN DE DECISIONES COLEGIADAS

Las partes podían designar libremente el número de árbitros, uno o varios³⁴, si bien lo usual, y lo que se recomendaba a las partes, era que el número fuese impar, por razones prácticas, así se afirma por Ulpiano en D. 4.8.16.6: «Cuando en el compromiso se acuerda la designación de dos árbitros... puede quedar el asunto sin resolver a causa de la natural facilidad de los hombres para no ponerse de acuerdo, por lo que se suelen nombrar en el arbitraje un número impar de árbitros, no porque sea fácil que todos lleguen a un acuerdo, sino porque, aunque disientan, se encuentra una mayoría a cuyo arbitraje se habrá de estar... Si se eligen dos árbitros para dirimir la controversia y estos disientan, el pretor les obligará a designar a un tercero, cuya autoridad deberá ser reconocida».

El artículo 12 LA establece, con carácter obligatorio, que el número de árbitros debe ser impar: «Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo se designará un solo árbitro».

C) EXCUSAS DEL ARBITRAJE: MOTIVOS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

Cuestiones distintas atinentes a las excusas del arbitraje se hayan previstas, de forma casuística, y satisfactoriamente resueltas en los textos romanos. Así en:

- D. 4.8.15³⁵: «Si bien el magistrado obligará al árbitro a dictar sentencia, sin embargo, en ocasiones, deberá tener en cuenta sus razones para excusarlo del arbitraje, previa cognición de causa, así por ejemplo, si hubiese sido difamado por los litigantes, o si hubiese una enemistad manifiesta entre él y los litigantes, o con alguno de ellos, o por razón de edad, de una enfermedad sobrevenida, de la necesaria atención a los propios negocios como causa de dispensa, de un viaje urgente o del ejercicio de las funciones propias de un cargo público. 16. O si le acontece cualquier otro impedimento surgido con posterioridad a la aceptación del arbitraje. No obstante, en casos de enfermedad u otros semejantes, el magistrado está obligado a prorrogar el arbitraje».
- Parece que si la enfermedad del juez, lo que cabría extender al árbitro, era pasajera, se producía un aplazamiento del procedimiento, mientras que si tenía visos de prolongarse en el tiempo, se consideraba un motivo de excusa y exigía el nombramiento de un sustituto³⁶. Así en: D. 50.5.13.pr. D. 2.11.2.3 y D. 5.1.46.
- D. 4.8.9.4: «Dice Juliano que si los litigantes han difamado al árbitro, el pretor no debe excusarle sin más, sino previa cognición de causa».
- D. 4.8.32.14: «Cuando un árbitro resultase ser públicamente enemigo de un litigante por causas diversas y es interpelado mediante pruebas para que no dicte sentencia, y no obstante hubiese persistido en dictar sentencia sin que nadie le apremie, el emperador Antonino Caracalla mediante rescripto estableció que, aunque no cabía apelar la sentencia arbitral, sí era posible oponer la excepción de dolo malo frente a la petición de pena».
Se prevé, por tanto, en las fuentes romanas la recusación del árbitro por los comprometidos en aquellos casos en los que la corrupción del árbitro o la enemistad sobrevenida con alguno de los litigantes, le incapacite para continuar desempeñando su función y dictar sentencia. La enemistad pública entre árbitro y litigantes se configura pues como un motivo de abstención y de recusación.
- Se considera asimismo causa de abstención y excusa arbitral que uno de los litigantes plantee la controversia, pendiente de resolución arbitral, ante un juez ordinario o ante otro árbitro. Así en D. 4.8.9.5, 4.8.10 y 4.8.11.pr.: «Si los litigantes desprecian la autoridad del árbitro acudiendo a un juicio ordinario o a otro árbitro y, con posterioridad, vuelven a plantear la cuestión al árbitro originario, el pretor no debe obligar a este a juzgar a quienes le hicieron la injuria de despreciarlo y acudir a otro».
- Constituye también causa de excusa que el árbitro tenga pendiente un juicio propio que le impida ocuparse del arbitraje, así en D. 4.8.16.1: «El árbitro debe ser excusado del compromiso por razón de un juicio

propio que tenga pendiente, ya sea público o privado, siempre que no pueda prorrogarse el plazo del compromiso, dado que si puede ¿por qué no va a obligar a que se prorrogue siendo posible?».

- Se prevé asimismo en los textos la recusación del juez y la prohibición de que el juez asuma el arbitraje de un asunto que está conociendo como juez, así en D. 4.8.9.2: «Prohíbe la Ley Julia que el que es juez asuma el arbitraje de un asunto que está juzgando como juez, o que autorice que se contraiga tal arbitraje, y si, no obstante, el árbitro así elegido hubiese dictado sentencia, no se debe dar acción para reclamar la pena por incumplimiento», así como la prohibición de que el árbitro asuma el arbitraje sobre un asunto propio, así en D. 4.8.51: «Si alguien hubiese sido nombrado árbitro de un negocio propio, no puede dictar sentencia, porque se mandaría o se prohibiría hacer algo a sí mismo, lo que no cabe».

Artículo 17 LA. Motivos de abstención y recusación:

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.
2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes.
3. Un árbitro solo podrá ser recusado si concurren en él las circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.

D) RESPONSABILIDAD ARBITRAL. PROVISIÓN DE FONDOS

En relación con la función arbitral, cabe señalar que desde el punto de vista de la sistemática jurídica, los supuestos de asunción no formal de responsabilidad previstos en el edicto de los magistrados reciben el nombre de recepta. Al respecto, se prevé la asunción de responsabilidad de los árbitros, de los naveros, hospederos y dueños de esclavos, y de los banqueros, bajo la denominación de:

- a) *Receptum arbitrii*, con referencia a los árbitros.
- b) *Receptum nautarum, cauponum y stabulorium*, con referencia a los navieros, hospederos y dueños de establos, y
- c) *Receptum argentarii*, con referencia a los banqueros.

El título 8 del libro 4.º del Digesto dedicado íntegramente, en sus 52 capítulos, al arbitraje, se rubrica como: «Sobre los casos de responsabilidad asumida: Que los que asumieron un arbitraje, dicten sentencia: «Quiere con ello decirse que en el texto edictal se tipifica y sanciona la asunción de responsabilidad por los árbitros que se han comprometido a dictar sentencia, *edictum de receptis*».

El título 9 del libro 4.º del Digesto, que continúa con la regulación de supuestos de responsabilidad asumida, tiene por rúbrica «Qué los navieros, posaderos y dueños de establos restituyan lo que asumieron bajo su custodia». En estos casos, la responsabilidad que se les exigía a los titulares era objetiva, es decir, se les imputaba la pérdida o deterioro de la cosa, con independencia de la culpa, hasta el límite de la fuerza mayor, *vis maior*, mientras que en el arbitraje compromisario el criterio de responsabilidad es subjetivo, es decir, la exigencia de responsabilidad se circunscribe al dolo y a la culpa.

La asunción de responsabilidad por parte de los banqueros, *receptum argentarii*, hace referencia a aquellos supuestos en los que el banquero se compromete a efectuar un pago por cuenta de su cliente. En la época justiniana, este tipo específico de asunción de responsabilidad se integra en la figura del *constitutum debiti alieni*, es decir, la promesa de pago de una deuda ajena.

En contraposición con la obligación de asumir el oficio de juez, cuando un ciudadano es elegido por las partes o designado como tal por el magistrado, en atención a la impronta de carga pública o deber ciudadano de colaboración en la impartición de la justicia, los árbitros compromisarios no estaban obligados a aceptar el encargo de arbitraje, pero si lo aceptaban, quedaban obligados a dictar sentencia, así en D. 4. 8.3.1 (Ulp. 13 ed.): «Aunque el pretor no obliga a nadie a asumir la función de árbitro, porque esto es cosa libre e independiente, y puesta fuera de la coacción del magistrado, sin embargo, tan pronto alguien hubiese aceptado el arbitraje, estima el pretor que el asunto atañe a su cuidado y solicitud, no solo porque debe procurarse que se resuelvan las controversias, sino porque no deben ser defraudados los que eligieron a una persona, como hombre recto, para que sea árbitro en su contienda..., porque si después de tratarse la causa una o dos veces, y descubrirse las intimidades de uno y otro contendiente, y conocerse los secretos del negocio, el árbitro por favoritismo, venalidad o por cualquier otra causa, no quisiera dictar sentencia, ¿quién va a negar que será lo justo que el magistrado intervenga a fin de que el árbitro cumpla el encargo que aceptó» (Ulp. 13 ed.)³⁷, y D. 4.8.3.3: «El pretor obligará al árbitro, con independencia del puesto que desempeñe, a cumplir la función que asumió...».

Si un asunto se somete a arbitraje compromisario y antes de iniciarse el procedimiento arbitral o sin haberse resuelto mediante sentencia, se inicia un proceso sobre el fondo de la cuestión por alguna de las partes, la parte que inicia el pleito deberá pagar la pena prevista por incumplimiento, pero el magistrado iniciará el conocimiento del asunto, así en D. 4.8.30: «Si alguno lleva a juicio el asunto sobre el que se ha hecho el compromiso... deberá imponérsele la pena prevista, y continuará el pleito por sus trámites ante el juez». D. 4.8.9.5: «Opina Juliano que si los litigantes acuden a juicio ordinario o a otro árbitro, despreciando la autoridad del árbitro al que se ha encargado el conocimiento del compromiso, y con posterioridad acuden de nuevo al mismo árbitro, el pretor no deberá obligarle a juzgar a quienes le hicieron la injuria de despreciarlo y acudir a otro».

La asunción de responsabilidad por parte del árbitro, en caso de una negativa a dictar sentencia³⁸, o de no hacerlo, sin justa causa, dentro del plazo previsto, no implicaba que el magistrado pudiese obligarle a dirimir el conflicto, pero si está previsto, como sanción: *a*) la imposición de una multa, que se configura como sanción de derecho público administrativo, o *b*) un embargo de bienes específicos o tomas de cosas del árbitro en garantía³⁹.

Así en referencia a remedios extraprocesales, en el caso de incumplimiento de las resoluciones pretorias, se afirma en D. 4.8.32.12: «Si el árbitro hubiere intentado ocultarse, el pretor procurará encontrarlo, y si no lo hallare pasado un plazo amplio de tiempo, procederá a la imposición de una multa», y en D. 25.4.1.3: «...se le obligará, con los remedios extraprocesales pretorios, a comparecer en juicio, y si no compareciera, se le tomarán y venderán cosas en prenda, o se le sancionará mediante multas», con independencia de la responsabilidad por los daños y perjuicios que se derivasen de su actuación, lo que suponía una coacción indirecta en la actuación arbitral.

La obligación del árbitro de dictar sentencia se condicionaba, por otra parte, a la existencia y validez efectiva del compromiso *inter partes*. Así D. 4.8.11.1: «No debe ser obligado el árbitro a dictar sentencia más que si hubiere mediado compromiso».

La condición de árbitro era personal e intransferible, conforme se afirma en D. 4.8.45: «El arbitraje conferido en los compromisos es personalísimo», lo cual no excluye, a mi juicio, la transmisión de la obligación al heredero de cumplir la sentencia o de satisfacer, en su caso, la pena estipulada, si la sentencia arbitral hubiese sido ya dictada, o bien si en el convenio arbitral se hubiese previsto que el compromiso se perpetuaría en la persona del heredero o herederos de los comprometidos, así en D. 4.8.27.1, Ulp. 13 ad ed.: «Si en el compromiso no se hubiere hecho mención del heredero o de los demás sucesores, el compromiso se extinguirá por la muerte, y no compartimos el parecer de Labeón, según el cual, si el árbitro hubiese dispuesto que alguien diese una cantidad y este muriese antes de darla, se incurrirá en la pena, aunque su heredero estuviese dispuesto a ofrecer la cantidad».

En la etapa justiniana se produce un acercamiento en la posición jurídica de jueces y árbitros compromisarios en numerosos aspectos, así en materia de pactos, en C. J. 2.3.29.2 (a. 531): «...si hasta en el mismo edicto del pretor se obliga a respetar los pactos convenidos en todos los casos, si no contravienen las leyes, ni se celebraron con dolo malo... y es una regla del antiguo derecho que todos pueden renunciar a lo que en su favor se ha establecido, mandamos que estos principios los observen todos nuestros jueces en los litigios, y llegue tal observancia a los jueces pedáneos, a los jueces compromisarios y a los árbitros elegidos, quienes deberán saber que si desatendieren esta disposición, se entenderá que hacen suyo el litigio».

La función arbitral, al igual que la función judicial, hasta bien avanzada la época clásica en la que los jueces se profesionalizan y pasan a formar parte de la Administración estatal, se realiza de forma gratuita por quienes asumen el arbitraje, así en D. 48.11.7. pr: «La Ley Julia de concusión prohíbe que nadie cobre nada por nombrar, cambiar o decretar que juzgue un juez o árbitro... ni por la estimación en una controversia, ni por condenar a pena capital o pecuniaria ni por dejar de hacerlo», lo que contrasta con el carácter remunerado de la actuación de los jueces y de los árbitros en la época postclásica, así en C.J. 12.19.1: «Mandamos que el importe de los gastos de tasas procesales sea moderado y que se pague a los ejecutores del cuerpo de agentes en los negocios que se le hayan atribuido, un solo sueldo hasta el final del negocio, dos sueldos por el ingreso que se haga en el tribunal..., la mitad de un sueldo a los escribientes por la escritura de sus actuaciones, y si resultare que el negocio se ventila ante un árbitro, un solo sueldo y nada más al árbitro...».

Artículo 21 LA. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos:

1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros.
2. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje.

V. DE LA SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES (TÍTULO IV)

A) INICIO. DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

La idea motriz del arbitraje romano es la de la autonomía de la voluntad y el acuerdo *inter partes*, por lo que no constituyen la norma las disposiciones que prevén la intervención del magistrado jurisdiccional con carácter vinculante para las partes que acuerdan someter una o varias controversias a arbitraje, así en D. 4.8.32.21: «El árbitro no puede hacer nada que no esté previsto en el compromiso...».

Artículo 27 LA. Inicio del arbitraje: «Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la del inicio del arbitraje».

Artículo 29 LA. Demanda y contestación: «Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por los árbitros y a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda...».

B) LUGAR DEL ARBITRAJE. COMPARECENCIA DE LAS PARTES

El lugar en el que se va a desarrollar el arbitraje será el fijado por las partes, y a falta de acuerdo entre estas, será determinado por los árbitros. Así en D. 4.8.21.10: «Si el árbitro dispuso, por ejemplo, que los litigantes compareciesen en una provincia, habiéndose no obstante acordado en Roma el arbitraje compromisario, se pregunta si se puede dejar impunemente de obedecer al árbitro, y es más cierto lo que dice Juliano, de que se entiende que el lugar en el que deba desarrollarse el compromiso es aquel en el que este se ha formalizado, por lo que se puede impunemente dejar de obedecer al árbitro, si este hubiese dispuesto que se compareciese en otro lugar...».

Lo que sí puede el árbitro, en determinados casos, es citar para la sustanciación de las actuaciones en un lugar próximo a la ciudad en la que se hubiese acordado el compromiso. Así en 4.8.21, *in fine*: «¿Qué sucederá si el árbitro convoca a las partes en un lugar próximo a la ciudad en la que se hubiese acordado el compromiso? Pegaso opina que la disposición es válida, lo que me parece que es cierto en el caso de que el árbitro fuese de tal autoridad que acostumbrase a citar a las partes en un lugar apartado de la ciudad, al que los comparecientes pueden acceder sin dificultad».

Artículo 26 LA. 1. «Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, lo determinarán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes». 2. «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, los árbitros podrán, previa consulta a las partes y salvo acuerdo en contrario de estas, reunirse en cualquier lugar que estimen apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. Los árbitros podrán celebrar deliberaciones en cualquier lugar que estimen oportuno».

En cuanto a la comparecencia de las partes, cabe señalar que:

- En D. 4.8.27.4 se prevé la necesaria presencia de las partes en el momento de dictar la sentencia y las consecuencias del incumplimiento: «Si hubiese estado ausente alguno de los contendientes, y por esta causa no se hubiese dictado la sentencia arbitral, el ausente incurrirá en la pena prevista (en la estipulación). Conforme a este punto de vista, la sentencia dictada sin estar presentes los contendientes no será válida, salvo que en el compromiso se haya acordado de forma expresa que la sentencia se puede dictar aunque uno o los dos compromitentes estén ausentes...».

Aunque no se alude a la posibilidad de que el compromitente alegue una justa causa de su ausencia, en D. 4.8.27.4 parece razonable pensar que el régimen clásico aplicable al respeto sería el previsto en D. 4.8.21.9, en el que se alude a la exoneración de responsabilidad en el caso de que pueda realizarse un nuevo compromiso. En el Derecho justinianeo, por el contrario, como se afirma en D. 44.4.4.2, la alegación de una justa causa que impida la realización del arbitraje exime de responsabilidad a la persona afectada.

En materia de justa causa de la no comparecencia, los textos de mayor relevancia son, por tanto, los correspondientes a:

D. 4.8.21.9, correspondiente a Ulpiano: «Si alguno de los litigantes no hubiese comparecido, por serle imposible a causa de enfermedad, por ausencia a causa de asunto público, por su magistratura o por otra justa causa, dicen Próculo y Atilio que incurre en la pena estipulada; pero si el litigante estuviese dispuesto a realizar un nuevo compromiso con el mismo árbitro, se denegará la acción en su contra o quedará protegido mediante excepción. Sin embargo, esto será solamente cierto si el árbitro estuviese dispuesto a asumir el arbitraje, pues escribe acertadamente Juliano, 4 dig., que no puede ser obligado contra su voluntad...», y

D. 44.4.4.2, en el que afirma Ulpiano: «Si hubiéramos quedado mediante un compromiso en someter una controversia a arbitraje, y como consecuencia de mi incomparecencia por un problema de salud incurriese en la pena estipulada, ¿podré valerme de la excepción de dolo?, Pomponio opina que cabrá ejercitar la excepción de dolo malo».

En el caso presente, la exoneración de responsabilidad por incomparecencia debida a enfermedad no se supedita a la realización de un nuevo compromiso, lo que se explicaría por una alteración justinianea del texto clásico tendente a eliminar o atenuar la responsabilidad de los compromitentes cuando concurra una justa causa, como es la incomparecencia por enfermedad. En este sentido se pronuncia TALAMANCA cuando afirma que, en definitiva, prevalece el interés del compromitente que no comparece por razón de una causa inimputable frente al interés de la otra parte que en el juicio arbitral despliega todos los remedios procesales, por medio de las acciones estipulatorias complementarias, contra la parte ausente, lo que, por otra parte, representa una consecuencia de la propia evolución de las instituciones jurídicas⁴⁰:

- Conforme a D. 4.8.49.1: «El árbitro puede disponer la comparecencia de los litigantes bien por mensajero bien por carta».
- Las partes podrán comparecer ante el árbitro por sí mismas o por medio de representante, así en D. 4.8.47-48 y 49.pr., donde se afirma que: 47: «Si el compromiso se hizo para que el árbitro dicte la sentencia en presencia de ambas partes, o de sus herederos, y uno de los litigantes hubiere fallecido habiendo dejado una persona sometida a tutela como heredera, no se entiende dictada la sentencia si no constase la autorización del tutor. 1. Asimismo, si uno de los compromitentes hubiere perdido el juicio. 48: No será obligado el árbitro a dictar sentencia. 49: Sino que, por el contrario, no podrá dictar sentencia, por falta de validez de lo actuado en la sola presencia de la persona sin juicio. 1. Pero si la persona incapacitada por locura tuviese curador o lo hubiese tenido durante el transcurso de la controversia sometida a arbitraje, puede dictarse la sentencia en presencia del curador».
- Conforme a D. 4.8.40: «Dispuso un árbitro que las partes comparecieran el primero de enero, pero falleció antes de ese día y uno de los litigantes no compareció; no cabe duda de que en modo alguno se incurrió en la pena estipulada. Porque dice Aristón haber oído a Casio afirmar que no se incurre en la pena cuando es el árbitro quien no acude el día fijado, así como dice Servio que no se incurre en la pena cuando la causa de no cobrarla es la ausencia del estipulante».

Artículo 31 LA. Falta de comparecencia de las partes. «Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros:

- a) El demandante no presente su demanda en plazo, las partes darán por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, este manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.

- b) El demandado no presente su contestación en plazo, los árbitros continuarán las actuaciones, sin que esa omisión se considere como allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante.
- c) Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas, los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan.

VI. DEL PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y DE LA TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES

A) NORMATIVA APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSI: EQUIDAD O DERECHO

El árbitro compromisario romano decidía conforme a criterios de equidad, con una discrecionalidad y un libre arbitrio que lo distinguía del juez ordinario⁴¹, si bien no parece razonable pensar, con TALAMANCA y WŁASSAK, que la sentencia pudiera ser totalmente contraria al derecho objetivo⁴². Cabe señalar, sin embargo, que los textos no resultan del todo esclarecedores en esta materia⁴³.

Lo que, en todo caso, parece claro que sí se puede afirmar es que el árbitro decidía con mayor libertad⁴⁴ que la que se atribuía al juez ordinario, elegido por las partes o sorteado entre los componentes del álbum judicial, que tenía que atenerse al documento escrito, o fórmula, suministrado por el magistrado, incluso en aquellos supuestos que resultaban más próximos al arbitraje compromisario⁴⁵, en los que se reconocía al juez una mayor discrecionalidad en su decisión, así en las *actiones in bonum et aequum conceptae* y en las *actiones bonae fidei*⁴⁶.

En la LA de 2003, conforme se afirma en el apartado VII de la Exposición de Motivos: «...el arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la “equidad”, o a términos similares como decisión “en conciencia”, *ex aequo et bono*, o que el árbitro actuará como “amigable componedor”. No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación»⁴⁷.

Artículo 34 LA. Normas aplicables al fondo de la controversia

1. «Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello».

B) PLAZO. FORMA. CONTENIDO Y NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA ARBITRAL

Son las partes comprometidas las que deciden el plazo y la prórroga para dictar la sentencia arbitral, por acuerdo entre ellas o con intervención arbitral, así en D. 4.8.14: «Si se hizo el compromiso sin señalar plazo, es absolutamente necesario para el árbitro fijar uno, por supuesto, con el consentimiento de las partes, puesto que si no se hiciese esto en cualquier momento el árbitro estaría obligado a dictar sentencia». Es decir, el compromiso requiere que la sentencia del árbitro se dicte dentro del plazo fijado con carácter previo en el acuerdo *inter partes* o, en un momento posterior, conforme a la voluntad de estas.

En materia de plazo, forma, contenido y notificación de la sentencia arbitral, las principales disposiciones establecidas en las fuentes romanas se recogen en los textos que siguen:

En D. 4.8.13.3 se equiparan los días hábiles judiciales a los días hábiles para dictar sentencia arbitral: «El árbitro, en virtud del compromiso, no está obligado a dictar sentencia en aquellos días en que el juez no lo estaría, a no ser que fuera a transcurrir el plazo del compromiso y no pudiera prorrogarse».

La posible prórroga del plazo para dictar sentencia debe estar prevista en el pacto de compromiso, o ser acordada por las partes en un momento posterior, salvo en aquellos casos previstos en la legislación específica. Así en:

- D. 4.8.32.21: «...es necesario que la previsión de prórroga se incluya en el propio compromiso...».
- D. 4.8.13.4: «Si el magistrado apremia al árbitro para que dicte sentencia, será muy justo que si este jura que aún no está bastante clara la causa para él, se le dé tiempo para sentenciar».
- D. 4.8.16 (Paul. 13 ed.): «En caso de enfermedad u otro semejante, el pretor deberá prorrogar el arbitraje, conocida la causa».
- D. 4.8.16 (Paul. 13 ed.): «La cláusula “prorrogar el plazo del compromiso” no da al árbitro ninguna otra facultad más que la de prorrogar el plazo, y por tanto, no puede disminuir, ni alterar las condiciones del primer compromiso...».
- D. 4.8.27: «El árbitro puede —en los casos previstos— prorrogar el plazo para dictar sentencia, de palabra, por mensajero o por carta».
- D. 4.8.33: «El árbitro elegido por compromiso con facultad para prorrogar el plazo puede hacerlo, pero no puede anticipar la sentencia contra la voluntad de las partes».
- D. 4.8.11.5: «...si se compromete la pena bajo condición, no se debe obligar al árbitro a dictar sentencia antes de que se hubiere cumplido la condición...».
- D. 4.8.12: «...en cuyo caso, y solo en este, corresponderá al pretor la prórroga del compromiso».

Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo:

1. «Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios⁴⁸.
2. Si las partes no hubieran dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada.

Salvo acuerdo contrario de las partes, la expiración del plazo, sin que se haya dictado laudo definitivo, no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros». La redacción de este segundo párrafo responde a la reforma de mayo de 2011. Conforme a la nueva regulación son, por tanto, válidos los laudos dictados fuera de plazo, salvo acuerdo en contrario de las partes, sin perjuicio de la responsabilidad de los árbitros.

Con razón crítica OLIVENCIA la nueva regulación contenida en el artículo 37.2, a la que tacha de improvisada e irreflexiva, dado que con el argumento de favorecer el arbitraje se inserta un factor de inseguridad jurídica y de incertidumbre temporal, contrario a las ventajas del arbitraje, como la economía de tiempo y la previsibilidad de su duración, al tiempo que estima aconsejable que las partes acuerden en contra de la validez del laudo extemporáneo *sine die* y de no resultar posible el pacto, mantiene una interpretación restrictiva de la norma⁴⁹.

El artículo 37.2, párrafo 2.º LA, con anterioridad a la reforma de mayo de 2011 establecía que: «La expiración del plazo, sin que se haya dictado laudo definitivo, determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros. No obstante, no afectará a la eficacia del convenio arbitral, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros».

Se resuelve con la nueva redacción la polémica existente respecto a la validez del laudo arbitral, si bien ha sido objeto de crítica que la prevalencia de la autonomía de la voluntad en esta cuestión no se corresponda con la regulación, de carácter imperativo prevista en los restantes motivos de anulación del laudo, contenida en el artículo 41 LA y que pueda suponer una disminución en la rapidez del procedimiento arbitral⁵⁰.

La previsión de la redacción originaria de la LA de 2003, se correspondía con lo establecido en el Código Justiniano. Así en: C.J. 2.56.1: «Más si se pronunció sentencia pasado el día fijado en el compromiso, es nula la sentencia, y no incurrir en pena alguna el que no la hubiere obedecido» (a. 213).

Mediante la sentencia, el árbitro decide la cuestión litigiosa, así en D. 4.8.13.1: «Se entiende que asumió el arbitraje, según Pedio, quien aceptó las funciones

propias de un juez, y se comprometió a que con su sentencia pondría fin a las controversias».

La sentencia arbitral, en contraposición al carácter pecuniario de la sentencia judicial en la época clásica, no tenía necesariamente que consistir en una cantidad de dinero, sino que podían tener una naturaleza diversa, lo que obedecía asimismo a la mayor discrecionalidad propia de la actuación arbitral respecto de la estrictamente judicial, así en D. 4.8.39.pr.: «No se incurre en la pena del arbitraje por cualquier causa de desobediencia a la sentencia arbitral, sino tan solo en aquellos aspectos que se refieren al pago de una cantidad o a la realización de alguna actividad...».

Dictada la sentencia arbitral, se concede un breve plazo para su cumplimiento, *quoddam modicum tempus*, transcurrido el cual, podrá exigirse a la parte incumplidora el pago de la pena acordada⁵¹, o exigírsele la responsabilidad derivada del incumplimiento de la estipulación *in faciendo*, por los daños y perjuicios causados⁵², así en D. 4.8.21.12: «Habrà que determinar pasado cuanto tiempo, se podrá exigir el pago de la pena por incumplimiento de lo dispuesto por el árbitro. Es cierto que si no hubiese fijado un término cierto, pasado un plazo razonable, se podrá pedir la pena establecida...», y en D. 44.7.23: «Si un árbitro hubiera dispuesto, en virtud del compromiso, que uno de los litigantes diera una cantidad un cierto día, y este no cumpliera por causa imputable a él mismo, respondió Juliano que no se incurría en la pena establecida, de tal suerte que Servio opinaba con mucha razón que cuando no se determinaba en la sentencia arbitral en que día concreto se debía entregar la cantidad fijada, se consideraba concedido un plazo prudencial...»⁵³.

Distinguen pues las fuentes entre aquellos supuestos en los que se fija el cumplimiento de la sentencia en un día determinado y aquellos en los que no se fija plazo determinado para el cumplimiento, así como entre aquellos supuestos en los que el incumplimiento se debe a causa imputable al obligado y aquellos otros en los que este se produce como consecuencia de causa ajena a la voluntad del obligado.

A la responsabilidad patrimonial o penal en la que incurren los compromitentes derivada de la no comparecencia, la falta de colaboración con el árbitro, la negativa a cumplir la sentencia arbitral o el inicio de un proceso ordinario pendiente la resolución de la cuestión por parte del árbitro elegido, se refieren numerosos textos, así en: D. 4.8.2: «Se admite que del compromiso no se deriva una *exceptio*, sino una petición de la pena acordada», D. 4.8.9.2: «Prohíbe la Ley Julia —sobre los juicios— que el que es juez asuma el arbitraje sobre un asunto del que es juez, o que autorice que se contraiga tal compromiso, y si hubiese dictado sentencia, no se debe dar acción para reclamar la pena por incumplimiento», D. 4.8.21.12: «Habrà que determinar pasado cuánto tiempo se podrá exigir el pago de la pena por incumplimiento de lo dispuesto por el árbitro. Es cierto que si no hubiese fijado un término cierto, pasado un plazo

razonable, se podrá pedir la pena establecida...». D. 4.8.27.3: «Si se hubiesen elegido varios árbitros y hubiesen dictado sentencias diversas, será lícito no seguir sus sentencias, pero si la mayoría estuviese de acuerdo en una, se estará a ella, y, de lo contrario, se incurrirá en pena». D. 4.8.44: «...Respondí que si no se obedeció al árbitro en aquello sobre lo que hubiese pronunciado la sentencia arbitral en presencia de ambas partes, se incurrirá en pena». D. 4.8.21.9: «Si alguno de los litigantes no hubiese comparecido, por serle imposible a causa de enfermedad, por ausencia a causa de asunto público, por su magistratura o por otra justa causa, dicen Próculo y Atilio que incurre en la pena estipulada; pero si el litigante estuviese dispuesto a realizar un nuevo compromiso con el mismo árbitro, se denegará la acción en su contra o quedará protegido mediante excepción. Sin embargo, esto será solamente cierto si el árbitro estuviese dispuesto a asumir el arbitraje, pues escribe acertadamente Jualino, 4 dig., que no puede ser obligado contra su voluntad...».

C) TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES. EXTINCIÓN DEL COMPROMISO

En D. 4.8.32.3 se hace mención de determinados supuestos de cesación del acuerdo compromisario: «...el compromiso se extinguirá por causa de transcurso del plazo establecido, muerte, manifestación expresa de satisfacción del débito por parte del acreedor, incoación de un proceso sobre el mismo asunto y acuerdo *inter partes*». En 4.8.32.5 se menciona asimismo la transacción entre las partes como causa de extinción del compromiso: «No debe ser compelido el árbitro a dictar sentencia si las partes transigieron sobre el asunto sometido a compromiso...».

En D. 4.8.14 se hace asimismo referencia, como ya ha sido señalado, al plazo previsto para la resolución de la controversia mediante arbitraje: «Si el compromiso se hizo sin fijar plazo, es absolutamente necesario que el árbitro fije uno con el consentimiento de las partes y que antes de su finalización se decida la controversia...». Es decir, que el compromiso requiere que la sentencia del árbitro se dicte dentro del plazo fijado con carácter previo en el acuerdo *inter partes* o, en un momento posterior, conforme a la voluntad de aquellas. En C. J. 2.56 se afirma que la sentencia dictada con posterioridad al plazo fijado es nula: «Si se pronunció sentencia, pasado el día fijado en el compromiso, es nula la sentencia, y no incurre en pena alguna el que no la hubiere obedecido» (a. 213).

En relación con la muerte cabe señalar el carácter personalísimo del compromiso, así en D. 4.8.45: «el arbitraje conferido en los compromisos es personalísimo», lo que implica la intransmisibilidad del compromiso, es decir, que el fallecimiento de cualquiera de las partes supone la extinción del compromiso, salvo la previsión de la mención del heredero como sucesor en el compromiso de su causante, así en D. 4.8.27.1, Ulpiano, 13 ed.: «Si en el compromiso no se

hubiese hecho mención del heredero o de los demás sucesores, el compromiso se extinguirá por la muerte...», y en D. 4.8.49.2: «Si tan solo una de las partes comprometidas hubiese hecho mención del heredero, el compromiso se extinguirá por la muerte de cualquiera de los litigantes, del mismo modo que se extinguiría si ninguno de estos hubiese previsto la transmisión al heredero del compromiso»⁵⁴.

La muerte del árbitro también conlleva la extinción del compromiso, así en D. 4.8.40: «Dispuso el árbitro que se compareciera el primero de enero, pero falleció con anterioridad a ese día, y uno de los litigantes no se presentó en el día previsto, y no por ello queda obligado al cumplimiento de la pena. Como afirma Aristón, que recuerda haber oído al respecto la opinión de Casio, no se queda obligado al cumplimiento de la pena cuando es el árbitro quien no comparece...».

El compromiso arbitral cesará también cuando las partes acuerden, en cualquier momento del procedimiento, la terminación de las actuaciones derivadas del pacto compromisorio, así en D. 4.8.32.3: «...el compromiso se extingue por pacto *inter partes*».

La declaración expresa, por parte del litigante victorioso, de cumplimiento de la sentencia arbitral o de la pena prevista, por parte del otro litigante, constituye asimismo otra causa de extinción del compromiso, así en D. 4.8.13.pr.: «Afirma Pomponio que si una de las partes ha dado por recibida la pena de compromiso, no debe ser el árbitro compelido a dictar sentencia».

Artículo 38 LA. Terminación de las actuaciones: 1. «...Las actuaciones arbitrales terminarán y los árbitros cesarán en sus funciones con el laudo definitivo. 2. «Los árbitros también ordenarán la terminación de las actuaciones cuando: a) El demandante desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y los árbitros le reconozcan un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio. b) Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones. c) Los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

D) CORRECCIÓN, ACLARACIÓN Y COMPLEMENTO DE LA SENTENCIA ARBITRAL

El árbitro no podía alterar su sentencia, ni aunque hubiese incurrido en error al dictarla, aunque sí los términos propios de la preparación de la causa, *causa preparatio*, así en:

- D. 4.8.19.2: «Habrà que determinar acerca de si el árbitro puede modificar su sentencia. En alguna ocasión se ha discutido para el caso de que el árbitro dispusiera que se diera alguna cosa, y después lo negara, si deberá darse lo que mandó o lo que prohibió. Sabino era de la opinión de que sí puede el árbitro alterar su sentencia. Casio procura disculpar la

opinión de su maestro explicando que Sabino no se refería a la sentencia conclusiva del arbitraje, si no a las decisiones atinentes a la preparación de la causa, así si mandó a los litigantes que se presentasen el primer día del mes, y con posterioridad resolvió que se presentasen el quince, dado que puede variar la fecha, pero no si condenó o absolvió, pues al dejar de ser árbitro, no puede ya alterar la sentencia» y en

- D. 4.8.20: «Porque el árbitro, aunque hubiere incurrido en error al dictar la sentencia, no puede corregirla»⁵⁵.

Artículo 39 LA: «Dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros:

- a) La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar.
- b) La aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo.
- c) El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él.
- d) La rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles a arbitraje.

VII. DE LA ANULACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA ARBITRAL

Los aspectos relativos a la anulación, ejecución y cosa juzgada en materia de arbitraje plantean la cuestión, oscilante en su evolución histórica, de la atribución o no a las decisiones de los árbitros de una eficacia igual a la atribuida a los órganos ordinarios de la jurisdicción, en atención a que en el arbitraje, al igual que en el juicio ordinario, existen contendientes que someten el objeto de la controversia a la decisión de un juez árbitro, que no actúa en nombre ni por cuenta de los litigantes, sino en nombre propio y en interés de la justicia, y que debe dictar la sentencia conforme a los hechos alegados y probados, *iusta alligata et probata*⁵⁶.

A) DE LA ANULACIÓN DE LA SENTENCIA ARBITRAL. RECURSOS

La sentencia arbitral era, en línea de principio, inapelable en Derecho romano. Así, se afirma en:

- D. 4.8.27.2, Ulp. 13 ed.: «La sentencia que el árbitro dictó sobre la cuestión debe cumplirse, tanto si es justa como si es injusta... y soportarse, con buen ánimo, aún la menos aceptable...», y en

- C. J. 2.56: «De la aceptación de los árbitros»: «Con frecuencia se respondió por rescripto que no se puede apelar la sentencia del árbitro, al que se acudió en virtud de compromiso legalmente formalizado, así como que la sentencia arbitral no produce efectos de cosa juzgada, por lo que se promete por ambas partes una pena, a fin de que por miedo a ella no se separe ninguna de lo convenido» (a. 213)⁵⁷.

En relación con la anulación de la sentencia arbitral en Derecho romano, cabe señalar los siguientes textos:

- a) Si se lograba probar que el árbitro había actuado de mala fe resultaba lícito la revocación de la sentencia arbitral por parte del Magistrado. Así se afirma en D. 4.8.32.14: «...El emperador Antonio Caracala, al ser consultado por un juez ante el que se pedía la imposición de la pena por incumplimiento de la sentencia arbitral, respondió mediante rescripto que aún cuando no puede apelarse la sentencia de un árbitro, podía oponerse a la petición de la pena la excepción de dolo malo. De modo que, por medio de esta excepción hay una especie de apelación, en la medida en que resulta lícito revocar la sentencia arbitral». A la posibilidad de oponer la excepción de dolo malo, *exceptio doli*, frente a la acción derivada de la *stipulatio*, *actio ex stipulatu*, para exigir la pena por incumplimiento, en los supuestos en los que el árbitro hubiera actuado de forma venal o parcialidad manifiesta, se hace referencia en una Constitución, en forma de rescripto, dada por Diocleciano y recogida en CJ. 2.56.3: «No quedarás sometida a la sentencia de los árbitros compromisarios, si medió venalidad o parcialidad manifiesta, por lo que podrás interponer la excepción de dolo malo frente a la acción de la estipulación ejercitada por tu hija. Puedes asimismo demandar a tu hija mediante la cláusula de dolo, que suele agregarse a la estipulación de compromiso». La excepción de dolo malo, *exceptio doli*, solo podría, por tanto, oponerse, frente a la *actio ex stipulatu* ejercitada por el beneficiario del laudo arbitral en aquellos casos en los que el árbitro dicta una sentencia manifiestamente parcial e injusta, en perjuicio de uno de los litigantes.
- b) Cuando es manifiesta la venalidad o corrupción del árbitro, el pretor no puede obligar al árbitro a dictar sentencia, conforme a D. 4.8.9.3: «No se obliga a dictar sentencia a determinadas personas, por ejemplo, al árbitro venal o corrupto».
- c) El conocimiento de cuestiones no previstas en el convenio de arbitraje o no susceptibles de arbitraje, no resultaba lícito, pero no invalidaba aquellos aspectos que las partes habían sometido a la decisión arbitral, solución que se ha impuesto finalmente en la legislación actual. Así en D. 4.8.32.15: «...no podrá el árbitro resolver lo que quiera, ni sobre

cualquier asunto, sino respecto de aquel que es objeto del compromiso, y hasta donde este alcance».

- d) Conforme a D. 32.13.17: «Si el árbitro dispone que se le agregue otro árbitro, no estando esto previsto en el compromiso, no se considera dictada la sentencia, porque la sentencia debe ser sobre el objeto del compromiso, y aquello no entraba en el compromiso».
- e) Conforme a D. 4.8.21.8: «Si se compareció ante el árbitro dentro del plazo fijado en el compromiso, pero aquel hubiese mandado comparecer con posterioridad al plazo establecido en el compromiso, no se incurrirá en la pena prevista».
- f) Conforme a C. J. 2.55.1: «Más si se pronunció sentencia pasado el día fijado en el compromiso, es nula la sentencia, y no incurre en pena alguna el que no la hubiere obedecido» (a. 213). Esta disposición se recogía, conforme ha sido ya señalado, en el artículo 37. 2-2, LA: «La expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros...».
- g) En la reforma de la Ley de Arbitraje de mayo de 2011, conforme se afirma en el apartado II del Preámbulo: «Se modula una solución, a favor del arbitraje, para los casos en que el laudo se dicta fuera de plazo, sin perjuicio de la responsabilidad de los árbitros...», que se concreta en la siguiente redacción: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros».
- h) No es válida una sentencia indeterminada, así en D. 4.8.21.3: «Opina Pomponio que no es válida una sentencia indeterminada, del tipo por ejemplo “deuélvele cuanto le debes” o “debe respetarse la división que habéis realizado” o “que se te reintegre en la parte en que pague a tus acreedores”».
Tampoco resulta válida la sentencia consistente en una mera valoración o indicación no decisoria de la controversia, así en D. 4.8.19.1: «Dicta sentencia quien tiene intención de apartar a las partes mediante su resolución del conflicto planteado y si el arbitraje se hubiese asumido sobre varias cuestiones no se entiende que se haya dictado sentencia más que si se hubiese puesto término a todas las controversias y si no se actuase en este sentido, el pretor obligará al árbitro a hacerlo».
- i) No es válida la sentencia cuando se condiciona por las partes la resolución arbitral, así en D. 4.8.17.3: Ulpiano, 13 ed.: «Pregunta Pomponio quién habrá de ser obligado si el compromiso fuese que sentencie Seyo según el parecer del árbitro Ticio. Yo creo que no es válido tal arbitraje, dado que no existe libertad para el que árbitro dicte su sentencia».

- j) No es válida la sentencia dictada sobre asuntos propios del árbitro: «Si alguno hubiese sido nombrado árbitro en negocio propio no puede dictar sentencia, porque se mandaría a sí mismo hacer algo o se prohibiría pedir, y no cabe que alguien se mande o prohíba a sí mismo», así en D. 4.8.51.
- k) No es válida la sentencia no pronunciada en presencia de las partes, salvo acuerdo en contrario, así en D.4.8.27.4: «La sentencia dictada sin la presencia de los contendientes no será válida, a no ser que estos hubiesen acordado que será válida la sentencia dictada en ausencia de uno o de los dos litigantes...».
- l) D. 4.8.19.pr.: «...si el compromiso se formalizó con el objetivo de que el árbitro dictase sentencia en un determinado sentido, escribe Juliano, 4 dig., que es nulo el arbitraje, y que el árbitro no ha de ser obligado a dictar sentencia».
- m) Conforme a D. 4.8.32.15: «Deben saber los que ostentan el cargo de árbitro que deben basarse en todos sus extremos en el mismo compromiso, porque ningún árbitro puede ir más allá de lo previsto en el convenio. Así pues, no podrá el árbitro resolver lo que quiera, ni sobre cualquier asunto, sino respecto del que es objeto del compromiso y hasta donde este alcance».

El conocimiento de cuestiones no previstas en el convenio de arbitraje o no susceptibles de arbitraje no resultaba lícito, pero no invalidaba aquellos aspectos que las partes habían sometido a la decisión arbitral, así en D. 4.8.32.15, solución que se ha impuesto finalmente en la legislación actual.

Si el *arbitrium* era *boni viri cabía* la posibilidad de impugnar en juicio la decisión arbitral, así a propósito de la decisión de un árbitro no compromisario, de nombre Nerva, al que se le encarga la determinación de las partes de una sociedad, se afirma en D. 17.2.79: «Si la determinación de partes que hizo Nerva es tan perversa que resulta de ella una manifiesta iniquidad, puede ser rectificada mediante la acción de buena fe».

Artículo 40 LA. Acción de anulación del laudo: «Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título».

Artículo 41 LA. Motivos

1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicite la anulación alegue y pruebe:
 - a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
 - b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

- c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
- d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
- e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- f) Que el laudo es contrario al orden público.

B) DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA. DE LA COSA JUZGADA

En la etapa del Derecho clásico, el arbitraje compromisario no generaba una acción ejecutiva, del tipo de la *actio iudicati*, acción por lo juzgado en el proceso, mediante la que se pudiera exigir de forma directa el cumplimiento de la sentencia arbitral, sino que era necesario, dictada la sentencia arbitral, en el caso de inobservancia de esta por una de las partes, acudir a la mecánica de las recíprocas estipulaciones de cumplimiento de lo acordado, *in faciendo*, o penales, con las que se solía reforzar el pacto de compromiso⁵⁸, como garantía y soporte del procedimiento y de la sentencia arbitral, con lo que ello suponía de coacción indirecta para la parte incumplidora, dado que la parte perjudicada por el incumplimiento podía interponer la acción derivada de la pura o simple estipulación o de la estipulación penal, *actio ex stipulatu*⁵⁹.

Cabría por tanto afirmar, en definitiva, que en el caso de que las partes hubiesen decidido revestir el pacto de una *stipulatio*⁶⁰ simple o de una *stipulatio* con cláusula penal, si bien la sentencia arbitral no tendría carácter ejecutivo, en estos casos, mediante el ejercicio de la *actio ex stipulatu* cabía reclamar tanto los perjuicios o intereses derivados del incumplimiento de la estipulación, como la cantidad de dinero o la cosa prevista a título de pena o sanción, *poena compromissi*⁶¹, por el incumplimiento de la sentencia arbitral o la no colaboración con el árbitro en el desarrollo del procedimiento⁶², lo que constituía una garantía⁶³ *inter partes* de observancia de las indicaciones del árbitro y de cumplimiento de la sentencia arbitral⁶⁴.

Las estipulaciones recíprocas, con las que se revestía y reforzaba el pacto de compromiso, debían prever, de forma congruente, el cumplimiento de la sentencia arbitral, «estar a la sentencia arbitral, en expresión de Ulpiano, en D. 4.8.27.7: *simpliciter sententia stari quis promisserit...*» y, en su caso, la entrega de una cantidad o de una cosa a título de pena, *stipulatio poenae*, para el caso de incumplimiento o de ausencia de colaboración con la labor arbitral.

Las estipulaciones tenían, por otra parte, carácter accesorio respecto del pacto de compromiso arbitral, cuya ineficacia, por cualquier causa, así la falta de capacidad de los intervinientes⁶⁵ o del árbitro⁶⁶, acarrearía la nulidad de aquellas.

Si la parte incumplidora se negaba al pago de la pena estipulada, *pecunia compromissi*, la otra parte podía exigírselo mediante el ejercicio de la acción derivada del contrato estipulatorio, *actio ex stipulatu*, cuya función, en este concreto sentido, era asimilable a la acción por la que se exigía el cumplimiento de la sentencia judicial, la *actio iudicati*⁶⁷.

Por otra parte, como señala LINARES, a propósito de la relativa abstracción que puede derivarse de las estipulaciones en el pacto de compromiso arbitral, es siempre necesario interpretar de forma integradora las mencionadas estipulaciones con la voluntad de las partes en su otorgamiento⁶⁸.

La excepción derivada del pacto o compromiso de arbitraje, *exceptio pacti conventi o exceptio pacti compromissi*, no resultaba, por otra parte, suficiente para paralizar la acción que cualquiera de las dos partes podía ejercitar ante un juez o tribunal, instándole a juzgar el asunto sometido con anterioridad al pacto de arbitraje.

Cabía pues iniciar, en la comúnmente denominada época clásica, un proceso ordinario con el mismo objeto de la controversia sometida a arbitraje, en atención a que al no tener la sentencia arbitral carácter ejecutivo y, por ende, no resultar exigible su cumplimiento mediante la correspondiente acción ejecutiva, ni producir el efecto de cosa juzgada, tampoco tenía lugar la consunción de la acción. La evolución habida al respecto en la época justiniana, en la que la sentencia arbitral adquiere carácter ejecutivo, con independencia de la pena estipulada, hace que en esta cuestión, como en otras muchas, haya que considerar clásica la previsión justiniana, en atención a su perdurabilidad temporal.

En la época postclásica, el pacto de compromiso, se desvincula de las estipulaciones, siendo cada vez más infrecuente su utilización como garantía de cumplimiento del acuerdo, y la pena se convierte en elemento esencial del acuerdo y de cumplimiento de la sentencia arbitral⁶⁹.

Finalmente, en la etapa justiniana, se reconoce a la sentencia arbitral naturaleza de título ejecutivo y se le dota de eficacia de cosa juzgada⁷⁰. La sentencia arbitral no tuvo pues, hasta la época justiniana, por sí misma carácter ejecutivo, ni producía efectos de cosa juzgada⁷¹, de *res iudicata*, como sucedía con la sentencia pronunciada por un juez, en la medida en que la parte que se considerase perjudicada podía incumplir la sentencia arbitral, *non stari sententiae arbitri*, proceder a satisfacer, a la otra parte, la pena prevista, *pecunia compromissi*, para el caso de incumplimiento de la sentencia, e iniciar, en su caso, un proceso ordinario⁷².

En la etapa justiniana, el pacto de compromiso, en contraposición a la ausencia de acción para exigir su cumplimiento en épocas anteriores, se integra en la categoría de los pactos legales o convenciones legítimas, a las que se dota de eficacia obligatoria y de acción para exigir su cumplimiento, al propio tiempo que se dota de carácter ejecutivo a la sentencia arbitral. Al mencionado pacto legal parece pues aplicable lo establecido en D. 2.14.6, interpolado: «La

convención legítima es la que está sancionada en una ley, y por tanto de ella nace, o se extingue, una acción, conforme a la ley o a un senadoconsulto», y en D. 4.8.1, interpolado: «El arbitraje compromisario se configura a semejanza de los juicios, y sirve para poner fin a las controversias».

Cabría pues afirmar que en la última etapa del Derecho romano, la sentencia arbitral, suscrita por las partes y no impugnada en el plazo de diez días desde su pronunciamiento es plenamente eficaz, es decir, ejecutiva, por lo que no necesita ser homologada como ejecutiva por el magistrado ordinario.

Cabría, por tanto, considerar el arbitraje romano, en la etapa justiniana, un equivalente jurisdiccional, así en C. J. 3.1.14: «...o a quienes por haberlo aceptado, es decir, por compromiso, que se asemeja a un juicio, toman a su cargo dirimir litigios, o a quienes hacen un arbitraje...»⁷³. Justiniano distingue en este texto entre el arbitraje compromisario, respecto del que afirma que se asemeja a un juicio, y los demás tipos de arbitraje, *vel arbitrium peagunt...* Conforme a la afirmación de Paulo, contenida en D. 4.8.1, el arbitraje se configura a semejanza de los juicios, *ad similitudinem iudiciorum redigitur*. Justiniano parece que va un poco más allá al afirmar que el arbitraje se asemeja al juicio, *iudicium imitatur*⁷⁴.

En la época justiniana se produce la mayor aproximación, y equiparación en sus efectos, entre proceso y arbitraje⁷⁵, especialmente en materia de cumplimiento de la resolución arbitral. Así, en relación con la ejecución de la sentencia arbitral, se atribuye una *exceptio veluti pacti* a favor del demandado compromitente para paralizar la *actio* de la otra parte dirigida a iniciar un proceso ordinario sobre la cuestión resuelta en arbitraje, y una *actio in factum*, en caso de incumplimiento de la sentencia arbitral, a favor del compromitente que solicita ejecución de la sentencia, así en C. 2.55.5.pr.: «...dictada la sentencia arbitral... nazca no solo a favor del demandado la excepción como de un pacto, *non solum exceptionem veluti pacti generari*, sino también por nuestra voluntad la acción por el hecho a favor del actor, a fin de que ejecutarse la sentencia arbitral, *sed etiam actori ex nostro numine in factum actionem, quatenus possit sententia eius executioni mandari...*».

En C.J. 2.55.4.4, además de mediante la *actio in factum* se dispone que la ejecución de la sentencia arbitral podrá solicitarse mediante el ejercicio de una *condictio ex lege* o una *actio utilis in rem*: «y sea lícito en todos estos supuestos ejercitar la acción por el hecho, la acción nacida de la ley, o la acción real útil, según lo exigiere la naturaleza del hecho».

Para que la sentencia arbitral tenga el mencionado carácter ejecutivo, se requiere, por otra parte, en lo que constituye una novedad respecto de la regulación clásica y supone una nueva asimilación al proceso respecto del juramento prestado por los jueces, que las partes y el árbitro hayan prestado juramento⁷⁶, aquellas de viva voz ante el árbitro o en escritura pública o privada de que se comprometían a aceptar la decisión del árbitro, y este que haya jurado que dirimiría el litigio con entera verdad, en cuyo caso, dispone Justiniano, en una

Constitución del año 529, C.J. 2.55.4.1: «...mandamos que de todas maneras se guarde su decisión, y que ni el reo ni el actor puedan separarse de ella, sino que de todos modos les obligue, y sean, por ello, compelidos a obedecerla».

En C. J. 2.55.4.2, Justiniano prevé que el compromiso juramentado de aceptar la decisión arbitral se realice, no con anterioridad al inicio del procedimiento arbitral, sino con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia, «en cuyo caso habrá de respetarse también de igual modo sin alteración alguna la sentencia del árbitro...».

El mismo carácter ejecutivo tendrá la sentencia arbitral cuando sea solo el árbitro, y no las partes, quien haya prestado juramento, así Justiniano en C. J. 2.55.4.3: «Pero si pidiéndolo los litigantes, o manifestándolo en sus escritos o declaraciones, solo el árbitro hubiera prestado juramento de que con entera verdad pondría término al litigio, ordenamos que también en el presente caso sea semejante su decisión a los anteriores, y que de todos modos esté amparada por las leyes». Asimismo en C. J. 2.55.6, Justiniano atenúa el rigor del antiguo derecho en relación con la no utilización de determinadas palabras en relación con la aceptación de la sentencia por parte de uno de los litigantes, al disponer que «en todo caso sea compelido por la acción por el hecho a hacer aquello en que consintió *et sic omnimodo per actionem in factum eum compeli ea facere...*».

En el caso del arbitraje compromisario se exigía, por tanto, en la etapa justiniana, que el acuerdo de las partes se reforzase mediante un juramento y que el árbitro jurase dictar una sentencia justa, o bien que las partes hubiesen recogido en un documento la elección arbitral y la aceptación de su decisión, y no lo hubiesen impugnado en los diez días siguientes, así en C. J. 2.55. 6.pr.: «Más si después de dictada la sentencia, los litigantes no hubieran consignado de manera alguna que aceptan la decisión del árbitro, pero la hubieran confirmado con su silencio, y dentro de los diez días siguientes no se hubiera enviado al juez o a la parte contraria por uno de los contendientes declaración en la que se manifieste la no aceptación de la decisión, entonces quede confirmada la sentencia por el acatamiento de las partes y compete al demandado la excepción y al actor la mencionada acción...».

Si bien se suele afirmar que la reforma justiniana conforme a la cual se reconoce carácter de título ejecutivo a la sentencia arbitral fue anulada, en lo sustancial, nueve años después de ser introducida, por el propio Justiniano, conforme a la Nov. 82.11, del año 539, del tenor literal de la citada Constitución parece que, no obstante la alusión al pago de la pena estipulada en el caso de incumplimiento de la sentencia, lo que supondría un retorno al régimen clásico, en la parte final del fragmento se habría confirmado la regulación anterior del arbitraje promulgada por el propio Justiniano, y por tanto la acción y excepción derivadas de la sentencia arbitral, salvo en la no exigencia del juramento de los denominados árbitros o jueces compromisarios, así en el citado

capítulo 11.1, *in fine*: «...Subsistiendo en su propio vigor, y no debiendo ser en manera alguna innovado por esta ley nuestra, todo lo sancionado antes o por la antigua legislación o por nosotros, respecto a los jueces compromisarios o a los árbitros, exceptuada la necesidad de juramento».

En la etapa justiniana se reconoce, en definitiva, a la sentencia arbitral naturaleza de título ejecutivo y se le dota de eficacia de cosa juzgada.

En las Partidas, III, 4, 23, se mantiene básicamente la concepción romana, al establecerse que una vez dictada la sentencia, si en el acuerdo de compromiso se fijó una pena pecuniaria para el caso de incumplimiento, y una de las partes se niega a cumplir la sentencia, debía pagarla. Si no se hubiese fijado pena, las partes solo estaban obligadas a cumplir la sentencia si la aceptaban, de forma expresa, o de forma tácita no contradiciéndola en los días siguientes a los que fue dictada. Asimismo la sentencia tenía carácter ejecutivo si las partes hubiesen hecho constar en el acuerdo de compromiso que el pago de la pena comprometida no liberaba del cumplimiento de la sentencia⁷⁷.

En el Derecho castellano la primera manifestación conocida de que los laudos arbitrales habrían de tener fuerza ejecutiva por sí mismos se encontraría, conforme subraya DE CASTRO, en una ley de Enrique IV, promulgada en Madrid en 1458, que mantuvo su vigencia hasta el siglo XIX⁷⁸. El artículo 281 de la Constitución de 1812 atenuó la fuerza ejecutiva de la sentencia arbitral al establecer que: «la sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubiesen reservado el derecho a apelar»⁷⁹.

De la revisión del laudo. Artículo 43 LA: «El laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de febrero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes».

De la ejecución forzosa del laudo. Artículo 44 LA: «La ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título»⁸⁰.

NOTAS

¹ Vid., al respecto, en Thomas BATY, «The difference between arbiter in the roman sense and modern arbitrators», University of Pensilvania, *Law Review and American Law Register*, vol. 65, núm. 8, 1917, págs. 732-736.

² En relación con la fundamentación del arbitraje en la autonomía de la voluntad de las partes, y su vinculación con la libertad como valor superior del ordenamiento, vid. STC 176/1996, de 11 de noviembre (BOE de 17 de diciembre): «Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento...».

³ Suele ser frecuente, en todo caso, en el Derecho actual, que en determinados sectores de la actividad económica, las partes, por razones de agilidad, sencillez, brevedad, especialización y economía de medios acuerden, mediante cláusula insertada en el contrato que formalizan, la sumisión a arbitraje, en caso de conflicto en la interpretación o aplicación de las disposiciones previstas en la relación negocial.

⁴ Así en D. 4.8.32. 12: «Si no se pudiese localizar al árbitro por haberse ocultado, el pretor deberá buscarlo, y si en largo tiempo no pudiera darse con su paradero, se le impondrá una multa».

⁵ Así en D. 4.8.19.1: «...y si se hubiese asumido el arbitraje sobre varias cuestiones no se entiende que se ha dictado sentencia más que si hubiese puesto término a todas las controversias; si no lo hace así, el pretor debe obligarle a hacerlo». D. 4.8.32.16: «...no se pone fin a la controversia cuando se difiere el arbitraje o se transfiere a otro y es parte de la sentencia el determinar cómo se debe afianzar y con qué fiadores, lo que no se puede delegar...». A remedios extraprocerales, en el caso de incumplimiento de las resoluciones pretorias, se hace asimismo referencia en D. 25.4.1.3: «...habrá de ser obligada, con los remedios extraprocerales pretorios, a comparecer en juicio, y si no compareciera, se le tomarán y venderán cosas en prenda, o se le sancionará mediante multas».

⁶ En D. 4.8.32.6 se hace mención a una intervención de oficio por parte del pretor: «...Si se recurrió a un árbitro por error para que decida sobre algún delito, cuya condena supone infamia, o sobre un asunto respecto del que exista acción pública (así, por ejemplo, sobre adulterios, asesinatos, o cosas semejantes) debe impedir el pretor que se dicte sentencia o se ejecute la ya dictada».

⁷ Así en D. 4.8.32.6: «...deberá impedir el pretor que —el árbitro— dicte sentencia o ejecute la ya dictada».

⁸ A remedios extraprocerales, en el caso de incumplimiento de las resoluciones pretorias, se hace asimismo referencia en D. 25.4.1.3: «...habrá de ser obligado, con los remedios extraprocerales pretorios, a comparecer en juicio, y si no compareciera, se le tomarán y venderán cosas en prenda, o se le sancionará mediante multas». En el mismo sentido en C. J. 2.55.2 (a. 530): «Si contraviniendo el compromiso, tu adversario se negó a comparecer ante el árbitro elegido, se considerará sujeto a la pena convenida». Es decir, para constreñir al árbitro a dictar sentencia el pretor disponía de medios coercitivos como la multa o la toma de cosas en garantía.

⁹ Opina VALIÑO, en «El arbitraje», en *Els «Furs de Valencia»* y sus similitudes con la regulación romana, Valencia, 2002, pág. 24 y sigs., que a pesar de las evidentes ventajas que para los comprometidos tenía el procedimiento arbitral, este no constituyó una institución que gozara de gran predicamento hasta la época romana tardía, en la que comienza a cobrar auge como consecuencia de la creciente complejidad de los procedimientos y la corrupción de la administración de justicia, excesivamente ligado al poder político.

¹⁰ Así en D. 4.8.9.4, y en D. 4.8.15, donde se hace referencia a la *cognitio causae* del pretor respecto a excusas de arbitraje.

¹¹ En ningún momento cabe hablar, no obstante, de paralelismo legal entre el juicio, al que se reconoce una posición prevalente, y el arbitraje, así en D. 4.8.9.2, se afirma: «Prohíbe la Ley Julia —sobre los juicios— que el que es juez asuma el arbitraje sobre un asunto del que es juez, o que autorice que se contraiga tal compromiso, y si hubiese dictado sentencia, no se debe dar acción para reclamar la pena por incumplimiento», lo que no sucede en sentido contrario, dado que planteado un arbitraje, cabe la posibilidad de iniciar un juicio ordinario sobre el mismo asunto, así en D. 4.8.9.5.

La pretendida influencia del procedimiento arbitral en el juicio ordinario, denominado formulario en Derecho romano, ha sido resaltada por LA PIRA, *Compromissum e litis contestatio formulare*, Studi Riccobono, 2, Palermo, 1936, págs. 190 y sigs., el mismo sentido en ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München, 1971, págs. 162 y sigs.

¹² Vid., al respecto, en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, «El reformado artículo 8 de la Ley de Arbitraje. Spain arbitration review», en *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 13, 2012, págs. 75-92.

¹³ Vid., al respecto, en ROUSSIER, «Du compromis sine poena», en *RHD*, 18, 1939, págs. 170 y sigs.

¹⁴ Vid. en MURGA, «El *iudicium cum addicione* del bronce de Botorríta», en *Cuadernos de Historia Jerónimo Zurita*, 43-44, 1982, pág. 56.

¹⁵ Acerca de los varios significados de la expresión *compromissum plenum*, vid. en BUHIGUES, *La solución amistosa de los conflictos en Derecho romano: el arbitrer ex compromisso*, Madrid, 1990, págs. 213 y sigs., y el apartado del capítulo primero rubricado como Terminología en materia de arbitraje.

¹⁶ La prohibición relativa al conocimiento de cuestiones futuras en el compromiso constituye, asimismo, otro punto en común respecto de la regulación procesal, así en D. 5.1.3.5: «Así como puede estar pendiente la obligación de un fiador, o puede hacerse la fianza para un momento futuro, no puede, por el contrario, quedar pendiente un juicio..., así no puede haber juicio antes de que se deba algo».

¹⁷ Vid., al respecto, en SENES MOTILLA, *La intervención judicial en el arbitraje*, Civitas, 2007.

¹⁸ Vid. en BERGER, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkundem*, neudruck Aalen 1965, Leipzig, 1911, págs. 212 y sigs.

¹⁹ Vid. en SBORDONE, «Barbatus Epaphroditus arbitrer puteolanus», en *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 1985, 4, págs. 1919-1925, las precisas referencias contenidas en la tabla pompeyana conservada, al árbitro compromisario, Barbatus, elegido, en torno al año 55 d.C., por los contendientes, dos conocidos hombres de negocios, de común acuerdo, a la hora y el día de la audiencia, al tiempo fijado al árbitro para dictar sentencia, a los testigos.

²⁰ La Ley Licinia estableció, asimismo, la intervención arbitral en la división de cosas comunes, conforme a Instituciones de Gayo, 4.17 a, y es probable que en la fijación de los confines de las fincas se acudiera también a árbitros.

²¹ Vid., al respecto, en BROGGINI, *Iudex arbiterve* (Köln-Graz, 1957), y FUENTESECA, *Las legis acciones como etapas del proceso romano. 5. Postulatio iudicis arbitrive*. AHDE, 1964, págs. 209-233. En opinión de este autor, la petición de árbitro, *postulatio arbitri*, de esta acción de la ley *per iudicis arbitrive postulationem* habría sido el medio idóneo para la sanción de los delitos privados. El demandante, afirmando el hecho delictivo, pediría al pretor el nombramiento de un árbitro para que realizase la estimación del daño, *damni decisio*.

²² Para un sector doctrinal el *compromissum* es ya, en la época clásica, un pacto tutelado por el edicto de *pactis* (no todas las convenciones son pactos en sentido técnico, tutelados por el edicto de *pactis*) del que deriva una *exceptio pacti compromissi*. Por el contrario, para otro grupo de autores, en esta etapa, el *compromissum* es un mero acuerdo o convención al que no cabe reconocer la naturaleza de pacto, en sentido técnico y, en consecuencia, no resulta encuadrable y tutelado en el *edictum de pactis*.

Para LA PIRA, *Compromissum*, cit., págs. 201 y sigs., el compromiso no es un pacto protegido por el edicto de *pactis*, sino un negocio formal constituido por estipulaciones penales, al margen de la *conventio* entre las partes, las cuales servirían de protección y garantía a los compromitentes. Por el contrario, TALAMANCA, *Ricerche in tema de compromissum*, Milano, 1958, págs. 39 y sigs., distingue entre la *conventio* entre las partes, que no sería, sin embargo, un pacto del que se derive una *exceptio*, y las estipulaciones *in faciendo* o penales, que reflejarían el contenido del pacto y lo dotarían de eficacia. Para otros autores, el *compromissum* sería un pacto con estipulaciones accesorias, pero independiente en cuanto tal respecto a estas.

²³ Acerca de la no claridad de la *exceptio veluti pacti*, excepción como de pacto, en el compromiso mencionada por Ulpiano en D. 4.8.13.1, vid. VALIÑO, «Del arbitraje», en *Els «Furs de Valencia»...*, cit., nota 72, y la bibliografía allí citada.

²⁴ En opinión de ROTONDI, un nuovo esempio di innovazioni pregiustinianee: «l'exceptio veluti pacti ex compromisso», en *Scritti Giuridici*, I, Pavia, 1922, págs. 296 y sigs., el régimen de la *exceptio veluti pacti* no es propio de la época clásica, sino que se trata de una construcción doctrinal de la época bizantina, conocida en la práctica del Derecho prejustiniano solo en Oriente, para ser con posterioridad asumida y fijada por Justiniano.

²⁵ Sobre la prohibición de que las mujeres desempeñen la función de árbitro, vid. FERRETI, «Mulier arbitratus. Un divieto muliebre e diversi approcci ermeneutici», en *Annali Univ. Ferrara, Sc. giur.* Nuova serie. Vol. XXIV, 2010, págs. 43-57.

²⁶ Parece existir una contradicción entre lo dispuesto en D. 42.1.57 y lo previsto en D.4.8.1, que prohíbe que el menor de veinte años asuma el compromiso de dictar sentencia, si bien cabe señalar que no se hace referencia en este último texto a que las partes conozcan que la persona ejercida como árbitro sea menor.

²⁷ Así en C. J. 2.55. 3: «No quedarás sometido a la sentencia de los árbitros nombrados en el compromiso —*Arbitrorum ex compromisso sententiae...*—, si medió venalidad o arbitrariedad manifiesta de quienes actuaron como árbitros, por lo que podrás usar la excepción de dolo malo frente a la acción de la estipulación ejercitada por tu hija. Tampoco se te prohibirá demandar a tu hija en virtud de la cláusula de dolo, que suele agregarse a la estipulación de compromiso».

²⁸ D. 5.1.81. *Ulpianus libro quinto opinionum*: «Qui neque iurisdictioni praeest neque a principe potestate aliqua praeditus est neque ab eo qui ius dandorum iudicum habet datus est nec ex compromisso sumptus vel ex aliqua lege confirmatus est, iudex esse non potuit».

²⁹ *Pauli Sententiae* 5.5.1: «...Ex compromisso autem iudex sumptus rem iudicatum non facit; sed si sub poena inter eos compromissum sit, poena re in iudicium deducta ex stipulatu peti potest».

³⁰ D. 4.8.13.2. *Ulpianus, libro XIII ad edictum*: «Recepisse autem arbitrium videtur, ut Pedius libro nono dicit, qui iudicis partes suscepit finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur. Quod si, inquit, hactenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti litem paterentur, non videtur arbitrium recepisse».

³¹ C. J. 3.12.7 D. 4.8.46. *Paulus libro 12 ad Sabinum*: «De his rebus et rationibus et controversiis iudicare arbiter potest, quae ab initio fuissent inter eos qui compromiserunt, non quae postea supervenerunt», y D.5.1.35: *Iavolenus libro decimo epistularum*: «Non quemadmodum fideiussoris obligatio in pendenti potest esse et vel in futurum concipi, ita iudicium in pendenti potest esse vel de his rebus quae postea in obligationem adventurae sunt. Nam neminem puto dubitaturum, quin fideiussor ante obligationem rei accipi possit: iudicium vero, antequam aliquid debeatur, non posse».

³² Vid., en este sentido, en ALONSO, «La reforma de la Ley de Arbitraje: avances y retrocesos», en *Otrosí*, núm. 8, págs. 17-19, octubre-diciembre de 2011, pág. 18.

³³ Así en D. 4.8.13.1: «Se entiende que asumió el arbitraje, según Pedio, quien aceptó las funciones propias de un juez, y se comprometió a que con su sentencia pondría fin a las controversias».

³⁴ Así en D. 4.8.17.2: «Si son varios los árbitros que aceptaron el arbitraje, no deberá ser obligado uno a dictar él solo la sentencia, sino todos o ninguno». D. 4.8.32.13: «Cuando se ha hecho un compromiso para que sean varios los árbitros, con la condición de que si uno cualquiera, aunque sea solo uno, dicta sentencia, habrá que estar a ella, y los demás están ausentes, quedará obligado a dictarla el que está presente; pero si se hizo con la condición de que dicten sentencia todos, o conforme al parecer de la mayoría, no debe obligar el pretor a cada uno de forma separada, porque la sentencia de uno solo no sirve para exigir la pena comprometida». Los mayores problemas se plantean cuando el número de árbitros es par y no se ponen de acuerdo, lo que da lugar a la propuesta de diversas soluciones en las fuentes, así en D. 4.8.17.5 y D. 4.8.17.6.

³⁵ Parece razonable afirmar, con MARTINI, *Il problema de la «causae cognitio» pretoria*, Milano, 1960, págs. 156 y sigs., que cualquier otra causa de excusa podría ser tomada en consideración por el magistrado, previa *causae cognitio*.

³⁶ Vid., al respecto, en BUHIGUES, *La solución amistosa en...*, págs. 118 y sigs.

³⁷ Ahora bien, en determinados supuestos, el magistrado no podrá obligar al árbitro a dictar sentencia, así por ejemplo, si la materia sometida a arbitraje no puede ser objeto de compromiso, así en D. 4.8. 32. 7-8-9, o si no hubiere mediado compromiso, en D. 4.8.11.1: «No debe ser obligado el árbitro a dictar sentencia más que si hubiere mediado compromiso».

³⁸ Vid., al respecto, CREMADES, «La acción contra el árbitro que no dictó sentencia», en *Estudios Iglesias*, 3, 1988, págs. 1201 y sigs.

³⁹ Sobre la responsabilidad de daños causados por aplazamiento del juicio o por omisión de sentencia —*lis iudici arbitrove damni sit*— existe un estudiado y debatido texto de la Lex Iritana: lex Iritana, cap. LXXXXI, CA líns. 51-54 y CB líns. 1-4: *si neque dies diffusus neque iudicatum fuerit, uti lis iudici arbitrove damni sit et... res in iudicio non sit*, y lin. 15 CB: *si neque diffisum et lege neque iudicatum sit... iudici arbitro(ve) lis damni sit, res in iudicio non sit...* Vid., al respecto, en MANTOVANI, «La diei diffisio “nella lex Iritana”». Contributo all’interpretazione e alla critica testuale del cap. LXXXXI», en *Studi Talamanca*, 5, Napoli, 2001, págs. 258 y sigs., y en MOLLÁ, *Iudex Unus. Responsabilidad judicial e iniuria iudicis*. Dykinson, 2010.

⁴⁰ Vid., al respecto, en TALAMANCA, «Sull’interpretazione di Ulpiano L. 13 ad edictum, D. 4.8.21.9-11», en *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1974, págs. 4244 y sigs.

⁴¹ Así en D. 4.8.17.3: «...no cabe un arbitraje en el que el árbitro no tenga libertad para dictar sentencia...». D. 4.8.19.pr.: «Opina Labeón que no atañe al pretor cómo sea la sentencia que dicte el árbitro, con tal que la dicte conforme a su criterio...». D. 46.6.12, donde a propósito de la responsabilidad del tutor se alude a la equidad del árbitro: «...nam aequitas arbitri atque officium boni viri videtur eam formam iuris desiderasse». Tradicionalmente se cita, en el ámbito de las fuentes literarias además de determinados textos de Plauto, así Assinaria 766, Poenulus 787, un pasaje de Séneca para poner de relieve el no sometimiento del árbitro al derecho objetivo, salvo acuerdo en contrario de las partes: De beneficiis, 3.7.5.

⁴² Así en TALAMANCA..., cit., pág. 28. Afirma asimismo este autor que, salvo disposición en contrario de las partes, establecida en el convenio arbitral, *compromissum*, el árbitro quedaría sujeto al derecho objetivo. En el mismo sentido, Wlassak, s.v. *arbitrium*, PWRE, 2, Stuttgart, 1914, págs. 413 y sigs.

⁴³ Así en D. 4.8.27.2: «La sentencia dictada sobre la cuestión controvertida deberá aceptarse, tanto que sea justa como injusta...». D. 17.2.76: «...Hay dos tipos de árbitros, uno aquel cuya decisión debemos acatar, sea justa o injusta (como sucede cuando se acude a un árbitro compromisario)...», afirmaciones con las que se aludiría a la imposibilidad de apelar la sentencia arbitral, lo que por otra parte tenía lugar también con las sentencias de los jueces con anterioridad al procedimiento extraordinario, lo que viene confirmado, en el caso de los árbitros en C. J. 2.56.1: «Hemos afirmado, mediante rescriptos, de modo reiterado que no se pueden apelar las sentencias de los árbitros compromisarios...». Año 213. Emperador Antonino.

⁴⁴ Los mismos términos de *arbiter*, *arbitrari*, *arbitratu*s, *arbitrarius*, *arbitrium*, parecen aludir a una discrecionalidad y libertad de criterio que no sería propia de la actuación de los jueces, *iudices*, que estarían sometidos, en todo caso, al cumplimiento de unas normas de procedimiento que, salvo acuerdo explícito de las partes, no resultarían aplicables a la actuación arbitral.

⁴⁵ Vid., al respecto, en relación con los denominados juicios arbitrarios, SCHOENBAUER, «Von Wesen der “Iudicia Arbitraria”», en *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. II, Palermo, 1936, págs. 369-418.

⁴⁶ Sobre la contraposición ciceroniana, Pro Roscio 4,10, entre el *iudicium*, en el que se reclamaría *pecunia certa*, y el *arbitrium*, en el que el objeto del litigio consistiría en la reclamación de un *incertum*, en cuya valoración y determinación debía tenerse en cuenta criterios de equidad, *quantum aequius et melius est dari*, vid. en BUIGUES..., cit., págs. 136 y sigs. Vid., asimismo, al respecto en VALIÑO, «Notas sobre *arbiter* y *iudex* en el proceso del “ordo”», en *Estudios en Homenaje a la Profesora Teresa Puente*, 2. Valencia, 1996, págs. 536 y sigs., quien opina que la distinción que hace Cicerón entre los *arbitria* y los *iudicia* se corresponde en los *arbitria* con los juicios de buena fe (además de a las acciones divisorias, que también derivan de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*) donde la flexibilidad procedimental puede recordar al arbitraje compromisario, mientras que los *iudicia* se identificarían con la categoría de los juicios que surgen de la interposición de una acción de derecho estricto.

⁴⁷ Sobre los supuestos previstos en párrafo citado de la Exposición de Motivos, vid., por todos, Díez-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, 1957, y de forma más específica del mismo autor en «Ante un caso de arbitraje libre», en *ADC*, 1958, Ensayos Jurídicos, Thomson-Civitas, 2011, T. II, págs. 1712-1721; «Arrendamiento transaccional integrado por arbitrador y firma en blanco», en *RCDI*, 1966, Ensayos Jurídicos, cit., T. II, págs. 1900-1919; «La distinción entre árbitros y arbitradores y el artículo 1690 del Código Civil», en *ADC*, 1974, Ensayos Jurídicos, cit., T. II, págs. 1996-2005.

⁴⁸ Las voces laudar y laudo son tomadas de los términos latinos *laudare*, con el significado de alabar o citar a alguien, y *laus-laudis*, alabanza, por vía culta. Berceo utiliza el vocablo *laude* en el sentido de alabanza. La expresión «laudo» no aparece en las leyes que hablan de árbitros, así ni en la Novísima Recopilación, ni en las Partidas (Part. III, Tit. IV, leyes 23-35), se utiliza este vocablo, sino que siempre se habla de «sentencia» o de «juyzio» del aveniror. Así en la Novíssima Recopilación, Libro XI, Título XVII, Ley 4.ª: «...y los jueces árbitros y los jueces arbitradores, usando la facultad que les fué dada, dentro del término que les fué dado, y sobre aquellas cosas sobre que fué comprometido, dan sentencia...». No es, por tanto, palabra romana, ni del derecho medieval, sino que es un término moderno del siglo XIX.

En las distintas versiones del diccionario de la RAE desde la más antigua del siglo XVIII, la voz «laudo» no aparece hasta la edición de 1803, donde se limita a señalar que ha de equipararse a «convenio»; y no es hasta la edición de 1869 cuando pasa a disponerse que la misma alude a «decisión arbitral».

En el Código de Comercio de 1829, aunque se habla de «árbitros», no se hace referencia a «sentencia» ni a «laudo», en los distintos supuestos en los cuales las partes, para dirimir sus diferencias, pueden acudir a un arbitraje.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, donde se trata expresamente ya del procedimiento arbitral, artículos 251 a 304, se diferencia entre el arbitraje en Derecho y la actuación llevada a cabo por «amigables componedores». Ahora bien, mientras que para hacer referencia a la resolución de los árbitros se utiliza siempre la expresión «sentencia arbitral» por el contrario, en los artículos 296 y sigs., cuando trata de los «amigables componedores» se utilizan los términos «decisión o laudo» para aludir a sus resoluciones.

Parece pues que cabría afirmar que ha de esperarse al Código Procesal de 1855 para encontrar la contraposición en la legislación entre la voz laudo, referida a las decisiones de los «amigables componedores», y la voz sentencia en alusión a las decisiones de los árbitros, si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 utiliza la voz «sentencia» para referirse de forma indistinta tanto a la decisión de los árbitros como a la de los amigables componedores.

De forma progresiva, sin embargo, a partir del siglo XIX, el término laudo comenzó a utilizarse de forma indiferenciada para designar tanto las decisiones de los árbitros como las de los amigables componedores. Así en relación con el comentario al contrato de compromiso previsto en el Código Civil, VÁZQUEZ GUDÍN, en *Quintus Mucius Scaevola, Código Civil*, cit., pág. 441, escribe: «Parece claro que el laudo dictado por el arbitraje de derecho equivale en absoluto a toda una sentencia y que, por consiguiente, tan pronto aquel sea firme, haya que atribuirle los honores de las dictadas por los Tribunales de Justicia... Respecto al juicio de amigables componedores, acaso la conclusión debería ser distinta, porque ni tal vez en razón de la persona o personas llamadas a dictar la resolución, ni en razón del procedimiento seguido, tienen su laudo las características del juicio arbitral de derecho...».

El uso uniforme del término laudo para designar, con carácter general, las decisiones de los árbitros, con independencia de que decidan conforme a equidad o a derecho, es recogido en la Ley de Arbitraje de 1953, que se conforma como la primera legislación específica en materia de arbitraje.

⁴⁹ Vid. en OLIVENCIA, *La reforma de la Ley de Arbitraje en materia de laudo (Ley 11/2011)*, Memoria de Actividades del Curso Académico 2012-2013, págs. 67-67, Anales 2013, en prensa.

⁵⁰ Vid., al respecto, en ALONSO, *La reforma de la Ley de Arbitraje: avances y retrocesos*, cit., pág. 19.

⁵¹ Vid., al respecto, en VISKY, *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del principato*, Studi Volterra. I, Milano, 1971, págs. 624 y sigs.; TALAMANCA, «Poena privata, Diritto romano», en *ED*, 1982, págs. 75 y sigs.; ZIEGLER, *Geschichtliche und dogmatische...*, cit., págs. 670 y sigs.

⁵² Opina VOICI, «La responsabilidad del deudore da "stipulatio poenae"», en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Milano, 1971, que el *modicum tempus* al que se hace referencia en las fuentes serían los treinta días que tiene el condenado o el *confessus* para proceder al cumplimiento de la sentencia, previo a la solicitud de ejecución de la misma por incumplimiento, si bien la propia naturaleza del arbitraje, aunque sea en ejecución de sentencia, parece abocar, por el contrario, a la flexibilidad y discrecionalidad del magistrado a la hora de determinar el momento en que se considera transcurrido el tiempo prudente al que aluden los textos.

⁵³ Vid., en relación con estos fragmentos en KNÜTEL, *Stipulatio Poenae*, Köln-Wien, 1976, págs. 148 y sigs., y en REINOSO, «Un caso de *stipulatio poenae pecuniae traiecticiae*», en *Sodalitas*, VII, págs. 3573 y sigs.

⁵⁴ Vid. respecto a la no transmisibilidad del compromiso, la matizada opinión de TALAMANCA, en *op. cit.*, pág. 89.

⁵⁵ En opinión de LA PIRA, *Compromissum...*, cit., págs. 216 y sigs., si la sentencia del árbitro no se ajusta al acuerdo de las partes contenido en la estipulación, el árbitro podría y debería proceder a la modificación de su sentencia.

⁵⁶ No se quiere decir con ello, sin embargo, que el juicio del árbitro sea absolutamente igual al del juez ordinario, así en el título del Digesto dedicado a los tachados con infamia, se afirma en D. 3.2.13.5 que la sentencia del árbitro designado en virtud de compromiso no produce infamia porque no es igual en todo a la judicial: «*ex compromisso arbiter infamiam non facit, quia non per omnia sententia est*. A las semejanzas y diferencias entre la sentencia arbitral y la sentencia del juez ordinario, se refiere VOET en *Commentarius ad pandectas*, I, IV, 8, n. 1.

⁵⁷ Al carácter no definitivo, y en consecuencia a la posibilidad de iniciar un proceso, de la decisión tomada en los supuestos de *arbitrium boni viri*, dirigidos, como ya se ha visto, a la concreción de elementos indeterminados en una relación negocial, se hace referencia en diversos textos, así en D. 17.2. 76-80.

Se recoge en los mencionados fragmentos la constitución de una sociedad entre dos personas con la condición de que un tercero, de nombre Nerva y amigo común de ambos, determine la participación de cada uno de ellos en la sociedad. Nerva decide que uno de los socios lo sea en una tercera parte y el otro en dos terceras partes. Ante la pregunta del socio minoritario acerca de si no obstante lo decidido por Nerva, conforme al derecho societario ambos socios deben considerarse por partes iguales, el jurista, Próculo, opina que la pregunta adecuada debería haber sido: «¿debemos ser socios conforme a las partes que Nerva ha establecido o por las que hubiese debido establecer un hombre recto, *bonus vir*?», pues hay dos tipos de arbitraje, continúa el jurista: 76: «...uno, el del árbitro cuya actuación debemos acatar sea justa o injusta, lo que sucede cuando se acude a un árbitro compromisario, y otro, de tal naturaleza, que se configura como la actuación de un hombre recto, lo que no impide que se designe de forma específica la persona a cuyo arbitrio se somete la cuestión. 77: «Así sucede cuando en un arrendamiento se acuerda que la obra se realice según el arbitrio del arrendador». 78: «Ahora bien, en la cuestión objeto de debate estimo que se ha de seguir el criterio de un hombre recto, básicamente en atención a que la acción atinente a un juicio de sociedad es una acción de buena fe». 79: «Por lo que si el arbitraje de Nerva fuese tan injusto que del mismo se derivase una iniquidad manifiesta, podrá ser impugnado mediante la acción de buena fe». 80: «Ahora bien... sería ajustado al arbitrio de un hombre recto que no fuésemos socios por partes iguales si uno de nosotros aportase a la sociedad más trabajo, industria, contactos o dinero».

⁵⁸ Sobre el carácter facultativo y accesorio de la *stipulatio poenae*, vid. en ROUSSIER, *Du compromis sine poena*, cit., págs. 169 y sigs.

⁵⁹ Con carácter general, sobre la *stipulatio poenae*, vid. en ZIMMERMANN, «Stipulatio poenae», en *South African Law Journal*, 1987, págs. 399-415.

⁶⁰ Así en D. 4.8.27.7: «Si no se hubiese adjuntado una estipulación penal al compromiso, sino que simplemente se hubiese prometido que se cumpliría la sentencia, se daría contra el que la incumple la acción de cosa incierta» Ulp. 13 ad ed. En relación con la mención de la *actio incerti*, y no la *actio ex stipulatu*, para exigir el cumplimiento de la sentencia arbitral, en los casos en que no se hubiese estipulado una pena, vid. en TALAMANCA, *Ricerche in tema di compromissum*, Milano, 1958, págs. 40 y sigs.; LA PIRA, «*Compromissum*» y «*litis contestatio*» *formulare*, cit., págs. 201 y sigs., y ZIEGLER, *Das private...*, cit., págs. 53 y sigs.

⁶¹ Acerca de la posibilidad de que la *poena* pecuniaria no consista en una cantidad de dinero, vid. en FREZZA, *La clausola penale*, Studi Lorenzo Mossa, 2, Padova 1961, págs. 272 y sigs.

⁶² Acerca de la inspiración de la *poena compromissi* o convencional del arbitraje compromisario en el *sacramentum* de la *legis actio sacramento*, vid. en DE RUGGIERO, «L'arbitrato pubblico in relazione col privato presso i Romani», en *BIDR*, 5, 1892, págs. 70 y sigs., si bien cabe afirmar que en el *sacramentum* el juramento es prestado por las partes y en el compromiso lo es por el árbitro.

⁶³ Otra forma de formalización de garantía habría consistido en el depósito de la cosa objeto del litigio, res litigiosa, en poder del árbitro, vid., al respecto, en SCIALOJA, *Procedura Civile Romana*, Roma 1936, págs. 313 y sigs.

⁶⁴ La *stipulatio* clásica pierde el carácter formalista que la caracterizaba en una evolución que se prolonga hasta el derecho justiniano en el que se considera que lo relevante es el acuerdo entre las partes y su presencia física en el momento de su emisión, lo que supone en la práctica su identificación con la idea de pacto, así en C. J. 8.37(38).10: «Sean válidas todas las estipulaciones previstas en las leyes, aunque no hayan sido hechas con palabras solemnes o directas, sino con otras cualesquiera con el consentimiento de los contratantes». Año 472, Emperador León, y en I. J. 3.15.1: «...las palabras solemnes en la estipulación estuvieron ciertamente en uso en otro tiempo, pero con posterioridad a la promulgación de una constitución de León, fue suprimida la solemnidad verbal, por lo que requiere únicamente de una y otra parte, una manifestación congruente y concordante, aunque haya sido expresada con cualesquiera palabras».

⁶⁵ Así en D. 4.8.27.5: «Se considera que dicta sentencia ante las partes el árbitro que la pronuncia ante los que pueden entenderla, pero no si es ante un loco o un demente, ni ante un pupilo sin la presencia de su tutor...».

⁶⁶ Así en D. 4.8.41: «Estando dispuesto por la Ley Julia, que el menor de veinte años no sea apremiado a juzgar a nadie, no es lícito elegir como juez compromisario al menor de veinte años, por lo que en modo alguno se incurre en pena por el incumplimiento de su sentencia...».

⁶⁷ Así en Pauli Sententiae 5.5.1, donde se afirma que la pena prometida en el arbitraje compromisario puede ser exigida en juicio mediante el ejercicio de la acción de la estipulación: «...sed in poena inter eos promissa sit, poena rei in iudicium deductae exstipulatu peti potest».

⁶⁸ Vid. en LINARES, «*Compromissum* y *receptum arbitrii*. Aspectos negociales del arbitraje privado romano en relación con el moderno. Derecho de Obligaciones», en *Homenaje al Profesor Murga*, Madrid, 1994, págs. 713 y sigs.

⁶⁹ Sobre la equiparación en la época postclásica entre *humanitas* y *aequitas*, vid. DAZA, «*Aequitas* et *humanitas*», en *Estudios Iglesias*, 3, Madrid, 1988.

⁷⁰ Con carácter general sobre las sentencias arbitrales, vid. en GALANTE, «Natura e efficacia delle Sentenze degli Arbitri», en *Studi Giuridici in onore di Carlo Fadda nel XXV anno del suo insegnamento*, vol. VI, Nápoles, 1906, págs. 115-156.

⁷¹ Así en Pauli Sententiae 5.5.1 se contraponen entre quienes dictan resoluciones que dan lugar a cosa juzgada, *res iudicata*, exigible mediante la acción por lo juzgado, *res iudicati*, y las resoluciones del arbitraje compromisario que no tienen esta naturaleza: «...*Ex compromisso autem iudex sumptus rem iudicatam non facit...*», y en C. J. 2.55.1: «Con frecuencia se respondió mediante rescriptos... que de la sentencia del árbitro no se deriva la acción de cosa juzgada, es por lo que se promete por ambas partes una pena, para que por temor a

ella ninguno de los litigantes deje de cumplir lo convenido...», Emperador Antonino, a. 213. En la época justiniana, la concesión de una acción para pedir la ejecución de la sentencia arbitral supone el reconocimiento del efecto de cosa juzgada derivado de dicha sentencia, al igual que sucede con la sentencia judicial.

⁷² En relación con la eficacia de cosa juzgada de la sentencia arbitral en un arbitraje público de naturaleza administrativa, vid. la controversia entre Patulcenses y Gallicenses, referida por DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico*, cit., pág. 3, y BUHIGUES, *La solución amistosa...*, cit., pág. 88, donde se hace referencia a *rebus iudicatis starent* para referirse al carácter de *res iudicata* de la sentencia del árbitro y a *ea sententia stari oportet* en alusión a la obligación de cumplir la sentencia.

⁷³ C. J. 3.1.14: «*Vel qui ex recepto, id est compromiso (quod iudicium imitaur), causas dirimendas suscipiunt, vel qui arbitrium peragunt...*».

⁷⁴ Acerca de la consideración del arbitraje como equivalente jurisdiccional, vid. SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995.

⁷⁵ Así en relación con la posibilidad de que las recurran en el juicio ordinario a las declaraciones de testigos verdidas en el procedimiento arbitral, C. J. 4.20.20, o respecto a la interrupción de la prescripción en el momento de incoarse el arbitraje, en C. J. 2.56 (55), 5.1: «...la convención hecha en escritura ante juez compromisario produce la interrupción del tiempo, de igual forma que si el litigio se hubiese incoado ante el tribunal ordinario».

⁷⁶ Vid. en relación con los juramentos en KROB, «Serments et institutions civiques à Cos à l'époque hellénistique», en *Revue des Etudes Grecques*, REG, tomo 110, 1997/2, págs. 434-453.

⁷⁷ Sobre el carácter ejecutivo de la sentencia en los textos medievales castellanos de influencia romanística, vid. en MERCHAN, «Firmeza y ejecutoriedad de la sentencia arbitral en el Derecho castellano de la Recepción», en *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Mellomo*, vol. IV, Roma, 2004, págs. 1-18.

⁷⁸ DE CASTRO, «El arbitraje y la nueva *lex Mercatoria*», en ADC, T. XXIII, cit., págs. 619-726. La Ley de Madrid de 1458 establece al respecto que: «Porque acaesce que las partes... acuerdan de poner y comprometer los tales pleytos y contiendas en manos de jueces árbritos iuris... o de jueces amigos, árbritos arbitradores, y prometen estar por la sentencia que dieren... mandamos que luego que la tal sentencia arbitraria fuese dada de que la parte pidiere ejecución, se ejecute libremente...». Vid., asimismo, respecto a la ejecutividad de la sentencia arbitral en MONTEAGUT, «La sentència arbitral de Cataluña de 1486», en *L'Avenç*, 93, 1986, págs. 54-60.

⁷⁹ En los textos legislativos posteriores a la Constitución de 1812, el arbitraje osciló entre la concepción judicial prevista en las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881, la visión contractualista de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, de 22 de diciembre 1953, la naturaleza ecléctica del arbitraje regulado en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, que considera el arbitraje un contrato en su origen y un proceso en su desarrollo, y el criterio inspirador del arbitraje regulado en la vigente Ley 60/2003, de Arbitraje, en el marco de la Ley Modelo UNCITRAL, recomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985. Vid. respecto de los distintos modelos de arbitraje, entre otros autores, en VÁZQUEZ SOTELO, *Arbitraje y proceso judicial*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, págs. 249-276; O'CALLAGHAN, «El contrato de compromiso según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», en *Actualidad Civil*, 1989, págs. 1-14; MONTERO AROCA, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, AA.VV., Civitas, 1990; CORDÓN MORENO, *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Aranzadi, 1995; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil: Proceso concursal. Arbitraje*, Editorial Ramón Areces, 2004; LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, San Sebastián, 2004; VERDERA, *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación*. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 6 de junio de 2005; OLIVENCIA, *Arbitraje, una justicia alternativa. Una visión histórica desde la nueva Ley*. Universidad de Córdoba, 2006; «El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de la reforma de la Ley 60/2003», en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 111, núm. 4, 2012, págs. 1005-1030; MERINO MERCHAN y CHILLÓN MEDINA,

Tratado de Derecho Arbitral, 3.ª ed., Thomson Civitas, 2006; FERNÁNDEZ ROZAS, *La nueva Ley de Arbitraje*. Consejo General del Poder Judicial, 2007; GONZÁLEZ SORIA (coord.), *Comentario a la nueva Ley de Arbitraje, Ley 60/2003, de 23/12*, 2.ª ed., Aranzadi, 2011; BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson Civitas, 2.ª ed., 2011; DAMIÁN (coord.), *La reforma de la Ley de Arbitraje*, 2011, Wolters Kluwer, 2011.

⁸⁰ Vid., al respecto en GONZÁLEZ SORIA, *La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo*. Madrid, 1988; Id., FERNÁNDEZ BALLESTEROS, *Artículo 44. Normas aplicables. Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, cit., págs. 633-648; Id., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001.

*(Trabajo recibido el 24-3-2014 y aceptado
para su publicación el 24-4-2014)*

DICTÁMENES Y NOTAS

Prenda de créditos y concurso*

Priority of the collaterals on credits in case of bankruptcy

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Doctor en Derecho.

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la

Dirección General de los Registros y del Notariado.

Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.

Catedrático de Derecho Civil (acreditado)

RESUMEN: Para que las prendas sobre créditos no nacidos aún, pero derivados de relaciones jurídicas determinadas y ya pactadas, como ocurre con las prendas flotantes que recaen sobre una pluralidad de créditos futuros (caso de los derechos audiovisuales derivados de la participación en las ligas profesionales de los clubes de fútbol y baloncesto) gocen de prioridad en caso de concurso del pignorante es preciso que se formalicen como prenda sin desplazamiento de posesión y se inscriban en el Registro de Bienes Muebles.

ABSTRACT: *In order to enjoy priority in case of bankruptcy of pledgor, the agreements on collaterals on credits, when these credits are still not born (such as collaterals on audiovisual rights arising for football and basketball clubs for participation in the professional leagues), must be formalized as a pledge without transfer of possession and be registered in the Movable Register.*

* Resumen de la intervención del autor en la Jornada de formación para jueces organizada por el Consejo General del Poder Judicial y la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito sobre «Crédito al Consumo», Benidorm, 3 y 4 de abril de 2014.

PALABRAS CLAVE: Prenda de créditos, concurso, Registro de Bienes Muebles.

KEY WORDS: *Credit collateral, Bankruptcy, Movable Register.*

SUMARIO: I. CONCEPTO DE PRENDA.—II. DISTINCIÓN ENTRE LA PRENDA ORDINARIA Y LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE POSESIÓN: A) PRENDA ORDINARIA. B) PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE POSESIÓN.—III. POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN LA MATERIA.—IV. LA REFORMA POR LEY 41/2007 DEL ARTÍCULO 54 DE LA LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE POSESIÓN, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1954.—V. LA PRELACIÓN COMO CRÉDITO SINGULARMENTE PRIVILEGIADO EN LA LEY CONCURSAL.—VI. LA PRENDA DE CRÉDITOS. SUBSISTENCIA DE LAS DOS FIGURAS: PRENDA ORDINARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE POSESIÓN.—VII. INTERPRETACIÓN Y CRÍTICA DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN, DE 18 DE MARZO DE 2008 (BOE DE 29 DE MARZO DE 2008).—VIII. ACLARACIÓN DE EXTREMOS DUDOSOS POR LA INSTRUCCIÓN DE 12 DE MAYO DE 2012.—IX. PRENDA EN GARANTÍA DE UNA PLURALIDAD DE OBLIGACIONES Y SOBRE UNO O VARIOS CRÉDITOS FUTUROS.—X. CONCLUSIÓN.

I. CONCEPTO DE PRENDA

La prenda es un derecho real de garantía sobre cosa mueble ajena, y por tanto de realización de valor de la cosa pignorada en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Además —como ocurre al crédito hipotecario— atribuye privilegios de cobro al crédito garantizado con la prenda, tanto en la ejecución ordinaria como en caso de concurso (arts. 1922 y 1923 CC y 90 LC).

Como todo derecho de realización de valor, la prenda también atribuye la posibilidad de instar la ejecución forzosa del bien para pagar al acreedor (arts. 1872 CC y 694 LEC).

En principio con relación a la prenda, al igual que en la hipoteca, rige la prohibición de pacto comisorio (art. 1859 CC), de manera que el acreedor no puede quedarse con la cosa dada en garantía en caso de impago, si bien existen excepciones como son las prendas sobre garantías financieras sometidas al Real Decreto-ley 5/2005, donde cabe pactarse la apropiación y en todo caso se admite la liquidación por compensación si se trata de prenda sobre valores financieros¹.

La prenda tiene derecho de realización separada en caso de concurso del deudor, siempre que los bienes no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Si son bienes afectos no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Abierta la liquidación tiene la prenda el carácter de crédito singularmente privilegiado sobre los propios bienes pignorados (cfr. art. 90 LC).

Lo que se discute es cuáles son los requisitos necesarios para que el crédito prendario tenga tal carácter de singularmente privilegiado en la liquidación concursal.

Para abordar este tema hay que distinguir entre la prenda ordinaria y la prenda sin desplazamiento de posesión.

II. DISTINCIÓN ENTRE LA PRENDA ORDINARIA Y LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE POSESIÓN

A) PRENDA ORDINARIA

En la prenda ordinaria, que recae sobre muebles corporales, y en la que el acreedor tiene la posesión del bien pignorado, basta con otorgamiento de instrumento público para su oponibilidad a tercero (art. 1865 CC). El desplazamiento de la posesión en favor del acreedor y la formalización de la prenda en instrumento público —escritura o póliza— es suficiente para que pueda hacerse efectiva la reipersecutoriedad sobre el bien que retiene el acreedor (arts. 1866 y 1872 CC).

La prenda ordinaria no se inscribe en el Registro de Bienes Muebles —el cual es ajeno, igual que el Registro de la Propiedad, a los meros hechos posesorios (cfr. art. 15 LH)— por lo que no depende de la inscripción la posibilidad de realización forzosa del bien ni su preferencia en caso de concurso.

B) PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE POSESIÓN

Por el contrario, en la prenda sin desplazamiento de posesión —en la que lo característico es que no hay desplazamiento posesorio, pues el deudor conserva la posesión aunque se constituye en depositario de los bienes pignorados— es necesaria la publicidad registral para su eficacia frente a terceros. La prenda sin desplazamiento de posesión recae sobre bienes corporales no identificables por matrícula o bastidor, y sobre conjuntos de bienes tales como frutos pendientes o almacenados, cosechas esperadas, maquinaria, mercaderías y materias primas,

o colecciones de objetos (arts. 52 y sigs. de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de Posesión, en adelante LHMPD). Se constituye prenda sin desplazamiento de posesión para la pignoración de un conjunto de bienes muebles que permanecen en poder del deudor y para pignoración de bienes incorpóreos que no son susceptibles de desplazamiento posesorio. Lo característico, desde una perspectiva registral, es que se abre folio registral a la colectividad de bienes y existe la obligación, en caso de enajenación de algún bien, de reemplazarlo (rige el principio de subrogación real).

En las prendas sin desplazamiento de posesión es requisito de eficacia (no constitutiva pero sí de eficacia frente a terceros, lo cual tiene suma importancia en el concurso) la inscripción en el Registro de Bienes Muebles. En efecto, tras la reforma por Ley 41/2007, de 7 de diciembre, el artículo 54 de la LHMPD, lo deja bien claro al disponer en sus párrafos segundo y tercero que:

«Podrán sujetarse a prenda sin desplazamiento los créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas siempre que la Ley o el correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero. Una vez constituida la prenda, el registrador comunicará de oficio esta circunstancia a la Administración Pública competente mediante certificación emitida al efecto.

Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros a los efectos de lo previsto en el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública podrán, igualmente, sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles».

Por tanto la reforma ha permitido expresamente la constitución de prenda sin desplazamiento de posesión sobre créditos derivados de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas, y también sobre derechos de crédito en general, incluso futuros —siempre que no tengan la condición de instrumentos financieros—, supeditando su eficacia frente a terceros a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles.

En definitiva, mientras que la prenda ordinaria tiene eficacia frente a terceros por la mera formalización en instrumento público, la prenda sin desplazamiento de posesión exige la inscripción en el Registro de Bienes Muebles, donde caben además modelos oficiales y donde por tanto no es exigible siempre y en todo caso instrumento público. No obstante, nada impide que la prenda se formalice en instrumento público si se quiere disponer además de título ejecutivo ordinario. Se diferencia de otros supuestos —como es el caso de la hipoteca mobiliaria sobre bienes identificables— en los que la exigencia de escritura pública es

constitutiva. Pero en general para la prenda sin desplazamiento posesorio basta con la inscripción en el Registro de Bienes Muebles en virtud de modelos oficiales aprobados por la DGRN.

III. POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN LA MATERIA

Estos criterios han sido sancionados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, al admitir la inscripción en el Registro de Bienes Muebles en virtud de modelos oficiales de prendas sin desplazamiento de posesión sobre los stocks de vehículos (RDGRN de 12 de marzo de 2001 a instancia de ASNEF); los derechos audiovisuales de clubes de fútbol (RDGRN de 16 de mayo de 2001, dictada a instancia del Club de Fútbol Valencia); e incluso la pignoración de las acciones nominativas y participaciones sociales no representadas en anotaciones en cuenta (Instrucción de la DGRN de 12 de julio de 2002, aunque se pronunció en contra, apartándose del criterio anterior la de 29 de enero de 2003); así como la pignoración de una pluralidad de obligaciones presentes y futuras (IDGRN de 12 de mayo de 2012).

IV. LA REFORMA POR LEY 41/2007 DEL ARTÍCULO 54 DE LA LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE POSESIÓN DE 16 DE DICIEMBRE DE 1954

La reforma del artículo 54 LHMPs por Ley 41/2007 ha supuesto no solo la posibilidad de pignoración de créditos derivados de licencias, subvenciones o concesiones administrativas, siempre que el título de constitución autorice su enajenación, sino también la posibilidad de prenda sin desplazamiento de posesión de derechos de crédito, incluso futuros, siendo necesaria para su eficaz constitución la inscripción en el Registro de Bienes Muebles. También ha sancionado la posibilidad de segundas hipotecas mobiliarias y prendas sin desplazamiento sobre bienes anteriormente hipotecados o pignorados.

En efecto, tras la reforma por Ley 41/2007 caben segundas prendas sin desplazamiento sobre los mismos bienes, pues la Disposición Final tercera de dicha Ley dispuso que: *«Carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar. También podrá constituirse hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre el mismo derecho de hipoteca o prenda y sobre bienes embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho.*

Y es que la reforma por Ley 41/2007, aplica al Registro de Bienes Muebles los principios propios de un Registro de bienes, admitiendo la posibilidad de segundas y ulteriores hipotecas mobiliarias y prendas sin desplazamiento de posesión, por supuesto con la prioridad determinada por la inscripción registral, que además es requisito de eficacia frente a terceros.

En efecto, el RBM es un Registro de titularidades y gravámenes ya desde que la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, aplicara el principio de legitimación registral a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles y delegara en el Ministerio de Justicia la aprobación de las normas reglamentarias de dicho Registro, lo que se llevó a cabo por Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999 y Real Decreto de 3 de diciembre de 1999.

En estas normas se sancionaron con rotundidad los principios de legitimación, inoponibilidad, tracto sucesivo y fe pública registral, superándose en el ámbito de los derechos inscribibles la regla de la «posesión de buena fe equivale a título» consagrada para los bienes muebles no inscritos en el artículo 464 del Código Civil.

Entre los efectos que atribuye la inscripción de la prenda sin desplazamiento de posesión está por tanto, sin duda, el de la inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros adquirentes del bien que sí inscriben sus derechos (cfr. art. 28 de la Ordenanza del Registro).

Por tanto una prenda sin desplazamiento no inscrita no puede prevalecer nunca en perjuicio de tercero de buena fe que sí inscribió otra prenda, aunque fuera posterior en fecha a la no inscrita. Para su eficaz constitución la prenda sin desplazamiento exige inscripción y si no está inscrita no es oponible a las prendas susceptibles de inscripción inscritas.

V. LA PRELACIÓN COMO CRÉDITO SINGULARMENTE PRIVILEGIADO EN LA LEY CONCURSAL

El artículo 90 de la Ley Concursal, tras la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, determina en su apartado 1 que son créditos con privilegio especial:

1.º Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados.

2.º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.

3.º Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.

4.º *Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.*

5.º *Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.*

6.º *Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso.*

2. *Para que los créditos mencionados en los números 1.º a 5.º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores.*

El artículo 90.1 de la Ley Concursal en relación con el 90.2 deja claro que los créditos garantizados con prenda sin desplazamiento, para gozar de la preferencia como privilegio especial sobre los propios bienes pignorados, tienen que estar inscritos en el Registro de Bienes Muebles. Lo que está en armonía con lo que dispone, como se ha visto anteriormente en el artículo 54 LHMPD.

Sin embargo, la confusión viene dada con relación a la figura específica de la prenda sin desplazamiento de posesión de créditos, puesto que el artículo 90.6 parece establecer una regulación específica, pues establece que basta la constancia en documento fehaciente para tener carácter privilegiado. Hay doctrina y algún sector jurisprudencial que entiende que no se sigue aquí la regla general de la necesidad de inscripción en el Registro de Bienes Muebles.

VI. LA PRENDA DE CRÉDITOS. SUBSISTENCIA DE LAS DOS FIGURAS: PRENDA ORDINARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE POSESIÓN

Ciertamente los derechos de crédito ya existentes —aunque no estén vencidos— pueden someterse tanto a prenda ordinaria como a prenda sin desplazamiento de posesión.

La admisión de la prenda ordinaria de créditos (en particular de los saldos de cuentas corrientes y depósitos bancarios) se sancionó en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997² y desde entonces ha sido doctrina jurisprudencial reiterada. Los derechos de crédito, al igual que los bienes corporales, son susceptibles de prenda ordinaria. La necesidad de desplazamiento posesorio se sustituye no obstante por una retención notificada al deudor. En rigor se está aquí más en una figura de cesión de créditos con fines de garantía, que se sometería a las reglas generales de cesión de créditos (arts. 1526 y siguientes del CC).

Tras la reforma de la LHMPD por Ley 41/2007, como se ha visto, los derechos de crédito son también susceptibles de prenda sin desplazamiento de posesión y solo admiten esta figura cuando se constituye sobre créditos futuros.

En una interpretación conjunta de los artículos 90.1.6 de la Ley Concursal y 54 de la LHMPD, cabe afirmar que pueden constituirse válidamente y gozan en efecto de privilegio especial las prendas ordinarias sobre derechos de crédito existentes, aunque solo hayan sido objeto de formalización en documento fehaciente. Pero en todo caso será necesaria la inscripción en el RBM cuando se trate de prenda sobre créditos futuros, no nacidos en el momento de la apertura del concurso, puesto que el régimen especial del artículo 90.1.6 excluye a los créditos nacidos después, los cuales se registrarán por las reglas generales que exigen inscripción.

Esta es la posición seguida por la jurisprudencia mayoritaria que rechaza el carácter de privilegio especial de las prendas ocultas, no inscritas en el Registro de Bienes Muebles, cuando se trata de prenda sobre créditos futuros³.

No cabe, pues, prenda ordinaria de créditos futuros, que solo son susceptibles de prenda sin desplazamiento de posesión, y que debe estar inscrita en el RBM para su eficaz constitución y por tanto para su preferencia creditual en el concurso. Así por ejemplo, la pignoración de derechos económicos por los clubes de fútbol o de baloncesto, derivados de su participación en una liga profesional (tales como derechos audiovisuales, de televisión, por derechos de imagen, derivados de la publicidad generados durante la competición, y otros que se determinen en el título constitutivo) deben adoptar la modalidad de prenda sin desplazamiento de posesión y ser inscritos en el RBM conforme a las reglas generales. Si falta la aprobación de un modelo específico será preciso como requisito, para practicar la inscripción, que se formalice en documento público (escritura o póliza).

Por otra parte, no cabe duda que gozan de carácter privilegiado los créditos pignoraticios inscritos en el RBM en virtud de modelo oficial, pues ya tal inscripción les dota de carácter fehaciente y cumplen con la regla general de inscripción exigida para su eficaz constitución por el artículo 54 LHMPD. Y que siempre tendrán preferencia los créditos inscritos frente a los no inscritos, conforme a las reglas generales.

VII. INTERPRETACIÓN Y CRÍTICA DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE MARZO DE 2008 (BOE DE 29 DE MARZO DE 2008)

La RDGRN de 18 de marzo de 2008 abordó el tema de la pignoración de créditos, y recordó cómo según la jurisprudencia subsisten ambas figuras: la prenda ordinaria y la prenda sin desplazamiento de posesión. Sin embargo, es absolutamente criticable en sus afirmaciones (que, por otra parte, no son competencia del Centro Directivo) en orden a la prioridad sustantiva de la prenda ordinaria frente a la prenda sin desplazamiento de posesión.

Creo con rotundidad que no acierta cuando pretende limitar los efectos de la prenda sin desplazamiento de posesión inscrita respecto de la prenda ordinaria no inscrita, pretendiendo solucionar este tema por las fechas de constitución/ inscripción, afirmando la preferencia de la prenda ordinaria documentada en escritura frente a la prenda sin desplazamiento posterior pero inscrita. Igualmente yerra cuando niega la reipersecutoriedad y la inoponibilidad con relación a la prenda sin desplazamiento inscrita, cuando —como se ha visto— son efectos propios de la inscripción en el RBM y por tanto también de la prenda sin desplazamiento de posesión de créditos.

VIII. ACLARACIÓN DE EXTREMOS DUDOSOS POR LA INSTRUCCIÓN DE 12 DE MAYO DE 2012

La doctrina contenida en la RDGRN de 18 de marzo de 2008 ha quedado sustituida por la de la Instrucción de la misma DGRN de 12 de mayo de 2012, en contestación a la consulta formulada por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, la cual aclara los problemas organizativos que plantea la inscripción en un Registro Público a que se refiere el inciso final del artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal, afirmando resumidamente:

- a) que el Registro Público al que se refiere el artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal es el RBM —sección de otras garantías reales— cuando se trata de prenda sin desplazamiento de posesión de créditos;
- b) que la competencia territorial del Registro la determina el domicilio del pignorante;
- c) que subsisten al margen del Registro las cesiones ordinarias de créditos con fines de garantía, pero que las prendas de (entendidas como «prendas sobre») créditos futuros, naceros de contratos o de relaciones jurídicas existentes al momento de la pignoración o inexistentes pero determinables, son también susceptibles de PSD sometándose en tal caso a sus normas específicas;

- d) que quedan fuera del ámbito del precepto las garantías financieras (RDL 5/2005, de 11 de marzo) y por tanto las prendas respecto de valores negociables y otros instrumentos financieros, respecto de las cuales no se exige instrumento público ni inscripción RBM;
- e) que las garantías reales sobre inmuebles (hipoteca inmobiliaria), buques (hipoteca naval), aeronaves (también equiparada a los inmuebles) y las especiales sobre propiedad intelectual e industrial para tener privilegio especial en caso de concurso deben estar inscritas en el Registro de la Propiedad —los inmuebles— o en el RBM —hipoteca naval y demás—;
- f) que pueden asegurarse por vía de prenda sin desplazamiento toda clase de obligaciones y por tanto una pluralidad de créditos presentes o futuros (prenda flotante) exigiéndose, en tal caso, una cifra máxima de responsabilidad;
- g) que pueden pignorar también una pluralidad de créditos vencidos y/o futuros, de manera que bastará una descripción general de los actos jurídicos básicos de los que puedan derivarse los créditos empeñados;
- h) que para hacer efectiva la oponibilidad de la PSD se extenderá referencia en el índice de acreedores y de pignorantes, y el FLEI debe permitir búsquedas de prendas de crédito inscritas a través de una descripción sumaria (naturaleza del crédito pignorado, concedente, fecha e importe).

IX. PRENDA EN GARANTÍA DE UNA PLURALIDAD DE OBLIGACIONES Y SOBRE UNO O VARIOS CRÉDITOS FUTUROS

El artículo 90.1.6 inciso segundo se refiere a *la prenda en garantía de créditos futuros*, pero como interpreta la citada Instrucción de 12 de mayo de 2012, se trata de prenda de o *sobre* créditos futuros. Es decir, que lo que pignora son créditos aún no nacidos derivados de relaciones jurídicas ya existentes y determinadas y que aún están por nacer. Pero nada obsta a que también lo que se garantice sea una pluralidad de obligaciones.

La posibilidad de que la prenda asegure una pluralidad de créditos (esto es, la prenda global sin necesidad de distribución) ya estaba reconocida en el Código Civil catalán en los artículos 569-12 a 569-22 CCC. Aunque exigen documento público y notificación al deudor para poder ser oponibles (569-13.3) no obstante para gozar de preferencia como crédito privilegiado especial en el concurso deberán estar inscritos en el RMB conforme a las reglas generales del artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal. Como particularidades se reconoce expresamente la posibilidad de sustitución de los bienes incluidos en el conjunto pignorado (con subrogación real del bien sustituido, y se regula la posibilidad de pacto de realización del bien por el pignorante o por el acreedor o por tercero. También cabe de pacto comisorio si lo pignorado es líquido. En otro caso cabe

realización ante notario (siempre cabría el procedimiento general del art. 694 LEC que se remite al procedimiento de apremio).

En todo caso, la posibilidad de pignoración de una pluralidad de obligaciones presentes y futuras y de un conjunto de valores fue generalizada por la reforma de la LHMPD por la Ley 41/2007, que al igual que admitió la hipoteca global introduciendo el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, admitió la prenda sin desplazamiento global en el artículo 54 LHMPD.

X. CONCLUSIÓN

Para concluir podemos afirmar que puede constituirse válidamente y gozan del carácter de privilegio especial los derechos de crédito garantizados con prenda ordinaria, siempre que recaigan sobre derechos de crédito existentes —aunque aún no estén vencidos pero estén ya nacidos—. Para ello basta que se formalicen en documento fehaciente como específicamente exige el artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal. Pero nunca serán oponibles a prendas inscritas en el Registro de Bienes Muebles, al regir en este Registro el principio de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito.

Por el contrario será necesaria la inscripción en el RBM para que el crédito prendario goce del carácter de crédito con privilegio especial en el concurso, cuando se trate de prenda sobre créditos futuros no nacidos en el momento de la apertura del concurso, puesto que el régimen especial del artículo 90.1.6 excluye a los créditos nacidos después, los cuales se regirán por las reglas generales que exigen inscripción (art. 90.2 LC y 54 LHMPD). Por tanto, las prendas de créditos no nacidos aún, pero derivados de relaciones jurídicas determinadas y ya pactadas, como ocurre con las prendas flotantes que recaen sobre una pluralidad de créditos futuros (caso de los derechos audiovisuales derivados de la participación en las ligas profesionales de los clubes de fútbol y baloncesto) será preciso que se formalicen como prenda sin desplazamiento de posesión⁴ y se inscriban en el RBM.

La jurisprudencia mayoritaria rechaza el carácter de privilegio especial en el concurso de las prendas ocultas, no inscritas en el Registro de Bienes Muebles, cuando se trata de prenda sobre créditos futuros.

Finalmente hay que insistir en que no se puede confundir el objeto de la prenda (prenda sobre derechos), con el problema relativo a las obligaciones garantizadas, que pueden ser una o varias, existentes o futuras, tanto en la prenda ordinaria como en la prenda sin desplazamiento de posesión (prenda en garantía de derechos).

NOTAS

¹ El artículo undécimo del Real Decreto-ley 5/2005, sobre ejecución de las garantías, tras la redacción dada por la Ley 7/2011, de 11 de abril, dispone que:

1. *Se considera como supuesto de ejecución un incumplimiento de obligaciones o cualquier hecho pactado entre las partes que en caso de producirse permita al beneficiario de la garantía, en virtud del acuerdo de garantía o de la ley, realizar o apropiarse del objeto de dicha garantía; o que produce la aplicación de una cláusula de liquidación por compensación exigible anticipadamente si tal cláusula estuviera prevista por el acuerdo de garantía.*

2. *Al producirse un supuesto de ejecución, el beneficiario podrá ejecutar las garantías financieras aportadas en virtud de un acuerdo de garantía financiera pignoratícia, en las condiciones previstas en el acuerdo, de las maneras siguientes:*

- a) *Si se trata de valores negociables u otros instrumentos financieros mediante venta o apropiación, de acuerdo, cuando corresponda, con el procedimiento previsto en el artículo decimoquinto y mediante compensación de su valor o aplicación de su valor al cumplimiento de las obligaciones financieras principales.*
- b) *Si se trata de efectivo mediante compensación de su importe o utilizándolo para ejecutar las obligaciones financieras principales.*
- c) *Si se trata de derechos de crédito mediante venta o apropiación y mediante compensación de su valor o aplicación del mismo al cumplimiento de las obligaciones financieras principales.*

3. *La apropiación será posible cuando:*

- a) *Se haya previsto entre las partes en el acuerdo de garantía financiera, y*
- b) *Las partes hayan previsto, en el acuerdo de garantía, las modalidades de valoración de los valores negociables u otros instrumentos financieros y los derechos de crédito.*

La ejecución de una garantía se hará de conformidad con lo previsto en el acuerdo de garantía financiera correspondiente, sin que, no obstante las condiciones acordadas en el acuerdo de garantía financiera, pueda supeditarse a ninguna exigencia de notificación previa, ni a su aprobación por un tribunal, un funcionario público u otra persona, ni a que deba efectuarse mediante subasta pública o de cualquier otro modo regulado normativamente, ni que deba subordinarse al cumplimiento de cualquier plazo adicional.

4. *En los supuestos de disposición del objeto de la garantía regulados en el artículo noveno, cuando se produzca un supuesto de ejecución mientras esté pendiente una obligación de aportar el objeto equivalente, dicha obligación podrá ser extinguida mediante su inclusión en una cláusula de liquidación por compensación exigible anticipadamente.*

² Esta sentencia, relativa a una pignoración de un depósito bancario, recuerda que la imposición bancaria a plazo es un valor patrimonial apto para ser objeto de prenda. Dicho derecho no puede circunscribirse a las cosas materiales en una interpretación literal del artículo 1864 del Código Civil, que estaría en contradicción con el artículo 1868 del Código Civil, que admite la prenda que produce intereses. En estos casos la prenda obliga a cumplir el requisito de la desposesión del titular que lo pignora mediante la notificación al deudor del cambio de titularidad efectuado (art. 1527 CC).

³ Podemos citar, entre otras muchas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 10 de abril de 2012, que recoge la evolución legislativa en la materia, afirma que la prenda sobre créditos futuros solo atribuye preferencia en el concurso cuando son créditos nacidos antes del concurso. Si los créditos dados en prenda nacen después del concurso, no hay preferencia, salvo que la prenda estuviera inscrita en un Registro Público antes de la declaración del concurso. Igualmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 4 de julio de 2013, exige para que la prenda de créditos futuros tenga privilegio especial, que el crédito pignorado haya nacido o esté la prenda inscrita en el Registro de Bienes Muebles. Afirma que la admisión de cualquier prenda de créditos futuros como privilegiado especial —aunque

esten formalizados en documento fehaciente— supondría un evidente perjuicio al resto de los acreedores que desconocían la prenda «oculta», no registral.

⁴ A mi juicio, incluso la mera denominación como prenda a la prenda de créditos es suficiente para su inscribibilidad en el RBM, aunque no se califique en el documento expresamente como prenda sin desplazamiento de posesión, pues la prenda de créditos no existentes en esencia no admite desplazamiento posesorio ni siquiera como cesión en garantía.

*(Trabajo recibido el 5-4-2014 y aceptado
para su publicación el 28-4-2014)*

Calificación e inscripción registral
del convenio y del laudo arbitral
tras la Reforma de la Ley 11/2011,
de 20 de mayo, de arbitraje*

*Examination and inscription in the
Land- and Commercial registry of the
arbitration agreement and arbitration
award after the reform of Law
11/2011, on 20th May, on arbitration**

por

ÍÑIGO MATEO Y VILLA

*Registrador de la Propiedad/Land registrar
Doctor en Derecho/Doctor in Law
Ministerio de Justicia/Ministry of Justice (Spain)*

RESUMEN: El convenio arbitral y el laudo deben ofrecer un contenido mínimo para que puedan ser calificados por el registrador y acceder así a los Registros de la Propiedad y Mercantil. Siendo numerosos los autores que estudian el arbitraje, pocos centran su atención en la calificación registral de los

* Premio del Consejo Social de la Universidad Rey Juan Carlos para jóvenes investigadores, curso 2012/2013, modalidad de «Asesoramiento empresarial e institucional».

* Awarded by the Social Council of the Rey Juan Carlos University (Madrid, Spain) for young researchers under the category of «Business and institutional counseling».

títulos arbitrales presentados con este motivo y tampoco lo tratan el Derecho registral —que apenas le dedica un único precepto—, ni la Ley de Arbitraje (2003-2011); más aún, la escasa producción de laudos en nuestro país tampoco invita a discutir la cuestión.

ABSTRACT: Arbitration agreement and arbitration award shall contain a minimum of information in order to make possible their inscription in the Land- or Commercial registry, after their examination by the registrar. Given the fact that not many arbitrations are managed in Spain, and that both Spanish registral regulation and Arbitration Law (2003-2011) only devote one single article to this issue, very few authors have focused on this issue.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje. Convenio arbitral. Laudo arbitral. Registro de la Propiedad. Registro Mercantil. Derecho civil. Derecho patrimonial. Derecho de obligaciones.

KEY WORDS: Arbitration. Arbitration agreement. Arbitration award. Spanish Land register. Spanish Commercial register. Spanish Civil Law. Law of property. Law of obligations.

SUMARIO: I. EL CONVENIO ARBITRAL.—II. EL LAUDO.—III. LAS MEDIDAS CAUTELARES.—IV. ASIENTOS A QUE DA LUGAR EL ARBITRAJE.—V. FORMA, ARBITRAJE Y REGISTRO: 1. DESDE ROMA HASTA HOY. 2. LA AUTENTICIDAD DE LOS TÍTULOS. 3. EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY HIPOTECARIA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL CONVENIO ARBITRAL¹

El convenio arbitral es un pacto obligacional por el que los que lo suscriben se comprometen a resolver un determinado conflicto por medio del arbitraje. El convenio no crea, modifica ni extingue, por sí mismo, derechos patrimoniales ahora ni en el futuro, sino que únicamente constituye un apoderamiento a favor de terceros, denominados árbitros, para que estos resuelvan un determinado conflicto mediante el arbitraje. *Sensu contrario*, personas distintas de los árbitros no pueden resolver el conflicto de que se trate y este ha de solucionarse no por medio de juez o mediación sino solo por arbitraje, con lo que no se crean derechos pero sí se modela el ejercicio de los mismos o, más bien, su defensa. Surgen así tres diferencias con el laudo: (i) en el convenio se pacta

que un tercero resuelva un determinado conflicto; en el laudo este conflicto se resuelve efectivamente; (ii) en el convenio el eje central son las partes, en el laudo los árbitros; (iii) el convenio es un acuerdo con efectos *inter partes* que deberá ser calificado con la extensión propia de las escrituras públicas para el caso de que pretenda acceder al registro; el laudo, en cambio, es un equivalente jurisdiccional y se calificará como si se tratara de un título judicial, tanto en su vertiente de ordenadora de medidas cautelares y precautorias (durante el juicio o después de dictado el laudo final), como resolutorias (al poner fin al litigio).

De estas tres diferencias pueden obtenerse a su vez tres conclusiones: (i) el convenio es la base del laudo, de manera que sin el primero (consentido expresa o tácitamente, como documento separado del laudo o por la participación en este con ánimo de usar este medio para resolver el conflicto) no puede existir el segundo; (ii) no obstante, el laudo puede superar o desbordar con mucho lo pactado en el convenio, pues las partes intervienen en la formación de aquel, de manera que, por ejemplo, pueden someter a arbitraje materias no contempladas previamente en el convenio; y, por último, (iii) el laudo es el título que, en su caso, crea, modifica o extingue derechos. Ahora bien, el convenio, como se verá, podrá acceder igualmente al registro como título por el que se modula la calificación del registrador, al someter un cierto conflicto a una forma determinada de resolución y perjudicar, en su caso, a terceros adquirentes ulteriores de derechos sobre la finca o entidad comercial de que se trate y que hubiera resultado afectada por el convenio. En definitiva, el convenio prepara la calificación para el asiento que deba extenderse con ocasión del laudo y su eventual toma de razón en el registro plantea la posibilidad de que un acuerdo *inter partes* llegue a alcanzar efectos *erga omnes*².

Analicemos esto último atendiendo a la relación del convenio con el registro y planteándonos las siguientes cuestiones: (i) si aquel puede o no acceder a este; (ii) si, para el caso de acceder, lo hace como título principal o accesorio; y, por último, (iii) si el convenio vincula o no a terceros adquirentes ulteriores de alguna titularidad registral afectada por el convenio. El convenio arbitral, como pacto que es, no obliga más que a los que lo otorgaron, a los que se subroguen en estos y, por último, a los herederos de unos y otros. Y solo la declinatoria que se plantee por y, además, contra alguno de estos, por razón de quedar sometido el asunto a arbitraje, tendrá éxito. Ahora bien, en ciertas ocasiones la legislación hipotecaria autoriza expresamente que pactos personales accedan al registro (v.gr., arrendamiento, opción de compra) sin que ello suponga la transformación de derechos personales en reales, pero sí la concesión a aquellos de eficacia *erga omnes* en lo que a la titularidad registral afectada por el asiento que contenga el convenio se refiere. Igualmente, admite la legislación hipotecaria que los pactos reguladores relativos a una persona jurídica o a un cierto tipo de bien accedan a los registros mercantil y de la propiedad, respectivamente (v.gr., sociedades mercantiles, propiedad horizontal), no habiendo razón para impedir que una

parte de estos mismos estatutos sea el concerniente a la forma de resolver los conflictos surgidos en su propio ámbito. Y para el caso de que un tercero viniera a ocupar la posición de uno de los otorgantes del título que contenga los estatutos societarios o de propiedad horizontal, habrá de subrogarse en el contenido de los estatutos que ya pudo conocer previamente por medio del oportuno asiento registral, sin que la doctrina exija nuevo consentimiento a este efecto, siendo el fundamento de la subrogación la concesión de estabilidad entre las partes que actúan en relación con un cierto bien o persona jurídica. Bien podría decirse que el convenio arbitral es un pacto meramente personal y que su inscripción por medio de los estatutos no vincula a ulteriores adquirentes, tal y como se ha planteado este mismo debate en sede de propiedad horizontal. Pero creemos que semejante pacto, siendo efectivamente personal, es ínsito a los estatutos, de manera que incide en la configuración de la propiedad y no meramente en la relación entre dos sujetos particulares, con lo que su vocación de subsistencia a los avatares que afectan a la propiedad es evidente y sin que la vinculación de estos terceros al convenio arbitral deba entenderse en el sentido de carga —pues un convenio arbitral no lo es— sino como un elemento modulador de la titularidad jurídica inscrita³.

De lo anterior resulta que: (i) el convenio arbitral puede acceder a los Registros de la Propiedad y Mercantil en los mismos casos en que proceda la de los estatutos de una cierta titularidad registral; (ii) *a contrario*, solo cuando sea posible el acceso de los estatutos al registro será también posible el del convenio; admitido el acceso de los estatutos regulatorios de una titularidad se admitirá igualmente el del convenio; (iii) el convenio arbitral forma parte de los estatutos, lo que en correspondencia registral supone que aquel no da lugar a un asiento propio sino que forma parte del que se extienda a estos. Y para el caso de que el convenio constituya una modificación de los estatutos preexistentes, el registrador exigirá las mayorías que le resulten de aplicación de acuerdo con las disposiciones generales o especiales que sean de aplicación.

¿*Quid* si no debiendo acceder al registro un cierto convenio por no cumplirse los requisitos antedichos, se practica no obstante su inscripción? Entendemos que las partes que intervinieron en el negocio no pueden exigir su cumplimiento a terceros adquirentes ulteriormente de derechos sobre las titularidades registrales, pues aquellas mismas partes no son terceros respecto del asiento; tampoco creemos que terceros que eventualmente se vieran beneficiados por el asiento pudieran oponerlo a otros (también) terceros perjudicados por él, pues simplemente podrían alegar que aunque inscrito, este les ocasiona indefensión al no haber prestado su consentimiento al mismo y no permitirles la correspondiente tutela judicial efectiva.

Procede ahora entrar en la calificación registral del convenio. Se ha dicho que este es la base que justifica la existencia del laudo, de manera que sin aquel no puede existir este; y el convenio podrá presentarse principalmente de dos

maneras: como acuerdo expreso antes de la celebración del laudo (existiendo dos títulos formales distintos) o como participación voluntaria en la evacuación de este, lo que implica asentimiento a esta forma de resolución del conflicto (en cuyo caso existirá un solo título, el del laudo); a nosotros nos interesa únicamente el caso en que exista un doble documento por ser el único en que es posible una doble toma de razón. El convenio constituye un acuerdo de mínimos que puede ser ampliamente desbordado por el laudo; pero como al tiempo de inscribir el convenio aún se desconoce el contenido del laudo es preciso que el registrador se atenga estrictamente a las disposiciones contenidas en la Ley de Arbitraje, de manera que la regla general es que el convenio habrá de contener al menos cuatro datos: las partes arbitrales, los árbitros, el conflicto sometido a arbitraje y, por último, los folios registrales afectados.

La calificación del registrador se extenderá a los extremos siguientes:

1. Partes del arbitraje:

- i) Identificación por medio del nombre, apellidos, DNI y nacionalidad/vecindad civil. El asiento registral contendrá la identificación de ambas partes y no solo de la del titular registral, pues el conflicto no resulta determinado solo por su objeto sino, además, por sus partes. En el asiento registral se harán constar estos extremos.
- ii) Capacidad para la celebración del convenio. Sobre este particular pueden adoptarse dos posturas: entender que solo podrán convenir el arbitraje quienes, a su vez, puedan pasar por lo contenido en el laudo, o defender que la capacidad para celebrar el convenio es una —la general para prestar consentimiento— y otra, muy distinta, la exigida para pasar por las resoluciones del laudo, de manera que al tiempo de pactar el convenio es suficiente con que las partes disfruten de la primera y solo en el momento de dictarse el laudo o, en su caso, de tener que pasar por él (en lo que aquí interesa, al tiempo de practicarse el asiento registral), deberá acreditarse la capacidad específica exigida por el contenido de aquel. Nosotros somos de la primera opinión, pues ¿cómo podría exigirse al tiempo del convenio la capacidad no solo propia de este sino, también, la del laudo, cuando aún se desconocen los negocios concretos que se ordenarán en él? En el asiento se hará constar este extremo.
- iii) Identidad entre los que celebren el convenio registral y quienes resulten ser titulares de los derechos registrales afectados de acuerdo con el propio convenio.

2. Árbitros:

- i) Para el caso de designación mediata de los árbitros, identificación de la corte arbitral que haya de designarlos o señalamiento de las reglas

que deban regir su nombramiento. Este extremo se hará constar en el asiento.

- ii) Para el caso de nombramiento inmediato, identificación en la forma expuesta para las partes. Este extremo se hará constar en el asiento.
- iii) No se admitirá la inclusión de personas que de conformidad con la Ley de Arbitraje no puedan ejercer esta función, ni se incluirán reglas de nombramiento que rompan con las previsiones de la norma últimamente citada, en especial las de igualdad y paridad, pleno ejercicio de derechos civiles, que, además, carezcan de impedimento legal para ejercer esta función, y, por último, y si fuera preciso, que tengan la condición de jurista. No es preciso que en el convenio se haga mención a estas normas pero para el caso de hacerse constar, deberán ajustarse a la precitada norma.
- iv) Cuando no pueda venirse en conocimiento de cuáles sean los árbitros designados por las partes, ni siquiera aplicando las normas contenidas en la Ley de Arbitraje, se denegará la toma de razón solicitada.

3. Ley aplicable al convenio. Serán de aplicación las normas de conflicto contenidas en el Código Civil y las disposiciones de la Ley de Arbitraje, debiendo hacerse constar en el laudo la ley por la que se opta y trasladándose al asiento registral.

4. Conflicto:

- i) Se definirá sucinta pero suficientemente la panoplia de conflictos concretos o materias generales sometidas a arbitraje.
- ii) A los efectos de la letra anterior, podrá usarse la siguiente fórmula: «quedan sujetos a arbitraje todos los conflictos suscitados entre propietarios/accionistas por razón de la propiedad horizontal/sociedad mercantil y que por su naturaleza sean arbitrables».
- iii) El registrador copiará literalmente la cláusula en el asiento registral para evitar que la transcripción altere su sentido.
- iv) La determinación del conflicto no se dirige principalmente al interés de las partes que pactaron el convenio —pues al tiempo del laudo podrán modificar su contenido ampliando su objeto o reduciéndolo, por ejemplo— sino a limitar su efecto respecto de terceros posteriores adquirentes de derechos sobre la finca, de manera que para estos últimos la inscripción del convenio actúa como límite de lo que queda sujeto al arbitraje, sin que por el exceso queden obligados a someterse a esta forma de resolución de conflictos.
- v) El registrador denegará la extensión del asiento en el caso de que o no incluya las materias sometidas a arbitraje o estas resulten no ser arbitrables —pues en este supuesto se produce una manifiesta incon-

gruencia entre el procedimiento seguido y la materia tratada— sin que sea posible la extensión del asiento omitiendo esta cláusula⁴.

5. Evacuación del arbitraje. No es preciso que el convenio declare nada sobre este particular pero, de hacerlo, deberá ajustarse a las reglas de igualdad, audiencia, contradicción, defensa e idioma en que deba seguirse el arbitraje, así como cualquier otro previsto en la Ley de Arbitraje.

6. Plazo para la resolución del laudo. No indicándose nada en el convenio, se regirá por los plazos previstos en la Ley de Arbitraje; para el caso de que se establezca un plazo, el registrador calificará su claridad y lo hará constar en el asiento que extienda. Como veremos más adelante al estudiar la calificación del laudo, este plazo, para el caso de ser perentorio, juega como condición resolutoria del poder concedido a los árbitros para dirimir el conflicto, de manera que transcurrido aquel, cesa el poder y por tanto la posibilidad de arbitrar la cuestión.

7. Firma. El convenio se presentará firmado o, en su caso, otorgado por las partes que a su vez sean los titulares registrales de los asientos afectados por aquel.

8. Otros aspectos registrales:

- i) Deberán identificarse las titularidades registrales afectadas por el convenio, pues en caso contrario el registrador no sabrá sobre qué folios extender los asientos. Para el caso de que finalmente el laudo afecte a fincas distintas de las señaladas en el convenio, el registrador hará nueva calificación de ambos títulos en relación con las nuevas fincas.
- ii) El convenio expresará, en la medida en que resulte necesario, los datos que para su toma de razón se exigen en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.
- iii) El convenio podrá estar sometido a término y condición, suspensiva o resolutoria, sin que ello sea causa que impida su toma de razón. En este caso, se transcribirá literalmente la cláusula que contenga la condición.
- iv) No es precisa la solicitud expresa de toma de razón del convenio, pues su sola presentación la presume.
- v) La toma de razón del convenio se realiza por medio del mismo asiento que corresponda a los estatutos, esto es, una inscripción.
- vi) Sin perjuicio de lo que se diga sobre este particular, cuando el convenio se presente en documento privado con firmas electrónicas, el registrador conservará una copia del convenio arbitral en su archivo de legajos; presentado que sea por medio de escritura pública, devolverá la copia presentada una vez practicada la toma de razón.

9. Forma del título que contenga el convenio. Nos remitimos a lo que diremos en la última parte de este trabajo; y, por último,

10. Publicidad formal. Inscrito el convenio, este debe tener la misma publicidad que los estatutos que le dan consistencia con indicación de las partes que se hubieran sometido a él, los árbitros designados, y el conflicto sometido a esta forma de resolución.

II. EL LAUDO

La primera especialidad que surge cuando de calificar un laudo arbitral se trata, es que quienes disponen de tal o cual derecho inscrito no son sus titulares sino unos apoderados muy especiales, pues su poder no se dirige directamente a disponer sino a dirimir, y como consecuencia de su resolución tiene lugar la disposición. La segunda especialidad de la calificación del laudo es que el registrador no solo habrá de examinar las facultades del apoderamiento, sino la adecuación de la evacuación del procedimiento dentro del ámbito de lo ordenado por la Ley de Arbitraje. Pero es de tener en cuenta que no produciéndose estrictamente la adecuación, puede ser, sin embargo, aún posible su toma de razón. Finalmente, *last but not least*, el convenio arbitral funciona como título habilitante del arbitraje, pero no como delimitador del marco del convenio, pues el laudo puede desbordar a este, de manera que el registrador no debe calificar la adecuación del convenio al laudo sino el ámbito habilitante del convenio en lo que a los elementos personales se refiere, es decir, que quienes consintieron al convenio sean las partes en la evacuación del arbitraje.

¿Cómo participan las partes en el arbitraje en defensa de sus respectivos derechos? Siguiendo un orden cronológico: (i) durante la evacuación y antes de dictarse el laudo: pueden recusar a los árbitros, formular oposición por inexistencia o falta de validez del convenio arbitral, por el idioma empleado, modificar o ampliar su demanda inicial, intervenir en las audiencias, interrogar a los peritos o, por último, aportar sus propios informes periciales; (ii) dictado el laudo: es posible que los árbitros hayan dejado alguna cuestión discutida sin resolver, la hayan resuelto de manera un tanto abstrusa o, incluso, se hayan pronunciado sobre cuestiones no sometidas a arbitraje en el convenio ni durante la evacuación del arbitraje. A tal efecto, se les ofrece la acción de corrección del laudo; corregido que sea este, les será nuevamente presentado a las partes; (iii) corregido el laudo: si este sigue sin convencer a la partes por no modificar los extremos que se hubieran solicitado en el ejercicio de la acción del meritado artículo 39 de la Ley de Arbitraje o porque, modificados, las partes consideren que no se ha producido verdaderamente la modificación, aún se les ofrece el remedio procesal del artículo 41 de la Ley de Arbitraje —la acción de anulación del laudo—, sujeta en su ejercicio a causas más restringidas que las del recurso del artículo 39. En consecuencia, no parece que el laudo vaya a dejar de acceder al registro por falta de tutela arbitral efectiva de las partes y más concretamente, del titular

registral; los defectos que impidan su toma de razón habrán de buscarse, pues, en otro sitio, a saber: en el incumplimiento (i) de una norma imperativa de la Ley de Arbitraje (lo que, por cierto, nos llevará más adelante a la conclusión de que el art. 40 de la Ley de Arbitraje no contiene un verdadero recurso en sentido procesal por no referirse al contenido de la sentencia sino a un recurso formal por dirigirse al modo en que se ha evacuado el procedimiento) o en el (ii) de las disposiciones de la legislación registral.

Un esquema de los tipos posibles de laudo es como sigue:

1. Los que adoptan medidas cautelares:
 - a) Antes de iniciado el arbitraje.
 - b) Durante la evacuación del arbitraje.
 - c) Después de dictado el laudo que resuelva total o parcialmente el conflicto.

2. Los que resuelven el conflicto de manera definitiva y que a su vez pueden subdividirse por varios criterios:
 - a) Por qué parte del conflicto resuelven:
 - i) Resolución total del conflicto.
 - ii) Resolución de parte del conflicto.
 - b) Por el tipo de resolución a que den lugar:
 - i) Declarativo.
 - ii) Constitutivo.
 - iii) Condenatorio.
 - c) Por su relación con la acción del artículo 40 de la Ley de Arbitraje, siendo esta clasificación igualmente aplicable al laudo por el que se adoptan medidas cautelares:
 - i) Plazo para su ejercicio transcurrido y ejercida la acción.
 - ii) Plazo para su ejercicio transcurrido y no ejercida la acción.
 - iii) Plazo para su ejercicio no transcurrido y ejercida la acción.
 - iv) Plazo para su ejercicio no transcurrido y no ejercida la acción.

Más adelante nos centraremos en analizar los laudos por razón de la clasificación expuesta en los numerales 1 y 2.a) y 2.c), abordando ahora la relación del laudo con el registro, según que aquel sea declarativo, constitutivo o condenatorio.

Los laudos declarativos se dirigen a manifestar, hacer público o dar a conocer una determinada situación, de manera que se obtiene certeza sobre ella (v.gr., la falsedad o nulidad de un determinado título, la mejor calidad de

un título respecto de otro). En este tipo de laudos las partes no adquieren un derecho por razón del laudo, sino por el título anterior que ya tenían y con el que acudieron al arbitraje. Por ello, el título que ha de presentarse en el registro para su eventual toma de razón no es el de arbitraje, no puede ser el arbitraje que solo pacifica, sino el anterior, que es por el que se adquiere. Ahora bien, pensemos por un momento en quiénes pueden verse beneficiados o perjudicados por la constancia registral del laudo declarativo. (i) Las partes conocen los títulos contradictorios y el laudo que los pacifica, por lo que no parece que precisen saber por vía registral lo que ya conocen sobradamente por la extrarregistral. Y si el perdedor en el arbitraje iniciara pleito contra el ganador por razón del mismo asunto, este último solo tendría que interponer la declinatoria, alegando que el asunto está sometido a arbitraje, indicando además que el mismo ya fue resuelto; (ii) los terceros: el registro ha de dar a conocer indubitadamente quién sea el titular indiscutible de la titularidad registral y respecto de terceros el carácter indudable surge únicamente de las declaraciones del propio registro, de manera que el titular inscrito es el único que ha de ser tenido en consideración, abandonándose así la odiosa distinción usada recurrentemente por cierta parte de la doctrina y que distingue entre el *versus dominus* y el titular registral, como si uno y otro fueran distintos. En consecuencia, a los terceros lo único que les interesa son las manifestaciones del folio, por lo que la presentación posterior a su inscripción de títulos contradictorios con el suyo no les afectará porque ni siquiera tendrán acceso al registro. Y si las partes arbitrales quieren evitar la aparición de terceros durante la evacuación del arbitraje, que insten la anotación preventiva de la pendencia del arbitraje en la forma que se dirá más adelante al tratar de las medidas cautelares. Existe, no obstante, un caso en que es necesario presentar el laudo declarativo junto con el título previo de adquisición: cuando inscrito en el registro uno solo de los títulos en conflicto, el laudo considere que es de mejor derecho el otro (esto es, el no inscrito). En este supuesto, el registrador hará constar en el asiento registral tanto el laudo declarativo como el título vencedor en el pleito arbitral, siendo el laudo el sostén de la cancelación registral del título inscrito (perdedor) y de la extensión del nuevo asiento correspondiente al otro (ganador). No obstante, ha de advertirse que la actuación de los árbitros ante un laudo declarativo puede ser diversa, pues pueden: (i) limitarse a declarar en el laudo cuál es el de mejor derecho, con lo que no se lograría la toma de razón registral, pues declarar la prioridad no equivale a ordenar su toma de razón; (ii) identificar en el laudo el título de mejor derecho y ordenar su toma de razón registral y la cancelación del inscrito (no prioritario), en cuyo caso el registrador puede practicar los asientos; y, por último; (iii) identificar en el laudo el título prioritario y no inscrito y condenar al titular del no prioritario pero inscrito a que otorgue escritura que permita la cancelación de su asiento y, en su caso, su sustitución por el título prioritario; en este supuesto no es

posible extender asiento alguno, pues la condena a otorgar escritura para acceder al registro no equivale a su otorgamiento⁵.

Por su parte, el laudo constitutivo forma, compone, establece o erige una nueva situación distinta de la preexistente, de manera que otorga, concede o dota a una de las partes en conflicto de un título de creación, modificación o extinción de derechos del que antes carecía y que habrá de ser presentado al registrador para lograr la modificación registral discordante con el laudo. Finalmente, por el laudo condenatorio se impone al condenado una obligación de dar, hacer o no hacer, pero sin que ello suponga automáticamente la realización de la prestación ordenada. Este laudo no accederá al registro por las razones expuestas en el párrafo anterior pero sí lo hará el ulteriormente otorgado por el condenado en cumplimiento del laudo⁶.

En cuanto a la calificación de los laudos:

1. Las partes:

- i) Identificación de las partes en la forma señalada para el convenio, haciéndose así contar en el asiento, tanto en cuanto al titular como a la otra parte del conflicto.
- ii) Capacidad. Sin perjuicio de lo dicho en sede de convenio, la capacidad exigida a las partes es la que corresponda con el negocio de constitución, modificación o extinción de titularidades registrales que se pretenda producir con el laudo.
- iii) Apoderado. Actuando las partes por medio de apoderado en la evacuación del arbitraje, el registrador calificará su capacidad para el negocio que se pretenda efectuar en el laudo, con especial atención al supuesto en el que existiera un plazo preclusivo para la actuación de los representantes de las partes.
- iv) *¿Quid* si el representante identificado en el convenio para defender a la parte en el proceso arbitral —identificación que, por cierto, no resulta habitual— no coincidiera con el que actúe en el arbitraje? El nombramiento de apoderado en convenio no obsta para que pueda ser ulteriormente alterado y sin expresión alguna de la razón de este cambio.
- v) *¿Quid* si prestado el consentimiento por persona capaz tanto para el convenio como para asumir los pronunciamientos del laudo, deviene incapaz antes de que este sea dictado, una vez dictado o al tiempo de su ejecución? Son dos las opciones: (i) entender —y nosotros así lo hacemos— que la capacidad se califica al tiempo en que se presta el consentimiento —lo que puede producirse al tiempo de pactar el convenio o al de resolverse el arbitraje, según la tesis que se adopte— y no al en que este produce sus efectos; (ii) defender que la capacidad debe darse copulativamente en ambos tiempos; esta última tesis, ade-

más, deberá distinguir según que la segunda capacidad sea exigida al tiempo de dictarse el laudo o de tener que cumplirse (en lo que aquí interesa, de acceder al registro). En cualquiera de los dos subcasos de la tesis últimamente citada, el juez, conocida que le sea la incapacitación, debería proceder a suspender el procedimiento y solicitar al representante de la parte o directamente al juez de apoyo del arbitraje la identidad del representante judicialmente nombrado, bastantando su poder en relación con el arbitraje. Bien es cierto que esta última solución es aparentemente menos traumática que la primera por contar con la aquiescencia de las partes hasta el final del arbitraje, incluyendo la toma de razón, pero resulta menos sostenible pues, además de lo dicho, el artículo 1.732.2.º del Código Civil proclama la terminación del mandato por incapacitación del mandatario pero no del mandante, por lo que el árbitro no habría de parar el procedimiento sino concluirlo hasta el final, y su laudo sería inscribible.

2. Árbitros:

- i) Identificación de los árbitros que dicten el laudo, haciéndose así constar en el asiento registral.
- ii) ¿*Quid* si los árbitros contenidos en el convenio fueran distintos de los que dictan el laudo o, incluso, resultaran mal nombrados por no ajustarse a lo ordenado en el convenio o a las normas de la institución arbitral de que se trate? Las partes han tenido ocasión durante la evacuación del arbitraje de oponerse a los árbitros nombrados por ser diferentes de los designados en el convenio o por no haberse nombrado de conformidad con la Ley de Arbitraje. Bien es cierto que es posible que los propios árbitros no hayan admitido su recusación o no se hayan abstenido; pero es que en tal caso las partes también han tenido oportunidad de ejercer la acción de anulación por este motivo e, incluso, por la designación súbita de un árbitro para la sola redacción de la corrección del laudo; y si no lo han hecho, es porque estaban de acuerdo con este extremo. Ahora bien, la Ley de Arbitraje prevé que la acción de anulación procede por «designación» del árbitro, usando este mismo término para referirse únicamente a los nombrados por instituciones arbitrales; podría, pues, entenderse que no existe acción para sanar el supuesto en el que los árbitros directamente nombrados no coincidieran con los que finalmente resuelvan el arbitraje. Y aunque tal tesis nos parece contradictoria con el espíritu de la norma, que constantemente persigue la defensa de los intereses de las partes, si se entiende que no es posible la acción en tal caso, no procedería la toma de razón del laudo dictado de esta manera salvo que las

- partes declaren expresamente su conformidad con los árbitros; si, en cambio, se entiende que la acción puede dirigirse a sanar tanto los árbitros mediata (institucionales) como inmediatamente: nombrados, el registrador deberá practicar la toma de razón solicitada⁷.
- iii) Apoderamiento. El registrador calificará el apoderamiento, no de los árbitros en general, sino de los concretos que firmen el laudo, para lo que tendrá en cuenta la existencia o no de plazos perentorios para el dictado del laudo, considerando únicamente las fechas que le consten por título auténtico y considerando por tal el que se dirá en la última parte de este trabajo⁸.
 - iv) ¿*Quid* si las partes arbitrales fijan un plazo perentorio para dictar laudo? Este plazo actúa como término del apoderamiento. En consecuencia, el arbitraje, pasado este plazo, no existe por falta de poder para realizar el negocio y, por tanto, carece de sentido ejercer la acción de anulación de lo que no existe⁹.
 - v) Designación judicial. Designado judicialmente el árbitro, el registrador calificará este título como cualquier otro judicial, asegurándose de que el nombrado coincida con el que resolvió el laudo y sin que resulte posible que las partes sustituyan por sí mismas a este por un tercero. Al registrador se le aportará original del título judicial de nombramiento en que el árbitro resulte identificado en la forma anteriormente expuesta, que se hará constar en el asiento registral.
 - vi) Igualdad. No es preciso que el laudo se exprese sobre este particular, pero en caso de hacerlo quedará fuera de la calificación registral por quedar este eventual defecto sanado por el no-ejercicio de la acción de anulación del laudo. El registrador no deberá hacer constar este extremo en el asiento que extienda¹⁰.
 - vii) Número:
 - 1. Ídem del anterior¹¹.
 - 2. ¿*Quid* si las partes deciden que el número de árbitros sea par? La norma por la que se ordena que el número de los árbitros sea impar se dirige exclusivamente a evitar los empates en las decisiones del tribunal arbitral; pero si se presenta al registro un laudo es porque ha habido mayoría de votos y la anómala situación a nadie ha perjudicado ni en nada ha hecho al arbitraje de peor calidad, con lo que aunque ha de recogerse en el asiento al identidad de los árbitros, no es preciso que expresamente se recoja si han sido o no pares (aunque, evidentemente, este dato resulta por sí mismo). Ahora bien, de las opiniones vertidas por varios árbitros, aparenta ser este requisito de la imparidad imperativo para el nacimiento del arbitraje aunque nos es conocido

que recientemente y allende nuestras fronteras se ha configurado una corte arbitral con número par de árbitros; por ello, hemos de advertir al lector que no es esta materia pacífica¹².

- viii) Personas no hábiles para ejercer como árbitros:
1. Persona natural que no se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Si la norma es imperativa, las partes no pueden elegir a una persona que no se halle en el ejercicio de sus derechos civiles, por lo que el laudo sería nulo de pleno derecho. Ahora bien, podría sostenerse que el laudo es anulable pero no nulo de pleno derecho y que la anulabilidad solo podría instarse por terceros distintos de las partes, puesto que estos quedan sujetos a sus propios actos (siempre que supieran de la existencia de la incapacidad), al haber nombrado como árbitro a persona con aquellas características. Por su parte, el artículo 1.716 del Código Civil autoriza a una persona que no se halla en el pleno ejercicio de sus derechos civiles —un emancipado— a actuar en la esfera de una persona con capacidad plena, por lo que podría colegirse que cuando el sujeto que no se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles sea un emancipado, no existirá causa que anule el arbitraje. Contra el argumento anterior ha de decirse que el emancipado, como apoderado, actúa a las órdenes del poderdante, con lo que su facultad decisoria está mermada, de manera que el artículo antedicho no podría usarse como interpretación por analogía. Pero, nuevamente, contra esto último habría de oponerse que afirmar que en todos los casos de apoderamiento las facultades decisorias del apoderado se hallan mermadas, resulta, cuando menos, apriorístico, sin que pueda excluirse que en ocasiones el apoderado tenga que decidir con un amplio margen. El último argumento es el de los terceros: ¿acaso estos podrían alegar la nulidad radical de un laudo dictado por persona que no se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles? Nosotros entendemos que la razón en la que habría de basarse la reclamación sería que una vez que se ha considerado a una persona incapaz en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, no tendría sentido entender que es capaz para regir los destinos de un patrimonio ajeno, por mucho que el titular de este patrimonio lo autorice así. En consecuencia, dado que la ablación en el ejercicio de estos derechos se debe, fundamentalmente, a motivos de Orden público y que la propia Ley de Arbitraje señala únicamente a estos y no, por ejemplo, a aquellos que hayan perdido sus derechos

públicos como, por ejemplo, el de legitimación activa o pasiva en las elecciones, ha de entenderse que el legislador ha querido evitar que quienes no pueden usar de su propio patrimonio por hallarse incapacitados para ello, no puedan, tampoco, por vía de arbitraje, disponer del patrimonio de un tercero. Por último, y en contra del argumento anterior, no es menos cierto que las partes pueden acoger el laudo dictado, por ejemplo, un menor de edad, como si la transacción propia de aquellas, por lo que si el título no lo consideramos válido como laudo sí que podríamos admitirlo como transacción. No podemos, pues, ofrecer una respuesta definitiva a este problema¹³.

2. *¿Quid* si actúan como árbitros personas jurídicas distintas de las previstas en la Ley de Arbitraje? Parece que la previsión de esta ley se dirige más a impedir el conflicto de intereses entre árbitros y arbitrados —al encargar esta función a entidades sin ánimo de lucro— que a impedir simple y llanamente su participación en el arbitraje. Por ello, entendemos que la limitación es una incompatibilidad más que una incapacidad absoluta, de manera que si, finalmente, una entidad mercantil gestiona un arbitraje, este no será nulo sino anulable, lo que, a su vez, quedaría sanado por el no ejercicio de la acción del artículo 39 de la Ley de Arbitraje ni la de anulación del artículo 40. A mayor abundamiento, nada impediría que, considerándose plenamente nulo el laudo, las partes decidieran acogerse a su contenido a título de transacción, como ya se expuso en el numeral anterior. En consecuencia, el ámbito de calificación del registrador no se extiende a este extremo, siendo innecesario que el laudo se pronuncie sobre este particular, más allá de identificar a los árbitros¹⁴.
3. Imposibilidad para ser árbitro. Queda fuera del ámbito de la calificación registral, sin que la inscripción deba hacer mención a este extremo. Piénsese, por ejemplo, en los jueces y magistrados, los magistrados del Tribunal Constitucional, los fiscales, los procuradores y los secretarios judiciales que se hallan imposibilitados para ejercer de árbitros. En nuestra opinión, estamos ante un caso de incompatibilidad y no de incapacidad absoluta, de manera que el arbitraje será válido pudiendo, incluso, llegar a pensarse si siquiera sería una causa que poder alegar en el ejercicio de la acción de anulación del laudo, si se ha llegado a dictar por los árbitros con conocimiento de las partes sobre esta circunstancia. Por último, es poco posible que el registrador tuviera constancia de este extremo porque no resulta normalmente del laudo ni tampoco de los títulos inscritos en el registro¹⁵.

- ix) Árbitro no jurista. La calificación del registrador no se extiende a este ámbito por el tan repetido argumento del no-ejercicio de la acción de nulidad del laudo; ahora bien, no es esta una opinión unánime¹⁶.
- x) Motivos de abstención y recusación, independencia o carácter de mediador en el mismo conflicto. Damos por repetido lo señalado en el (ix)¹⁷.

3. Aceptación. Existiendo un plazo preclusivo para aceptar y/o ejercer el cargo de árbitro, el registrador debe extender su calificación al cumplimiento de aquel, pues se trata de un apoderamiento sujeto a término; llegado que sea el plazo, concluye la posibilidad de aceptar el apoderamiento o de ejercerlo sin que pueda ser subsanado por no haber existido oposición al laudo dictado por árbitros que o no hubieran aceptado el encargo a tiempo o no lo hubieran concluido en el tiempo prefijado. Y la razón no es otra que la falta de existencia de laudo por falta de convenio arbitral, sin que parezca adecuado exigir a las partes pronunciarse sobre lo que no existe. La aceptación del cargo por los árbitros se hará constar en el laudo y en la inscripción; y la resolución en plazo, con indicación simplemente de la fecha, se hará igualmente constar tanto en el laudo como en el asiento, tomando el registrador en cuenta únicamente las fechas que resulten de título auténtico y considerando como tal el que se dirá en la última parte de este trabajo¹⁸.

4. Lugar de celebración:

- i) Es materia calificable por el registrador, a los efectos de establecer o no la aplicabilidad de la legislación española así como el órgano judicial de control y apoyo del laudo. Este extremo se hará constar en el laudo y en la inscripción registral.
- ii) ¿*Quid* si el arbitraje se celebra en lugar distinto del elegido por las partes en el convenio? Este extremo queda salvado por el no-ejercicio de la acción de los artículos 39 y 40 de la Ley de Arbitraje, siempre que para el caso de participación en el laudo por medio de representantes, estos tuvieran poder bastante al efecto para modificar este aspecto del convenio siendo necesario poder expreso pues el cambio de ley aplicable puede afectar a los derechos de las partes intervinientes.

5. Conflicto:

- i) La finalidad de que el laudo identifique el conflicto finalmente resuelto es cuádruple:
 - 1. Asegurarse de que la materia resuelta sea efectivamente arbitrable por ser la norma que regula este extremo imperativa y no permitir subsanación, pues faltará la congruencia necesaria entre el procedi-

miento seguido y la materia tratada, como se apuntó más arriba, no siendo admisibles declaraciones genéricas que manifiesten simplemente que el objeto arbitrado es de «libre disposición de las partes conforme a Derecho», pues impiden la calificación registral. Bien podría defenderse que en orden a identificar el conflicto resuelto se siguiera por los árbitros el patrón usado para las resoluciones judiciales, en las que se hacen declaraciones genéricas del estilo «embargo por deuda dineraria» o «demanda de dominio» pero nótese que:

- a) en los Fundamentos de hecho de los títulos judiciales se explica el conflicto resuelto, lo que no sucede en el laudo, que puede presentarse parcialmente al registro;
 - b) en el caso que nos ocupa, no se trata de relacionar dos resoluciones judiciales referentes a un asunto identificado por un número de procedimiento, sino una resolución arbitral, sin número de referencia con un convenio, que también carece de número de identificación que lo individualice; y, por último,
 - c) los títulos judiciales son depositados en el juzgado y en el registro, sin que exista previsión al respecto sobre el depósito en el registro ni sobre la facilitación de copias del título por el registrador a terceros (incluso la autoridad judicial) que así lo solicitaran¹⁹;
2. En el caso de los laudos constitutivos, hacer constar no solo que la transmisión de tal o cual titularidad registral lo es a título oneroso sino, además, especificar el título del nacimiento de la deuda que ahora sirve de precio de adquisición de la titularidad registral de que se trate y, además, fijar su importe;
 3. Que no puedan presentarse, sobre los mismos asientos, dos laudos pertenecientes a distintos arbitrajes que versen sobre materias distintas y que, sin embargo, parezcan que se refieren al mismo asunto; y, por último,
 4. Asegurarse de que en caso de resolución judicial que deje sin efecto un arbitraje, puedan identificarse los asientos extendidos como consecuencia del mismo.
- ii) *¿Quid* si la materia definitivamente resuelta no coincide con la contenida en el convenio? El artículo 40 subsana este extremo, pero el registrador se asegurará de que no haya terceros que hayan inscrito su titularidad registral con posterioridad al convenio y que no hayan prestado su consentimiento expreso al mismo, sin que pueda considerarse

suficiente a tal efecto su participación en la evacuación del laudo, en tanto que esta participación ha podido limitarse a lo contenido en el convenio pero no a la cuestión definitivamente resuelta en el laudo. Por ello, es preciso consentimiento expreso del tercero.

- iii) *¿Quid* si el laudo es testamentario pero resuelve cuestiones ajenas a la partición? Siempre que no existan terceros registrales perjudicados, este aspecto quedará cubierto por el no ejercicio de las tan merítadas acciones.

6. Evacuación del arbitraje. Es materia calificable por el registrador por tratarse de una cuestión de orden público, no sujeta a la autonomía de la voluntad. Será suficiente con que el laudo declare que el procedimiento se ha evacuado de acuerdo con los principios imperativos de igualdad, audiencia, contradicción, defensa e idioma, así como cualquier otro previsto en la Ley de Arbitraje, haciéndose constar este extremo en la inscripción.

7. Notificación del laudo a las partes y a los terceros:

- i) Los terceros registrales no sujetos al convenio. El arbitraje, por mucho que sea notificado a terceros registrales, esto es, terceros que ostenten titularidades registrales relacionadas con el conflicto que ahora se resuelve o con alguna de las resoluciones contenidas en el laudo, no convierte a aquellos en parte del arbitraje, al que no prestaron su consentimiento. En consecuencia, ninguna notificación justifica que el registrador dé acceso al registro a un laudo que perjudique a aquellos, incluso en el caso de que estos terceros hubieran atendido las eventuales notificaciones de los árbitros e, incluso, hubieran asistido al arbitraje. Únicamente en el caso de que estos terceros se sumen al arbitraje, a todo el arbitraje como procedimiento de resolución de conflictos propios de los mismos terceros, podrá entenderse que el laudo les afecta; y esta incorporación de quien es tercero respecto del convenio (y arbitraje) no puede presumirse por el registrador sino que habrá de declararse expresamente o deducirse sin ningún género de dudas de declaraciones directamente emitidas por el tercero.
- ii) Los terceros registrales sujetos al convenio. El laudo habrá de declarar que los terceros registrales que resulten ser partes arbitrales han sido notificados, al menos, de los hechos siguientes: la interposición de la demanda, la designación del árbitro y, por último, el laudo, sin perjuicio de otras que pudieran resultar procedentes de manera que el registrador pueda calificar que estos no han sufrido indefensión. Más aún, la declaración de que se ha efectuado la comunicación indicará que la misma se ha dirigido al domicilio que consta en el registro y que su contenido ha sido el establecido en la ley a tales efectos²⁰.

iii) Los terceros registrales ¿sujetos al convenio? ¿Cuál es la posición de los titulares de derechos dependientes de otro sujeto a arbitraje? Piénsese en el caso de un usufructuario de finca previamente sujeta por estatutos al arbitraje. Resuelto que sea por laudo el dominio de la finca y reconocido el mismo en favor de tercero, el usufructo ha de decaer al concluir aquel del que trae causa. ¿Estará sometido este usufructuario al arbitraje? ¿Podrá oponerse al mismo y judicializar el conflicto? Si el eventual nuevo dueño queda sujeto al arbitraje por subrogación en la posición del dueño anterior, parece lógico someter al mismo sistema a quien ostenta un derecho menor y que ya conocía de la sujeción de la finca al arbitraje, de la misma manera que queda sujeto al resto de las disposiciones estatutarias.

8. Plazo para dictar el laudo. Nos remitimos a lo dicho más arriba²¹.

9. Motivación y congruencia del laudo. Es materia calificable por el registrador en cuanto a la existencia de la motivación, porque el laudo siempre habrá de ser motivado, pero no en cuanto a su contenido ni solvencia jurídica. Cuando arribe al registro un extracto parcial de un laudo, este contendrá igualmente la fundamentación en la que se apoye la resolución pero es dudoso que deba necesariamente trasladarse esta fundamentación al registro, por analogía con las sentencias; así, entendemos, lo único preciso sería hacer constar que la titularidad registral se adquiere por pago, por ejemplo, de una deuda, indicando en su caso el importe de esta última, a los efectos de satisfacer el impuesto y hacerlo constar en la inscripción. Pero aunque el razonamiento jurídico se volcara en la inscripción, es aún más dudoso que el registrador deba, en el caso de expedir nota simple o certificación del asiento de que se trate, dar información alguna sobre aquel. Empero, se ha planteado por cierto sector de la doctrina la posibilidad de anulación del laudo cuando este se mofe impunemente de la equidad o de la ley aplicable. Excede notablemente del objeto del presente trabajo la discusión sobre esta materia; ahora bien, nótese lo limitado de la posibilidad de anulación de un laudo por las razones expuestas, en tanto que con los datos de los que dispone el registrador es difícil percibir la falta de equidad o la no consideración de la ley aplicable, lo que exigiría que los árbitros hubieran prescindido palmariamente de una u otra lo que, en ningún caso, ha de extenderse a la interpretación de las normas aplicables sino a las concretamente elegidas para sostener o justificar el laudo. Es SANSÁ TORRES quien mejor expone los intereses en juego al plantearse qué sucedería si un laudo contuviera una sustitución fideicomisaria más allá del segundo grado; y nosotros contestamos figurándonos el caso en que no un laudo sino una sentencia judicial ofreciera este mismo problema: no la inscribiríamos por tratarse de una norma de Orden público que el juez no puede soslayar. No se trata, pues, de un problema propio del laudo sino, igualmente, de las sentencias. En conclusión, creemos que salvo

supuestos de Orden público, no transaccionables o modulables por la autoridad judicial o arbitral, el laudo o sentencia habrá de acceder al registro y el registrador no podrá basar su calificación negativa en este punto. Por su parte, los restantes ejemplos ofrecidos por el mismo autor presentan mayores dudas, pues un proceso contradictorio podría permitir *per se* la defensa de los intereses en juego y la salvaguarda del derecho que se pretende defender²².

10. Subsanación del laudo. Apunta igualmente SANSA TORRES que la subsanación de defectos de un laudo únicamente puede efectuarse por el árbitro mientras subsistan sus funciones arbitrales. No estamos, sin embargo, de acuerdo pues entendemos que en este caso ha de distinguirse según que el error que se subsane sea material o formal. En el primer caso, los árbitros amplían su resolución arbitral en el sentido de solventar cuestiones en las que no habían entrado o resolviendo de distinta manera las ya resueltas; en este supuesto no cabe la subsanación (en realidad, nuevo laudo arbitral) pues ya no existe el arbitraje; ahora bien, si lo que se pretende es modificar errores materiales («de pluma» los llama el Derecho hipotecario suizo) que suponen la corrección de operaciones aritméticas o de otras que resulten evidentes del texto arbitral que ahora se corrige, entendemos que el ya *ex* árbitro se halla habilitado, por no tratarse de una actividad jurisdiccional. Por último, no tendría sentido que en este caso hubiera de organizarse un nuevo arbitraje, que puede no interesar a una de las partes, o, incluso, acudir a juicio con esta finalidad²³.

11. Acción de anulación:

- i) ¿Es la acción de anulación del artículo 40 un verdadero recurso y, por tanto, puede orientarse por analogía hacia los recursos judiciales? La acción de anulación no es un recurso pues no se dirige al contenido y sentido de la resolución sino al control procedimental del arbitraje. La de anulación es una acción contra el proceso y no un recurso contra el fallo, de manera que los motivos por los que esta acción puede ser interpuesta son: la improcedencia del arbitraje por falta de convenio en general o relativo al asunto resuelto finalmente, en particular, o, en caso de procedencia, la falta de ajuste de este a lo preceptuado legalmente (v.gr., falta de notificación, falta de ejercicio adecuado de los derechos de las partes, nombramiento inadecuado de los árbitros). Se trata de un recurso formal, no sustantivo, comparable al recurso extraordinario por infracción procesal no solo por las causas que justifican su interposición sino porque en ambos casos se dirige contra fallos que no admiten recurso (resoluciones judiciales en segunda instancia o laudos arbitrales, que constituyen una única instancia, respectivamente), aunque en el caso del arbitraje con un plazo tres veces más amplio que en el judicial para la interposición de la acción (dos meses frente a veinte días). Pero el hecho de que no sea un recurso (se trata de una «acción»

en que hay «demandante» y «demandado» en vez de un «recurso» con «recurrente» y «recurrido») no implica que no produzca los mismos efectos en orden a postergar la firmeza del laudo, que desde que se dicte será definitivo pero no firme²⁴.

- ii) ¿Cómo constatar el registrador el transcurso del plazo para el ejercicio de la acción? Por sí mismo, tomando en consideración la fecha de inicio de ejercicio de la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4.
- iii) ¿Cómo constatar que la acción de anulación ha sido interpuesta y que, por tanto, el laudo no ha alcanzado firmeza? Tratándose de una acción judicial y por aplicación con lo que se hace con los títulos de esta naturaleza, la única forma que el registrador tiene de saber que la acción se ha interpuesto no es ni la comunicación de las partes arbitrales ni del árbitro ni tampoco de la institución arbitral de que se trate, sino la comunicación que le efectúe el juzgado competente para resolver la acción de anulación y en el que se le indique aquel extremo. Ejercida que sea la acción, el laudo no alcanza firmeza, por lo que los asientos a que dé lugar serán transitorios.

12. Fecha del laudo y del laudo definitivo. Es materia calificable por el registrador, haciéndose constar este dato en el laudo y en la inscripción registral y considerándose como fecha la que conste de manera auténtica y no la que declare el árbitro.

13. Firma del laudo. Es materia calificable por el registrador, que comprobará la identidad de los árbitros firmantes, haciéndose constar la misma en el laudo y en la inscripción. La firma podrá ser de todos los árbitros, de la mayoría o la del presidente del colegio arbitral; en los dos últimos casos, habrá de expresarse la razón de la falta de la firma o firmas correspondientes²⁵, haciéndose constar en el asiento registral.

14. Otros aspectos registrales:

- i) El laudo contendrá un mandato claro y conciso por el que se ordene al registrador la realización del asiento en general, indicándose como causa de la transmisión de la titularidad registral la concreta que se reconozca en el laudo (v.gr., pago por deuda). De la clase de asientos que el registrador deba extender en cada caso, nos ocuparemos más abajo.
- ii) Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora sobre el contenido del convenio y del laudo, los árbitros expresarán en los títulos que presenten los datos que para la inscripción se exigen en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.
- iii) Se identificarán las fincas registrales afectadas por el laudo.

- iv) *¿Quid* si se pide al registrador la extensión de, por ejemplo, una anotación preventiva cuando, en realidad, debiera extenderse una inscripción? Sin perjuicio de lo que diremos sobre la clase de asientos que el registrador debe extender con ocasión del arbitraje, es al registrador a quien corresponde determinar qué asientos se ajustan mejor a la finalidad pretendida por las partes, de acuerdo con el contenido presentado. En todo caso, pueden adoptarse dos posturas: (i) que el registrador admita el título y extienda, *motu proprio*, un asiento distinto al solicitado; o, por último, (ii) que califique el título e inste a las partes a que modifiquen su solicitud. Nosotros somos de esta última opinión.
- v) No se tomará razón de los laudos meramente declarativos o constitutivos por analogía con la Ley de Enjuiciamiento Civil pues el simple reconocimiento de la deuda o del derecho a adquirir una titularidad registral, no son suficientes para practicar la inscripción²⁶.
- vi) *¿Cuál* será la causa de la adquisición? Si el laudo registral es constitutivo, la adquisición será siempre onerosa, pues la finca se adquiere como consecuencia del crédito que una de las partes adeuda a la otra. Si el laudo es declarativo, la adquisición de una de las partes tendrá la causa propia del título por el que se adquirió, así:
 1. Laudo constitutivo y adquisición onerosa: el laudo reconoce que a una parte se le adeuda una cantidad de dinero y, además, no solo ordena que se le transmita para su pago una determinada titularidad registral sino que en el laudo ya se le transmite porque se declara este extremo por las partes.
 2. Laudo declarativo y adquisición gratuita: si el laudo versa sobre los derechos de dos herederos a bienes de una misma herencia de manera que si aquel considera a uno de estos como de mejor derecho respecto de ciertos bienes de la herencia, el heredero adquirirá por título de herencia, no de arbitraje.
 3. Laudo declarativo y adquisición onerosa: si el laudo versa sobre la determinación de cuál de los dos compradores, por distintos títulos, de una misma finca es de mejor derecho, el adquirente reconocido como tal adquirirá por su título de compraventa, no por razón del laudo.
- vii) Los asientos registrales que se extiendan con ocasión del laudo podrán estar sometidos a término y condición, suspensiva o resolutoria.
- viii) *¿Será* preciso aportar el convenio arbitral para la práctica de los asientos resultantes del laudo? La cuestión se responde considerando si el convenio consta o no previamente inscrito en el registro y la extensión de lo extractado en el asiento registral. Así, si en la inscripción se halla contenido íntegramente el convenio arbitral, no parece preciso

presentar nuevamente este y sin que pueda sostenerse que ha de aportarse porque la misma solución se prevé en el artículo 550.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el caso de ejecución judicial del laudo, pues el juez carece de copia alguna del convenio, a diferencia del registrador mercantil o de la propiedad, que cuentan con sus respectivos asientos registrales comprensivos de aquel.

- ix) Cancelación de asientos. El registrador solo podrá cancelar asientos cuando se ordene así de manera expresa y afecte a sujetos vinculados con el arbitraje.
- x) Forma de los títulos presentados al registro. Nos remitimos en este punto a la última parte de este trabajo.
- xi) Depósito del laudo y obtención de copia. Para el caso de que el laudo se presente por título privado, el registrador guardará una copia del laudo en su archivo de legajos del arbitraje. ¿Cómo puede obtener el tercero copia del laudo extendido en título privado por si fuera preciso para defender sus legítimos intereses? No creemos que el registrador se halle autorizado a facilitarla a partir de su legajo de documentos, porque el registro no funciona como depósito de títulos, más allá de la ordenación (verdadera codificación) de los derechos asentados en los folios registrales. Como se ve, el problema del archivo definitivo y accesible del laudo es una cuestión no resuelta.
- xii) Elementos temporales. Desde que se dicta el laudo, no existe plazo alguno para su presentación en el registro.

15. Publicidad formal. Extendido el asiento resultado del arbitraje, nos preguntamos qué información es suficiente para los terceros que acuden al registro a conocer su contenido. ¿Cómo se actúa en el caso de una sentencia? El asiento indica que tal o tal adquisición se hizo por título judicial con identificación del procedimiento y una explicación sucinta pero suficiente del objeto del pleito (v.gr., demanda de dominio). Y este creemos que debe ser exactamente el contenido ofrecido por el registro: el mismo que el de las sentencias judiciales.

16. Relación de asientos judiciales/arbitrales:

- i) ¿Puede un laudo arbitral alterar un asiento registral judicialmente ordenado? Piénsese en el caso de que, pendiente un determinado juicio, las partes deciden someter la controversia a arbitraje. Resuelto este, se presenta el laudo al registrador para que este cancele los asientos extendidos por orden del juez —por ejemplo, una anotación preventiva de demanda— y los sustituya por lo decidido por los árbitros. El problema no es tanto que el laudo no pueda resolver conflictos iniciados judicialmente, como que los asientos nacidos por orden judicial se cancelan, también, judicialmente. Tómese el caso del asiento de hipoteca

respecto del que se extendió certificación de dominio y cargas: aquel solo podrá cancelarse una vez cancelado, a su vez, este último; y este solo podrá ser cancelado por la autoridad judicial que lo ordenó. Por lo anterior, los árbitros deberán solicitar al juez por medio de laudo la cancelación de las actuaciones judiciales hasta entonces llevadas a cabo; este emitirá en su caso el mandamiento solicitado, que se presentará en el registro²⁷; y, por último,

- ii) ¿*Quid* en el caso de que judicialmente se pretenda cancelar un asiento extendido por medio de laudo arbitral? Por los argumentos expuestos anteriormente, no será posible, como tampoco lo sería que un tribunal pretendiera cancelar un asiento extendido por un juzgado distinto. Cuestión bien distinta será aquella en la que la solicitud judicial de cancelación de asientos extendidos como consecuencia de un proceso arbitral, se dirigieran a dejar sin efecto el laudo que causó el asiento o el proceso arbitral mismo. En tal caso, el problema ya no se suscitaba entre dos jurisdicciones distintas y de igual altura, sino entre una, superior, la judicial, que anula la existencia de otra, la arbitral, o sus decisiones, en forma de laudos.

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES

El único caso en el que la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha manifestado en sede de arbitraje en lo que aquí interesa, lo fue con ocasión de la pretensión de extender en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva por medio de acta de protocolización de laudo, en el que se sujetaban ciertas fincas a condición resolutoria para el caso de que se incumpliera el laudo dictado. La resolución trataba de resolver dos cuestiones: (i) si la adopción de una medida cautelar por los árbitros requiere de asistencia judicial y, por tanto, si es preciso usar como título inscribible un auto judicial o si resulta suficiente con el acta de protocolización de laudo; y, por último, (ii) si la disposición adoptada en el laudo objeto de recurso participaba más de la naturaleza de medida cautelar del laudo ya dictado que de anotación preventiva dirigida a asegurar al arbitraje aún no resuelto y, por tanto, si tenía o no cabida en el registro por no ajustarse a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria. En la resolución que citamos, el registrador denegó la toma de razón exigiendo título judicial y, además, que la medida adoptada se ajustara a una de las contenidas en el meritado precepto, pues a su juicio la legislación hipotecaria se rige en este punto por la regla del *numerus clausus*.

A nosotros no nos cabe duda de que los árbitros pueden adoptar por sí mismos cuantas medidas estimen adecuadas para asegurar las resultas del arbitraje y, por ende, del laudo, antes o después de dictado este, siempre que sus deci-

siones limiten sus efectos a las titularidades registrales de quienes sean parte del convenio. No es menos cierto, sin embargo, que las medidas adoptadas por los árbitros (sean cautelares o anotaciones preventivas) han de quedar perfectamente definidas en su naturaleza jurídica y alcance, de manera que solo las que tengan carácter real y queden perfectamente definidas podrán acceder al registro, sin que estos requisitos sean una especialidad del arbitraje sino de la legislación hipotecaria. Es común asentimiento que las anotaciones preventivas constituyen un *corpus*, en mayor o menor medida, cerrado; pero de una interpretación conjunta de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en sede de medidas cautelares del procedimiento, debe defenderse que este *corpus* ha de ser flexible en relación con las necesidades de cada caso aunque con pleno respeto a los principios registrales y, más concretamente, al de especialidad. La adopción de anotaciones preventivas no usadas recurrentemente y respecto de las que no existe un compendio doctrinal suficiente en cuanto a sus límites, constituye un peligro por su indefinición que ha de ser evitado, aunque siempre ponderando los intereses en juego y la concreción que se ofrezca en el texto de la resolución arbitral presentada para su toma de razón. Pero igualmente entendemos que el elenco de posibles medidas cautelares queda *a priori* suficientemente cubierto con la previsión de, principalmente, el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, sin necesidad de crear una categoría *ex novo* e innominada para el ámbito arbitral. El camino recorrido por la jurisprudencia registral con un incommensurable volumen de resoluciones sobre medidas cautelares *litis pendencia* o ya resuelto el procedimiento para asegurar los resultados de este, puede perfectamente ser seguido por los árbitros. En todo caso, en esta materia hemos de ser especialmente flexibles por ser la realidad enormemente rica y hemos de posicionarnos, además, en favor de que los árbitros gocen de la necesaria soberanía en sus decisiones, siempre que resulten cumplidos los principios registrales y se fijen claramente los efectos de la anotación que se pretenda extender²⁸.

IV. ASIENTOS A QUE DA LUGAR EL ARBITRAJE

Retomemos ahora la clasificación que hicimos más arriba sobre los tipos posibles de laudos. Los hitos arbitrales que acceden al Registro son: (i) el convenio arbitral, y (ii) el laudo por el que se adoptan: (ii.a) medidas cautelares (ii.a.1) durante el arbitraje o (ii.a.2) después del arbitraje, y, por último, (ii.b) el que resuelve definitivamente todo o parte del conflicto suscitado, distinguiéndose según (ii.b.1) haya o (ii.b.2) no transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción de anulación del mismo del artículo 40 de la Ley de Arbitraje.

- i) El convenio registral, para el caso de acceder al registro —pues es posible la toma de razón de un laudo sin que previamente se haya ins-

- crito el convenio que lo sostenga—, lo hará por medio de un asiento de inscripción y, más concretamente, en el de los estatutos que rijan la titularidad de que se trate (v.gr., propiedad horizontal, sociedad limitada).
- ii) El acceso registral del laudo que contiene (ii.a) medidas cautelares (ii.a.1) durante la evacuación del arbitraje ha de dar lugar en todo caso a asientos transitorios que, sin perjuicio de lo ordenado por los árbitros, serán anotaciones preventivas de demanda (aunque no sean necesariamente de dominio, para el caso siempre de que afecten la titularidad inscrita) o, incluso, de prohibición de disponer asociadas al resultado del arbitraje y que fenecerán una vez logrado el objeto que con ellas se quería preservar; igual solución requieren los laudos que contengan medidas cautelares que aseguren el resultado del laudo una vez dictado este. Ídem del anterior para el caso del laudo que contenga (ii.a.2) medidas cautelares que hayan de producir efecto después de dictado el laudo. En cuanto a las medidas precautorias anteriores al inicio de la evacuación del arbitraje, darán lugar también a asientos transitorios aunque a partir del título judicial, no arbitral, que las ordene, por lo que quedan fuera de nuestro objeto de estudio²⁹. (ii.b) El acceso registral del laudo que resuelve definitivamente un asunto exige distinguir según que se haya o no ejercido la acción de nulidad y, además, según haya o no transcurrido el plazo para ejercerla. En este sentido, recordamos lo dicho más arriba en el sentido que la acción de anulación no es un recurso pero su ejercicio produce que el laudo no adquiera firmeza y la comunicación judicial de la interposición de la acción al registrador impide a este extender asientos definitivos por razón del laudo. Planteémonos las diferentes cuestiones que requieren de respuesta:

1. Si se ha interpuesto o no la acción.
2. Cuál es el título que ha de usarse para acreditar el anterior extremo.
3. Cuál es el título para convertir en su caso la anotación preventiva en un asiento definitivo.
4. Quién debe comunicar al registrador la interposición o no de la acción; y, por último,
5. Cuándo debe considerarse efectiva la interposición de la acción a los efectos del registro, así: interposición, admisión a trámite u ordenación por el juez de la adopción de una concreta medida cautelar como consecuencia de la acción de nulidad.

Lo que es claro es que: (ii.b.2) no transcurrido el plazo, los asientos que se extiendan han de ser siempre transitorios, pues el laudo se haya pendiente de una causa que puede, si no dejarlo sin efecto, sí suspenderlo. Y dado que el asiento que en tal caso se extendería para una resolución judicial no firme sería

el de anotación preventiva por defecto subsanable, este mismo asiento debería extenderse para el laudo que se halle en igual situación; y, por último, (ii.b.1) que transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción sin que esta se haya interpuesto, procede convertir inmediatamente, a petición de parte interesada, el asiento transitorio en definitivo.

Interpuesta la acción de nulidad, el artículo 42.1 de la Ley de Arbitraje prevé la salida del procedimiento de manos del árbitro y su toma por el juez. Por ello, no parece que, interpuesta la acción, la simple declaración del árbitro sea suficiente para la conversión del asiento transitorio en definitivo; pero incluso en el supuesto de que no se hubiera interpuesto la acción, surge la duda de si la simple declaración del árbitro sobre este particular es suficiente para la conversión, máxime cuando ha podido concluir el tiempo en el que ejercía de árbitro. Las posibilidades que se abren son las siguientes:

1. Interpuesta la acción:
 - i) Que la comunique el árbitro al registrador. Ahora bien, el árbitro ha podido dejar de serlo por haber fenecido el plazo concedido al efecto. Pero aunque siguiera siéndolo, ¿será suficiente con la comunicación de la existencia de la acción (interposición o admisión a trámite) o deberá acompañar el título judicial que lo acredite? Pero aunque justifique la interposición o la admisión a trámite, ¿serán títulos suficientes para causar asiento alguno en el registro? Y en caso afirmativo, ¿qué asiento habrá de extenderse en tal caso cuando de la titulación presentada no se desprende solicitud alguna pues la acción de anulación ha pasado ya a ser competencia judicial y no arbitral? ¿se extenderá uno nuevo, cuya identidad no conocemos, o simplemente se denegará la conversión en inscripción de la previa anotación preventiva? Y de hacerse cualquiera de estas dos operaciones, ¿lo será a solicitud del árbitro cuya competencia, insistimos, ha fenecido con ocasión de la judicialización del laudo?
 - ii) Que la comunique una de las partes al registrador. Muchas de las dudas anteriormente expuestas respecto del árbitro se plantean en este mismo caso pero apuntaremos una más, ¿desde cuándo la simple comunicación de un particular es título suficiente para extender una anotación preventiva?
 - iii) Que la comunique el juez al registrador:
 1. Informándole únicamente de la interposición pero sin ordenar la extensión de anotación de demanda. No parece suficiente, pues la simple interposición de una acción no equivale ni a su admisión ni, mucho menos, a la adopción de medidas cautelares, que son de la exclusiva competencia judicial. Ahora bien, en este caso,

conocida que sea la interposición por el registrador, este queda imposibilitado para extender asientos definitivos, se le ordene o no la extensión de una anotación preventiva. Ahora bien, en este supuesto se coloca al laudo en una situación de transitoriedad permanente pues concluido el breve plazo de la anotación preventiva por defecto subsanable, no se le permite continuar al laudo en el registro mediante anotación preventiva de demanda, pues el juez no la ordenó. Por ello, creemos que a la comunicación judicial de interposición de la acción de nulación debe acompañarse la orden de extender anotación preventiva de, por ejemplo, demanda, sujetando esta al plazo del artículo 86 de la Ley Hipotecaria (cuatro años) y para el caso de que caducara esta anotación se entendería un asiento definitivo del laudo, dando este por firme.

2. Informándole de la aceptación a trámite. Ídem del anterior.
3. Ordenándole la toma de una medida precautoria:
 - a) Prorrogando la anotación preventiva de defecto subsanable. No parece razonable pues el defecto en este caso no es la falta de firmeza, que también, sino la interposición de la acción de nulidad del laudo.
 - b) Ordenando una anotación preventiva de demanda. Parece lo más razonable, de manera que, en su caso, se deje sin efecto la anotación preventiva por defecto subsanable y se cree una nueva de demanda, con base en la anotación preventiva anterior, pues una es sostén de la otra. Caducada que sea esta anotación preventiva, el registrador podría practicar un asiento definitivo con el laudo, a petición de parte interesada.

2. No interpuesta la acción:

- i) Que la comunique el árbitro al registrador. *¿Quid* si el árbitro ha dejado ya de serlo? Pero aún siéndolo, ¿cómo acreditará que no se ha ejercido esta acción siendo este un hecho negativo?
- ii) Que la comunique una de las partes al registrador. Nos remitimos a lo dicho en el 1.b); y, por último,
- iii) que la comunique el juez al registrador: no tendría sentido que no interpuesta la acción hubiera de pasarse por la judicialización del proceso.

Expuestas las dudas que plantea el procedimiento en este punto, respondamos a las preguntas que planteábamos más arriba y que reproducimos nuevamente para facilitar la exposición:

1. Si se ha interpuesto o no la acción. Al registrador le interesa no tanto este asunto como si de la misma pueden derivarse consecuencias registrales.
2. Cuál es el título que ha de usarse para acreditar el anterior extremo:
 - i) Interpuesta la acción, el único título que le resultaría útil al registrador es el judicial en el que se le ordene la realización de un asiento y, más concretamente, el de sustitución, con el mismo rango registral de la anotación preventiva de defecto subsanable por el de demanda.
 - ii) No interpuesta la acción y ante la falta de presentación del título a que nos referimos en el 2.a), el registrador, a petición del interesado, debe poder convertir la anotación preventiva en asiento definitivo, basando aquella petición en el hecho de que no consta en el registro ni a él (en caso de que le constara pero no lo hiciera saber ya no se trataría de un tercero de buena fe del art. 34 de la Ley Hipotecaria) tampoco la interposición de la acción. La solución alternativa consistiría en solicitar a la autoridad judicial competente para resolver la acción de nulidad la emisión de una certificación negativa en la que declare el secretario judicial la no interposición de esta acción; la complejidad de esta medida y su falta de realismo práctico, nos llevan a rechazarla.
3. Cuál es el título para convertir en su caso la anotación preventiva en un asiento definitivo. A ello nos hemos referido en el anterior punto.
4. Quién debe comunicar al registrador la interposición o no de la acción. Ídem del anterior; y, por último,
5. Cuándo debe considerarse efectiva la interposición de la acción a los efectos del registro. Solo por la declaración judicial en que se ordene el asiento correspondiente siendo relevante a efectos registrales cuando ordene la extensión de una determinada anotación preventiva.

V. FORMA, ARBITRAJE Y REGISTRO

La forma en Derecho ha evolucionado de manera paralela a como lo ha hecho la propia sociedad, de suerte que a medida que los sujetos confiaban recíprocamente más entre sí — por el cambio del espíritu social o por mejorar la seguridad jurídica o la eficacia de las medidas represivas contra el fraude—, se produjo —se está produciendo— una progresiva disminución de los requisitos formales para vehicular el consentimiento. A fin de cuentas, la forma no se relaciona con la voluntad sino con la prueba de su existencia de manera que, incluso, su exigencia puede llegar a constituir un incentivo perverso para que quien prestó su consentimiento y no cumpla lo que le corresponde, alegue la

falta de forma a la que, quizá, ni él mismo coadyuvó como forma de dejar sin efecto el negocio de que se trate. Y es que la forma es el «vehículo del consentimiento» pero se trata de un elemento accesorio que no debe nunca anular lo principal, el consentimiento, pues ello constituiría una aberración jurídica.

Ejemplo paradigmático de la evolución de la forma en Derecho es el arbitraje, que, nacido formal, ha desembocado paulatinamente en informal, sin que esta evolución —al igual que la de la desformalización de los negocios en general— haya sido en modo alguno lineal. En nuestro Derecho intermedio, el *Fuero juzgo* (1241) —traducción del *Liber iudiciorum* (654)— y el *Ordenamiento de Alcalá* (1348) resultaron no formalistas, pero, tanto antes como después, la legislación tomó la dirección opuesta —es el caso del *Fuero real* (1255), *Las Partidas* (¿1256-1265?), a priori la *Pragmática de don Carlos y doña Juana* (1539), de manera clara la de *don Carlos III* (1768), y, por último, el *Proyecto de Código Civil de 1851*—. Finalmente, en la actualidad conviven preceptos contradictorios sobre esta cuestión, siendo la regla general la de la libertad de forma, si bien con excepciones que, en realidad, son, más bien, aparentes³⁰.

1. DESDE ROMA HASTA HOY

El juicio fundado exclusivamente en el acuerdo de las partes sin intervención de magistrado alguno, ya fue conocido por el Derecho romano, de manera que aquellas no se sujetaban ni a las formalidades propias del juicio ordinario ni a las estrictas fórmulas procesales romanas, teniendo la decisión del árbitro —el laudo— la misma fuerza que una sentencia, especialmente cuando el convenio arbitral se reforzaba con juramento o si aquella decisión no se impugnaba en el plazo de diez días desde que fuera dictada; y tal era la libertad en sede de arbitraje, que no se tiene noticia de la exigencia de forma alguna en relación con el laudo para dotar a este de validez. En el Derecho patrio intermedio, ni *Las Partidas* ni la *Novísima recopilación* recogieron exigencia alguna de forma para el laudo. Por su parte, en el Derecho español moderno, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 reguló la institución como parte del procedimiento judicial fijando dos clases de arbitraje —clasificación que ha subsistido hasta nuestros días—: el de Derecho y el de equidad. El primero se sustanciaba ante escribano judicial —actualmente, secretario judicial—, dentro de un proceso de la misma naturaleza y regulado a través de una norma de Derecho público, dictándose el laudo «con iguales solemnidades que las que se han prevenido para la de los juicios ordinarios», es decir, las de las sentencias y sustanciándose todo el procedimiento ante escribano judicial, lo que hacía poco probables los arbitrajes extrajudiciales (formales o informales), o judiciales e informales. Por su parte, el arbitraje de equidad no se sustanciaba íntegramente ante escribano judicial sino que solo debía trasladársele a este el fallo, considerándose esta formalidad

como «necesaria». Cabía, pues, la posibilidad de que existiera un laudo informal; pero no podemos resolver nada sobre sus efectos jurídicos ante la inexistencia de literatura sobre el particular. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 fue por su parte derogada por la de 1881, última de las normas procesal-judiciales que incluyeron entre sus disposiciones el arbitraje. Su regulación ya no es estrictamente pública pues nace como resultado de la delegación ordenada por el Código Civil —norma de Derecho Privado por excelencia— y de acuerdo con ella, el laudo que fuera resultado de un arbitraje de Derecho se verificaba, en palabras de la propia ley, por ante escribano del juzgado de primera instancia, y el que lo fuera de uno de equidad, por ante notario. Se produce, pues, una doble privatización del arbitraje: por una parte, porque la regulación deriva (indirectamente) del Código Civil, sin que vuelva a regularse en adelante en normas de Derecho público; por otra, porque en su forma, pasa de exigirse un documento judicial a otro notarial³¹.

En 1953 se aprueba la primera norma exclusivamente dedicada a la institución —la Ley de Arbitraje— y por ella se ordena que: (i) en los arbitrajes de Derecho, «los árbitros dictarán su laudo ante Notario», y (ii) en los de equidad, «habrá de dictarse por escrito ante notario»; así, en el primer caso, el laudo se creaba en la notaría, a medida que se dictaba al notario, no existiendo antes de este dictado; en el segundo, se traía ya confeccionado por los árbitros, por lo que existía desde antes de acceder a la notaría. Empero, no se declaraban los efectos para el caso de que el laudo constara «solo» en documento privado o, incluso, verbalmente. En la doctrina de la época, mientras que GUASP parece reducir la intervención notarial a una cuestión meramente formal y no sustantiva del procedimiento, de manera que puede deducirse, entendemos, que el laudo existe *antes* de su elevación a escritura pública. CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN defienden que el notario debe, únicamente, «dar fe» de que el elevado a público es el verdadero laudo dictado por los árbitros, de suerte que «la presencia del notario es, en definitiva, tan solo un requisito solemne» o un requisito «formal», aunque exigido; contradictoriamente, también defienden que «sin género de dudas [el laudo sin protocolizar] carece de validez, y además no podrá ser subsanado por ningún mecanismo ulterior». Entendemos que el uso de la expresión «tan solo un requisito» unido a «solemne» genera confusión, máxime cuando en Derecho la formalidad *ad solemnitatem* tiene significado propio; así, si el requisito es una solemnidad, estos autores últimamente citados parecen dar a entender que es esencial para el nacimiento del laudo; pero si más adelante defienden que es una mera cuestión formal, parecen querer significar que no es necesaria para hacer nacer el laudo. Finalmente, OGAYAR AYLLÓN sostiene que la intervención notarial «no es requisito subjetivo», pero que la elevación a público resulta «obligada»; es evidente que la intervención es obligada por exigirlo así la Ley de Arbitraje; pero ¿«obligada» equivale a «solemne»? En conclusión, la doctrina entiende para esta ley (1953) que la forma notarial se dirige a probar

indubitablemente que el documento protocolizado es el dictado por los árbitros; pero, añadimos, que lo dictado sea el laudo, resulta de la declaración de los árbitros y no de la actividad desplegada por el notario, pudiendo darse el caso en el que los árbitros, por la razón que fuera, notarialicen como laudo lo que en realidad no lo era, de suerte que el notario daría fe no del verdadero laudo sino del que se le entregó con este carácter sin serlo, extendiendo esta fe, además, a otros elementos —como son, principalmente, la firma de los árbitros, la fecha y lugar— y, además, logrando que aquel resulte inalterado e inalterable, y, por último, ofreciendo el depósito definitivo del mismo en su protocolo³².

La Ley de Arbitraje de 1953 fue derogada y sustituida por la de 1988, en cuyo artículo 33.2 se establece que «el laudo *se protocolizará* notarialmente». Nótese que la Ley de Arbitraje no usa fórmulas coercitivas como las de «se tendrá que protocolizar» o «en todo caso se protocolizará», sino otra más abierta, más indeterminada, protagonizada por un tiempo verbal futuro, lo que apunta a la eventual necesidad o, incluso, a la simple posibilidad de que esta protocolización se lleve a cabo. A mayor abundamiento, la ley prevé —por primera vez y de manera expresa— la no necesidad de la protocolización de los laudos nacidos de arbitrajes de consumo, pudiendo, en consecuencia, llegarse a tres conclusiones distintas: (i) a partir del adagio jurídico *inclusio unius, exclusio alterius*, interpretar que al incluir en la no-protocolización a los laudos últimamente citados, los restantes sí, habrán de protocolizarse; (ii) como variación de la anterior postura, defender que los laudos de consumo no se protocolizan en ningún caso y los restantes «se protocolizarán», sin resolver si esta última protocolización es imperativa o meramente potestativa; y, por último, (iii) puede entenderse el adagio antedicho simplemente como un principio jurídico que no aporta prueba definitiva en un sentido ni en otro, de manera que la cuestión queda sin resolver. En otro orden de cosas, mientras que no consta que el legislador de 1953 hiciera debate alguno en relación con la forma del laudo, no ocurrió lo mismo con el de 1988, que llegó a proponer hasta seis redacciones distintas, incluso opuestas entre sí sobre el particular. El antecedente más remoto del artículo 32.2 lo hallamos en el apartado 4 del artículo 33 del Proyecto de Ley de Gobierno, que ofrecía un texto idéntico al que finalmente se incluyó en la Ley de Arbitraje. Las seis enmiendas a que hemos hecho referencia se centraban en dos asuntos distintos pero íntimamente relacionados entre sí: (i) el depósito judicial o notarial del laudo y (ii) la necesidad o no de protocolización de este último, de manera que (i) quienes defendían el depósito judicial, excluían el notarial y, por tanto, su protocolización; (ii) quienes se posicionaban en favor del depósito notarial del laudo, abogaban, asimismo, por su protocolización; y, por último, (iii) quienes rechazaban ambos depósitos, ni se planteaban la protocolización. La redacción finalmente adoptada por el legislador —ya expuesta— fue criticada por la doctrina (i) por suponer un incremento de tiempo y costes, (ii) por no ofrecer como alternativa el depósito judicial del laudo y,

por último, (iii) por la discutible incardinación, función y alcance del precepto que, además de indeseable, continuaba sin quedar claro si la protocolización del laudo constituía requisito *ad probationem* o *ad solemnitatem*³³.

La doctrina de la Ley de 1988 —no así la jurisprudencia— ya se decanta mayoritariamente por entender que la protocolización cumple una función probatoria y no de creación del laudo de manera que los árbitros presentan al notario el *ya* existente, limitándose este último a autenticarlo y a darle forma *ad probationem*, dotándole de eficacia para poder llevar a cabo su ejecución forzosa sin oposición alguna, si bien, según algunos autores, con la condición de que no se dude de su autenticidad. Consecuentemente, la protocolización supone la presunción y no la certeza incontestable de la autenticidad del laudo de suerte que aquella es *iuris tantum* y no *iuris et de iure*, admitiéndose prueba basada, por ejemplo, en que el título notarial no se ajusta en algún aspecto a la realidad, esto es, no es auténtico —v.gr., por haberse volcado en él manifestaciones falsas, por tener un contenido erróneo (por culpa de los manifestantes o del notario autorizante), por haber sido falsificado el mismo título formal—. El laudo, pues, es «perfecto y válido desde el momento en que reúne las formas del artículo 33.1, momento final de su producción», y desde entonces puede instarse su ejecución. Solo cuando la autenticidad del título —protocolizado o no— con el que se pretenda la ejecución fuera discutida, será preciso aportar prueba, por medio, entre otros, de la presentación del título protocolizado. Sin embargo, el notario CAMPOS VILLEGAS defiende que la protocolización resulta ser sustantiva, de manera que hasta que esta no se produzca, «el laudo se encuentra en su devenir hacia su plenitud jurídica». No creemos que esta postura responda satisfactoriamente a la siguiente cuestión: ¿*quid* del laudo arbitral no protocolizado cuando este es reconocido por las partes, es decir, cuando no resulta controvertido? ¿No estamos acaso ante un laudo ejecutable? En realidad, el autor atribuye a la protocolización del laudo efectos que no se confunden con su autenticidad, como son los de la facilidad y rapidez para su ejecución, o su definitiva custodia³⁴.

Llegamos al último estadio de nuestro devenir: la Ley de Arbitraje de 2003 (en adelante, la Ley de Arbitraje), cuyo artículo 37.8 establece que «el laudo podrá ser protocolizado notarialmente». Para una adecuada comprensión del precepto, es necesario tener en cuenta lo siguiente:

1. Discusión previa de la Ley de Arbitraje. En la justificación de la enmienda número 18 del Congreso —al art. 11.ter de la Ley de Arbitraje, igualmente aplicable al 37.8—, se dice lo siguiente: «el artículo 11.ter rescita la protocolización obligatoria del laudo, de infausta memoria, para poder inscribir el laudo en el Registro Mercantil cuando el acuerdo anulado constase en documento notarial. Siendo el laudo un “equivalente jurisdiccional”, no debería haber ningún problema para permitir esa inscripción sin necesidad de protocolización».

2. Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje. Defiende la no-protocolización del laudo con base en el argumento de que los ordenamientos foráneos desconocen la intervención notarial en el proceso arbitral.
3. Texto de la Ley de Arbitraje. Modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que aquí interesa, en dos aspectos:
 - a) Incluye el laudo no protocolizado como título ejecutivo no judicial.
 - b) Añade la siguiente causa de oposición a su ejecución judicial: «si el título ejecutivo fuera un laudo arbitral no protocolizado notarialmente, la falta de autenticidad de este»; y, por último.
4. Exposición de Motivos. El legislador, al tiempo de redacción de la ley, entiende que el uso de esta causa de oposición será «excepcional» y, como veremos, su juicio resultó acertado³⁵.

La Ley de Arbitraje se expresa de manera indubitada en favor de la libertad de forma, dando así pleno valor al artículo 1.278 del Código Civil y culminando la espiritualización del arbitraje; lo que previamente había sostenido la doctrina de manera, primero, titubeante y, después, más o menos clara —con ocasión de las leyes de 1953 y de 1988, respectivamente—, es ahora indiscutidamente aceptado por el legislador: el laudo no precisa de forma alguna para nacer, y existe desde que es acordado por los árbitros. Y decimos desde que es «acordado» y no desde que es redactado, porque el artículo 37.7 de la Ley de Arbitraje, por el que el laudo ha de dictarse por escrito, no puede, en nuestra opinión, considerarse en ningún caso como un requisito de forma *ad solemnitatem*, ya que no existe precepto alguno de nuestro ordenamiento jurídico que conceda al documento privado tal carácter. La doctrina, por su parte, ha acogido de manera generalizada el principio espiritualista que hemos venido defendiendo aquí, de forma que aunque se trate de un requisito eventualmente exigido por las cortes arbitrales, su falta no impide ni la validez ni la ejecutabilidad del laudo corriendo el plazo para ejercer la acción de nulidad del laudo desde que este se notifica, y no desde que se protocoliza, siendo las voces contrarias a esta idea excepcionales. Precisamente, estas voces contrarias a la desformalización del arbitraje sostienen que esta postura del legislador lo que ha logrado la nueva regulación es incorporar una nueva causa de oposición a su ejecución a las ya previstas en el artículo 559.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que aun siendo la protocolización un trámite facultativo, este resulta «altamente recomendable» para evitar la alegación de falta de autenticidad del laudo; en consecuencia, estos autores, al menos aparentemente, hubieran preferido conservar la protocolización como requisito, aunque abundando en la idea de la fuerza probatoria del laudo, no en la de su existencia³⁶.

En cuanto a la redacción del artículo 559.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la reforma operada por la Ley de Arbitraje, parece confundir los con-

ceptos de «protocolizado», «no controvertido» y «auténtico», dando a entender que solo el laudo protocolizado es auténtico y, además, no controvertido. La *Real Academia Española* define «controvertido» como algo «que es objeto de discusión»; y «auténtico» como lo que resulta «acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren». Lo no controvertido es lo que no se discute, lo auténtico es lo verdadero y, por último, lo protocolizado es lo que recibe un número de protocolo (notarial). Expongamos una sucesión de acontecimientos para distinguir los tres conceptos: como se dijo: (i) es posible que los árbitros presenten como laudo a las partes o al notario autorizante, ya sea por error, ya voluntariamente, lo que en realidad no lo era; más aún, (ii) es posible que dictado, notificado y protocolizado, una de las partes pretenda la ejecución como laudo de lo que en realidad no lo es. Y, por último, también (iii) es posible que en este último caso, la parte ejecutada se oponga al laudo, por razones obvias, o que no lo haga, admitiendo que el presentado para su ejecución es el verdadero laudo, a sabiendas de que no lo es³⁷.

En el supuesto (i), el laudo estará protocolizado pero no será auténtico; en el caso (ii), el laudo, protocolizado o no, no será auténtico; y, por último, en el (iii), el laudo, protocolizado o no, no será auténtico y podrá o no ser controvertido, dependiendo de la postura que adopte el ejecutado. En consecuencia, auténtico, protocolizado y no-controvertido, no son términos que necesariamente coincidan. Solo en aquellos en los que exista controversia sobre la autenticidad del laudo que se pretenda ejecutar, se pondrá en marcha el artículo 559.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, distinguiéndose los siguientes:

1. Si está protocolizado (autenticado). Es título ejecutivo y su autenticidad se presume; quien se oponga a la ejecución solo podrá hacerlo por motivos tasados —en lo que aquí interesa, su falta de autenticidad—, asumiendo, además, la carga de la prueba. Esta prueba no será meramente indiciaria sino definitiva sobre la falta de autenticidad del título que ahora se pretende ejecutar; y, por último,
2. Si no está protocolizado (autenticado). Es título igualmente ejecutivo y su autenticidad no se presume pero puede probarse; este laudo existe porque la falta de autenticación no es causa de su inexistencia, sino de denegación de su reconocimiento. Quien se oponga a la ejecución habrá de hacerlo basándose en la falta de autenticidad del título (esto es, que no es verdadero laudo) y no en su falta de autenticación (esto es, protocolización) ofreciendo a tal efecto una prueba, sea meramente indiciaria, de suerte que permita dudar de la autenticidad; una vez facilitada esta, corresponderá la carga de la prueba al ejecutante³⁸.

¿Cuáles han sido las consecuencias de la adición de esta causa de oposición a la ejecución del laudo no protocolizado (autenticado)? El único supuesto en el que se invocó el artículo 559.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el oponente alegó, sin apoyarse en prueba indiciaria alguna, «la falta de autenticidad» de un laudo no protocolizado. El tribunal rechazó la oposición al entender que no son equivalentes un laudo no auténtico y un laudo de autenticidad desconocida, cualquiera que sea lo que esto último deba significar, porque una cosa es la autenticidad o no de un texto y otra muy distinta el conocimiento o ignorancia que se tenga o padezca, respectivamente, sobre aquel mismo extremo. Sobre esta sentencia nótese lo siguiente:

1. La oposición a la ejecución se basó en que el laudo no era auténtico, no en que no estuviera protocolizado (autenticado).
2. El tribunal tampoco equiparó la falta de protocolización con la falta de autenticidad; y, por último,
3. El tribunal exigió un indicio de prueba de la falta de autenticidad y no una mera declaración genérica sobre la supuesta no autenticidad del título presentado como laudo³⁹.

2. LA AUTENTICIDAD DE LOS TÍTULOS

Al procedimiento judicial le interesa, para lograr la ejecución de un laudo, que este sea, al menos, *no-controvertido*; a los registros de derechos les preocupa, en cambio, y con la finalidad de salvaguardar los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, entre otros, que los títulos que motivaron un asiento sean *no-controvertibles*, de manera que no persiguen que el perjudicado por un asiento registral extendido con un laudo no verdadero transija con él, sino que, lisa y llanamente, no pueda oponerse al mismo por haberse extendido a partir del verdadero laudo (el auténtico) o, al menos, del que se presumía como tal (el autenticado); de ahí la exigencia de que solo se presenten al registro títulos públicos/auténticos cuya autenticidad se presuma por razón de su autenticación. La *Real Academia Española* define «auténtico» en sus acepciones primera y cuarta como «acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren», de manera que constituye la «certificación con [la] que se testifica la identidad y verdad de algo» y «se acredita *totalmente* una cosa», dando fe «por sí sol[a]» o «con eficacia bastante para hacer por sí mism[a] prueba de su contenido»; en definitiva, lo auténtico no se confunde tanto con lo irrefutable como con lo irrefutable⁴⁰.

Para que un título se presuma auténtico ha de ser, obviamente, autenticado, es decir, probado, acreditado o declarado auténtico por un tercero —en el caso de los laudos, generalmente un juez o residualmente un notario— cuyo ámbito

de actuación, siguiendo a GÓMEZ JENÉ, abarca el (i) lugar de autenticación del laudo, la (ii) fecha de la autenticación y, por último, el (iii) contenido del laudo; a los anteriores ha de añadirse, además, (iv) la identidad de los árbitros que entregan el laudo, expresada a través de su firma, de manera que:

1. Se han de rechazar las autenticaciones parciales como lo son las referidas únicamente a las firmas de los árbitros, y que no abarcan sin embargo el contenido completo del laudo; y, por último,
2. Queda descartado del ámbito de autenticación del tercero, la garantía de que el procedimiento arbitral se ajuste a la Ley de Arbitraje; de ahí que ante un laudo autenticado quepa igualmente la acción de anulación⁴¹.

Centrémonos ahora en la autenticación realizada en España y resolvamos dos cuestiones controvertidas, como son las del (i) alcance de la autenticación notarial y el (ii) concreto instrumento notarial que debe emplear este para lograr la protocolización. Ambas se hallan íntimamente ligadas pues el instrumento empleado por el notario determinará a su vez el alcance de su autenticación. La protocolización —que no es más que asignar a un documento un número correlativo del protocolo— solo puede ser realizada por un notario, porque únicamente este dispone de protocolo. Ahora bien, ni a todos los documentos en que interviene el notario se les adjudica un número de protocolo, ni todos los documentos protocolizados son iguales. Así, solo las actas y las escrituras públicas se protocolizan y, por tanto, solo estos títulos pueden servir para la protocolización pretendida por la Ley de Arbitraje. Las actas se definen por ser «el instrumento público que constata hechos que no constituyen negocios jurídicos, o la percepción que el notario tenga de los mismos, así como de los juicios o calificaciones notariales»; es decir, el notario actúa como elemento externo respecto de los hechos que constata, sin configurarlos, alterarlos ni constituirlos; simplemente, los recoge; y, en ellas, la fe del notario se extiende al (i) hecho y a la (ii) fecha en que este fue verificado, sin perjuicio de la trascendencia jurídica que aquel pueda tener. Por su parte, las escrituras públicas quedan reservadas a los derechos y a los negocios jurídicos que los hagan nacer, adoptando el notario una postura interna, de creación y configuración del documento, formalizando las declaraciones de las partes y dando fe de ellas. Consecuentemente, la autenticación del notario se extiende al (i) contenido de la declaración de las partes, a la (ii) fecha en que esta declaración tuvo lugar ante notario y a la (iii) identidad de los que la hicieron, asociada a sus firmas⁴².

Si la protocolización se efectúa por medio de acta, ha de distinguirse según que esta vaya o no precedida de la legalización notarial de las firmas contenidas en el laudo. Nótese en todo caso que ambas operaciones —formalización del acta y legalización de firmas—, de hacerse las dos conjuntamente, ni tienen por qué efectuarse simultáneamente, ni seguidamente de manera inmediata ni, en

todo caso, tienen por qué formar unidad de acto. La simple acta dará fe de la fecha de entrega del presunto laudo; si, además, va precedida de la legalización de firma, dará fe de la identidad de los firmantes. Pero téngase en cuenta que esta simple acta, con o sin legalización previa de firma, no dará fe:

1. De que los firmantes sean los árbitros puesto que:
 - a) quien entrega el laudo para ser convertido en acta no debe acreditar su condición de árbitro, ni el notario puede exigirla. Este mismo problema se produciría, en todo caso, en el supuesto de que el laudo fuera protocolizado por escritura pública. Pero en este último caso, el defecto se salva por el cotejo de las personas nombradas como árbitros en el convenio con la identidad de quien haya solicitado la realización del acta; y
 - b) la legalización de firma se dirige a acreditar «el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia del notario, o el juicio de este sobre su pertenencia a persona determinada», no a acreditar el contenido del documento firmado.
2. De que el supuesto laudo no haya sido alterado desde la legalización hasta que la realización del acta tenga lugar. Por ello, el Reglamento notarial se salva de cuidar la actuación del notario, en el sentido de que este «no asumirá responsabilidad por el contenido del documento cuyas firmas legitime»; y, por último,
3. De que lo entregado sea verdaderamente el laudo. Quien entregue el documento para su protocolización declarará que el mismo es el laudo, lo que no significa que tal extremo quede acreditado puesto que el notario simplemente ha de dar un número de protocolo y no comprobar la realidad de las manifestaciones contenidas en el documento protocolizado. Ahora bien, este mismo extremo se puede producir en el caso de la elevación a escritura pública del laudo, como ya se expuso⁴³.

En conclusión: si la protocolización del laudo se efectúa por medio de acta, esta no autenticará, al menos, dos elementos esenciales: la integridad del laudo y su relación indisoluble con un determinado firmante, lo que sin duda es causa para oponerse a su ejecución judicial —de acuerdo con lo ya expuesto— y/o para denegar, en todo caso, su acceso al registro. En consecuencia, con el acta nada se habría conseguido en orden a la autenticidad, más allá de una misérrima fecha o lugar, y, en el mejor de los casos, una identidad (del firmante) que no necesariamente ha de coincidir con la del árbitro cuya certeza, si no va acompañada de la del contenido del laudo, en nada coadyuva a lo que aquí interesa; e ídem del anterior puede predicarse de la proposición inversa. En consecuencia, a los efectos de obtener una autenticación completa del laudo

para lograr su acceso al registro, es preciso que aquel, de protocolizarse, lo sea por medio de escritura pública, siendo la labor del notario enormemente limitada, pues se reducirá a identificar a los otorgantes, sin que pueda exigirles que acrediten su condición de árbitros, lo que supone, además, que no realizará juicio de suficiencia de los otorgantes para el negocio concreto de que se trate, sin perjuicio de la declaración general de capacidad, pues lo esencial es que el laudo se protocolice y no tanto que este sea presentado para la protocolización por quienes sean los árbitros. Bien podría sostenerse que puesto que lo que ha de protocolizarse es el laudo, el notario habrá de comprobar que realmente este lo sea, es decir, que concurran en él las condiciones para que adquiera la categoría de tal. Pero no es menos cierto que como hemos expuesto más arriba, circunstancias tan relevantes como el nombramiento como árbitro durante la evacuación del laudo de persona distinta de la prevista en el convenio puede quedar sanado, no parece que el notario tenga facultades para detenerse en este extremo ni el otorgante obligación de explicarse. En todo caso, la capacidad del otorgante para el negocio concreto de que se trate —dictar laudo— ya se calificará por el juez al tiempo de la pretendida ejecución judicial del laudo o por el registrador al tiempo en que se solicite el acceso de aquel en el registro, a partir del título que contenga el convenio arbitral, verdadero apoderamiento de los árbitros. El notario, además, recogerá, sin tocar en el más mínimo detalle, el documento que aquellos le entreguen y en que declaren que el mismo es un laudo que resuelve un determinado conflicto aunque, en caso de no hacer esta última declaración, no parece que el notario pueda negar la protocolización. En todo caso, deberán hacer saber al notario que se trata de un laudo, puesto que la no intervención del mismo en el documento notarial deriva, precisamente, de tratarse de una resolución arbitral y parece lógico que el notario haga constar este extremo como forma de justificar lo limitado de su actividad en relación con el documento, consignará la fecha de la protocolización y, por último, le concederá un número de protocolo⁴⁴.

No han faltado, sin embargo, quienes han querido ampliar la actuación del notario más allá de lo que aquí defendemos sosteniendo que aquel «no es solo un testigo» porque además de autenticar la identidad de los árbitros y emitir juicio sobre su capacidad, suple la ausencia de los extremos que deba contener el laudo, como la falta de descripción de las fincas registrales la confección de segregaciones, divisiones, agrupaciones o la constitución de regímenes de propiedad horizontal; y también actúa el notario como depositario definitivo del laudo, de manera que no resulte posible su alteración y permitiendo su recuperación en cualquier tiempo. En todo caso, el notario, sostiene esta tesis, nada puede hacer ante defectos que causen la nulidad del laudo como los del artículo 45 de la Ley de Arbitraje de 1988 o la apreciación de irregularidades en el fondo del laudo⁴⁵.

Por nuestra parte creemos, sin embargo, forzada la intervención del notario propuesta por esta corriente de opinión por varias razones:

1. En cuanto a los árbitros:
 - a) Quienes dictan el laudo de Derecho son peritos en, precisamente, Derecho, lo que hace poco probable que estos desconozcan o no incluyan los contenidos mínimos exigidos por ley para el laudo.
 - b) La realización de operaciones de agrupación, agregación, división y segregación pueden efectuarse por los árbitros por sí mismos, dado que no precisan más que de:
 - i) la identificación de las fincas afectadas,
 - ii) las operaciones que hayan de realizarse y, por último,
 - iii) la descripción de las fincas resultantes, teniendo en cuenta que:
 1. Algunas de estas operaciones acompañan licencia administrativa comprensiva de la descripción de las fincas afectadas, así como la certificación del técnico en la que se ofrece un plano descriptivo de las fincas resultantes.
 2. Además, se suma la posibilidad que tiene el registrador de acudir a sus bases gráficas catastrales —*Geobase*— para asegurarse de que las fincas resultantes no sobrepasan las fincas colindantes.
 3. En cuanto al autenticador. La actuación del notario queda completamente limitada al no poder, entre otros, valorar ni el fondo del laudo ni las resoluciones adoptadas en este; y, por último,
 4. En cuanto al depósito del laudo. Es evidente que la posibilidad de depositar el laudo de manera definitiva, de suerte que este resulte inalterable e inalterado, constituye una ventaja. Ahora bien, los asientos registrales operan de depósito de los efectos del laudo pero no del laudo mismo; en todo caso lograr la conservación de este último es posible, con mayor baratura, por medio del depósito judicial. Esta solución, además de ser más eficiente por sencilla y económica, goza del precedente de las legislaciones foráneas a las que, como se dijo, apunta expresamente la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje. Pero es que, aunque el laudo no se depositara ni notarial ni judicialmente, en el caso de que el mismo fuera objeto de presentación en los registros de la propiedad o mercantil, el titular de estos, procedería al depósito del mismo en su archivo de legajos, siendo este depósito completamente gratuito⁴⁶.

3. EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY HIPOTECARIA

Si bien el laudo no necesita de forma alguna para nacer, cuestión distinta es la que deba adoptar para lograr su acceso a los registros, y cuyo estudio requiere formularse dos preguntas: por una parte, (i) si el artículo 37.8 de la Ley de Arbitraje deroga o no el 3 de la Ley Hipotecaria y 18 del Código de Comercio —relativos a la forma de los títulos inscribibles— y, por otra, y para el caso de que la respuesta a la anterior pregunta fuera negativa, (ii) la forma que debe adoptar el laudo para poder acceder al registro⁴⁷.

Abordemos, pues, la primera de ellas.

El artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece que los títulos que pueden acceder a los registros son de dos clases: públicos y auténticos. Empero y con carácter excepcional, también podrán acceder los privados, siendo usual que esta posibilidad se recoja expresamente de esta manera en la legislación registral; y en el caso del laudo, en relación con su artículo 37.8, no se da esta circunstancia. No pudiéndose reconocer identidad de objeto entre los preceptos meritados de la Ley de Arbitraje, por un lado, y los de la registral, por otro, ha de descartarse su posible derogación⁴⁸.

Contestada negativamente la primera pregunta, procede plantearse la segunda: ¿qué forma ha de adoptar el laudo para poder acceder al registro? Una cuestión previa que ha de analizarse al tratar de la forma en relación con los registros de la propiedad y mercantil es que los preceptos que regulan la materia en uno y otro no son idénticos. Así, mientras que el artículo 3 de la Ley Hipotecaria permite el acceso de dos tipos de documentos: los públicos (notariales, judiciales o administrativos) y los auténticos; el Código de Comercio en su artículo 18 consiente, en cambio, únicamente el documento público, que no es otro que el autorizado «por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley», siendo, sin embargo, lo más lógico haber trasladado el texto de la Ley Hipotecaria (1861) al Código de Comercio (1885) y no, como se hizo, alterarlo. No haciéndose así y no constando razón alguna para limitar más el tipo de documentos que puedan acceder a un registro que a otro, entendemos la redacción del Código de Comercio como un puro exotismo. Más aún, la postura adoptada por el legislador es la de la progresiva desformalización de los negocios, lo que puede observarse no solo en arbitraje sino, además, en materia mercantil, así:

1. La redacción inicial del artículo 11.*ter* de la Ley de Arbitraje prevista por el Ministerio de Justicia, limitaba la necesidad de elevación a escritura pública a los actos que anularan otros que previamente hubieran adoptado esta especial forma. Por deducción del precepto, los laudos que anularan acuerdos no formalizados en escritura pública, tampoco requerirían de esta forma para acceder al Registro Mercantil. En con-

secuencia, el legislador persigue la no-formalización del laudo, lo que choca con una interpretación restrictiva del artículo 18 del Código de Comercio; y, por último,

2. El proyecto de la denominada como *Ley de emprendedores*, en su artículo 38 pretende la supresión del requisito de forma de documento público pero no de auténtico de «los apoderamientos y sus revocaciones, otorgados por administradores o apoderados de sociedades mercantiles o por emprendedores de responsabilidad limitada», que podrán efectuarse en documento electrónico, siempre que este contenga *firma electrónica reconocida* del poderdante; y podrá ser remitido directamente por medios electrónicos al registro que corresponda⁴⁹.

Vimos más arriba, desde una perspectiva general, la autenticación y su trascendencia registral; ahora relacionaremos la autenticación con tipos concretos de documentos. ¿Qué persigue la exigencia de la presentación de un tipo concreto de documento en los registros? O, lo que es lo mismo, ¿qué finalidad práctica persigue el artículo 3 de la Ley Hipotecaria?

GÓMEZ DE LA SERNA (1861) defendió —de acuerdo con lo ordenado por la *Comisión de Codificación*— el principio de autenticidad documental para los títulos presentados en el registro, de manera que se hacía coincidir «auténtico» exclusivamente con «público» y, a su vez, «público» solo con lo autorizado por funcionario de la misma naturaleza. Por su parte, GALINDO Y DE VERA y ESCOSURA Y DE LA ESCOSURA (1896) defendieron que un archivo público solo debía admitir títulos cuyo contenido no admitiera duda alguna de su «legitimidad», puesto que sería de todo punto inadmisibles que el efecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria se extendiera sobre situaciones falsas. CAMPUZANO Y HORMA (1931), de forma similar aunque con un matiz más económico, defendió la necesidad de una determinada forma porque «es preciso justificar, de una manera indubitada, que el nacimiento, modificación o extinción [...] [de los derechos] han tenido lugar; y [...] esto solo puede hacerse de una manera fácil, económica y segura, por medio de documentos cuya certeza no pueda controvertirse». ROCA SASTRE (1960), por su parte, equiparó la documentación auténtica exclusivamente con la pública, identificando aquellos con los intervinidos, de una manera u otra, por funcionario público. En todo caso, este autor distingue entre los títulos «auténticos», que se dirigen a «dar fe o autenticidad», y los públicos, que se caracterizan por su origen o formalización pública; en lo demás, ambos documentos son «sinónimos». CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (1974), con mayor profundidad que los anteriores, entiende que la autenticidad judicial no coincide con la registral, por cuanto que un documento puede dar fe de la fecha y de las personas que lo firman (autenticidad judicial), pero no de la realidad de las declaraciones contenidas en él (autenticidad registral). Por ello y según este autor, fue preciso configurar un concepto propio, por el que

la autenticidad registral se extendiera también al contenido del documento. Ahora bien, deben matizarse las palabras de este autor —y con ello volvemos a una idea apuntada más arriba—: en realidad, al proceso judicial le interesa que tal o cual documento usado en juicio sea no-controvertido y no tanto que sea incontrovertible. Efectivamente, mientras que en el ámbito judicial existe un proceso contradictorio y, en su caso, se puede dar el allanamiento de una de las partes ante las pretensiones de la otra, tal principio no se da con este sentido en Derecho Inmobiliario Registral, siendo el allanamiento una figura completamente residual y, en todo caso, meramente reactiva. El proceso judicial se tiene a sí mismo para ventilar las dudas que los títulos usados por una de las partes contra la otra puedan producir; el Derecho Registral, por su parte, carece de esa opción, de suerte que los documentos que se presentan no se contradicen por el perjudicado por ellos sino, a lo sumo, por los asientos registrales a los que el registrador atiende para su calificación —los denominados obstáculos del registro—. Así, practicada la inscripción, el proceso registral ha concluido y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y los restantes principios registrales comienzan inmediatamente a producir sus efectos. Por ello, el Derecho Registral no persigue que el documento sea no-controvertido sino, directamente, que sea incontrovertible, de suerte que sin participación de los que lo otorgaron o de terceros, pueda tenerse una razonable seguridad de que en su elaboración se han adoptado las oportunas medidas que impidan quebrantar su autenticidad, acreditada por medio de la autenticación. Por último y más modernamente, MANZANO SOLANO y MANZANO FERNÁNDEZ (2008) sostienen que la nota de autenticidad deriva de la intervención del funcionario público competente y es previa a la fehaciencia. El argumento de estos autores es, sin embargo, contradictorio porque parecen distinguir «autenticidad» de «fehaciencia» que, en lo que aquí se trata, resultan ser similares: el notario siempre da fe de lo que se le dijo, lo que no ha de coincidir necesariamente con lo que en realidad fue. Por ello, la autenticidad y la fehaciencia van de la mano siempre; lo que no va unido es lo auténtico y la autenticidad, porque puede ser autenticado como verdadero laudo lo que, en realidad, no lo es; porque se puede elevar a auténtico lo que, en realidad, son manifestaciones falsas de las partes; o porque por error el notario declara auténtico lo que en realidad no se le ha dicho. De acuerdo con estos autores, los títulos que han de acceder al registro son los auténticos, y la acreditación de que lo son —más bien, la presunción— se logra mediante la intervención de un tercero que convierte lo auténtico en autenticado y que con su intervención convierte lo simplemente autenticado en documento público. Como no existe ningún tercero autenticador que no sea funcionario público, todo título autenticado ha de ser, necesariamente, público. Y concluimos nosotros de acuerdo con la distinción apuntada por ROCA: autenticado y público no se confunden, de manera que si se hiciera intervenir a un tercero autenticador que no fuera funcionario público, obtendríamos igualmente un título autenticado.

do —y, por tanto, accesible al registro, *ex art. 3 de la LH*— pero no por ello público. Y la intervención de este tercero que no es funcionario público aunque esté habilitado por este, solo surge a partir de 1999, con el documento firmado electrónicamente, que pasamos a exponer⁵⁰.

Aprobado el Real Decreto-ley sobre firma electrónica (1999), este fue sustituido por la Ley de firma electrónica (en adelante, Ley de firma electrónica), apenas cuatro años después (2003), rompiendo de esta manera con, al menos, 152 años de hegemonía de títulos auténticos-públicos, contados desde la aprobación de la Ley Hipotecaria (1861). La Ley de firma electrónica tiene por objeto regular la eficacia jurídica de este tipo de firma —en realidad, de los documentos a los que va asociada— sin que por ella se altere el régimen general de la forma de los contratos y sin que tenga la consideración de documento público. Existiendo varios tipos de firma electrónica, la denominada como «firma electrónica reconocida» permite: (i) identificar al firmante y (ii) detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, (iii) teniendo el mismo valor que la firma manuscrita. Por su parte, la vida útil de la firma electrónica se extiende desde su creación hasta que, entre otros, se revoque por medio de una resolución judicial o administrativa como consecuencia de la incapacitación del titular de la firma o de su fallecimiento. El documento así firmado es considerado auténtico y la autenticidad se extiende a: (i) quién lo ha firmado, a (ii) cuándo se ha firmado, y, por último, a su (iii) contenido. Para el caso de intentar alterarse su contenido o su firma, el programa al que vaya asociada la firma lo impide, anula la firma por no coincidir con lo inicialmente firmado, o advierte de la violación cometida. Tal es la seguridad que proporciona el documento firmado electrónicamente que de él se ha dicho que es «inviolable en la práctica», sin que hayamos encontrado sentencia alguna cuyo objeto fuera la falsedad de un documento así firmado⁵¹.

En cuanto a la doctrina, hemos de dividir esta según sea registral, arbitral o propia del comercio electrónico, así:

1. Doctrina registral. Si con los argumentos de la doctrina anterior a la aprobación de la Ley de firma electrónica podía inferirse que todo documento auténtico, público o no, era accesible al registro, tras esta aprobación aquella se manifiesta claramente en este sentido, de suerte que «de la nueva regulación resulta con toda claridad que el laudo arbitral en documento privado incluso electrónico es directamente inscribible sin necesidad de protocolización o elevación a público».
2. Doctrina arbitral. Aunque la doctrina brilla por el poco tratamiento que ha dado al asunto, ha ido admitiendo progresivamente la posibilidad de obtener la toma de razón registral por medio de título firmado electrónicamente, hasta manifestarlo expresamente; y, por último,
3. Doctrina del comercio electrónico. La poca doctrina que se ha ocupado del asunto, ha abogado progresivamente por admitir como verdade-

ro documento auténtico, y, por tanto, accesible al registro, el firmado electrónicamente⁵².

En cuanto a la ejecutabilidad del laudo firmado electrónicamente, este podría, al igual que cualquier laudo, ser usado como título no judicial que lleva aparejada ejecución e, igualmente, el ejecutado podría oponerse, de la misma manera que ante un laudo autenticado de otra manera —es decir, protocolizado, incluso, mediante escritura pública—. Ahora bien, ¿en qué habrá de basarse la prueba indiciaria de la falta de autenticidad del título firmado electrónicamente? (i) Si es en la falsedad de la firma, será suficiente con acudir al prestador de servicios de certificación, que es quien expide los certificados electrónicos que acreditan que determinada firma se corresponde con una persona, actuando de esta manera como tercero autenticador; (ii) si es en la falsificación del documento, podrá acudir a una pericial y, precisamente, estos serían los mismos remedios ofrecidos para el caso de que la falsedad de firma o título se refirieran a un documento público⁵³.

Resolvamos, por último, una cuestión práctica: la del depósito definitivo del laudo, en relación con la ulterior emisión de copias de aquel para los fines que procedan, entre otros, su inscripción registral o su uso como prueba. Son varias las soluciones posibles:

1. Que los secretarios de las cortes arbitrales, en el ejercicio de sus competencias, pudieran expedir certificaciones que acreditaran los extremos correspondientes, necesarios para lograr la toma de razón registral. La autenticidad de la firma podría quedar soportada en certificado expedido por entidad prestadora de servicios de certificación y, en su caso, la documentación podría ser remitida telemáticamente al Registro Mercantil. No nos gusta, sin embargo esta solución, por tres razones:
 - a) Porque diluye la responsabilidad final derivada del contenido del laudo, al poder existir desfases entre el contenido dictado por los árbitros y lo certificado por el secretario. Ahora bien, no es menos cierto que este mismo desfase se puede producir en la emisión de copias notariales de la matriz.
 - b) Porque supone reconocer a una persona la capacidad de emitir documentos en nombre y representación de un tercero —del secretario respecto de los árbitros, sin que quede acreditada la oportuna representación—; y, por último,
 - c) porque dejaría fuera de este sistema a los arbitrajes no institucionales.
2. Que el laudo fuera depositado judicialmente. Pero esta solución no está reconocida en la Ley de Arbitraje ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Que el laudo fuera necesariamente protocolizado. Ídem del anterior. Cabe, no obstante, que las partes o la institución arbitral se decidan por su protocolización.
4. Que el laudo sea emitido con firma electrónica y posteriormente protocolizado, con tal firma electrónica, por medio de acta ante notario; y, por último,
5. Que no se emitan copias de los laudos más allá de las entregadas a cada una de las partes.

Ninguna de estas posibilidades nos satisface ni ofrecen una solución definitiva al problema, por lo que entendemos que en este punto debe procederse a la reforma de la Ley de Arbitraje, de manera que ofrezca una salida alternativa a la notarialización del laudo.

VI. CONCLUSIONES

I. El convenio arbitral puede acceder al Registro Mercantil y de la Propiedad en los mismos casos en que se permite la inscripción de estatutos reguladores de un bien o persona jurídica.

II. El convenio arbitral forma parte de los estatutos correspondientes, sin que dé lugar a un asiento independiente, propio, sino a otro dependiente de aquellos.

III. La inscripción del convenio arbitral afectará a los terceros adquirentes ulteriores de derechos sobre la cosa o la persona jurídica a que los estatutos inscritos se refieran, sin que sea preciso que presten consentimiento expreso a los mismos.

IV. El laudo arbitral podrá ser objeto de inscripción, siempre que, entre otros, sea constitutivo y excepcionalmente cuando sea declarativo.

V. Cuando el plazo para el ejercicio de anulación no haya finalizado, el laudo será objeto de asientos registrales transitorios (anotaciones preventivas).

VI. Igualmente, las medidas cautelares darán lugar por definición a asientos transitorios.

VII. Finalizado el plazo para el ejercicio de la acción de anulación, el laudo que resuelva un determinado pleito se trasladará al registro por medio de asientos definitivos.

VIII. La comunicación al registrador de la interposición de la acción de anulación habrá de efectuarse por el juez competente para conocer de aquella y en esta comunicación habrá de ordenar al registrador la extensión del oportuno asiento transitorio.

IX. El laudo nace y es definitivo desde que es acordado por los árbitros, sin necesidad de forma alguna, ni siquiera la escrita.

X. La formalización del laudo, de la manera que sea, tiene una finalidad *ad probationem*.

XI. La autenticidad de un título resulta cuando de manera indiscutible puede venirse en conocimiento de la identidad de la persona o personas que lo firma, del contenido de aquel y, por último, de la fecha de su firma.

XII. Si bien desde 1861 no han existido más títulos auténticos que los públicos, la Ley de firma electrónica (2003) viene a alterar esta situación, de manera que hoy puede afirmarse que todo título público es auténtico, pero no todo título auténtico ha de ser necesariamente público.

XIII. Los títulos auténticos y no-públicos, que son los firmados con la denominada como «firma electrónica reconocida», ofrecen una seguridad al menos igual, si no superior, a la de los documentos públicos, no habiéndose presentado hasta la fecha proceso judicial alguno sobre falsedad de este tipo de documentos.

XIV. El registrador debe aceptar como auténticos los documentos firmados electrónicamente con el tipo de firma antedicha, sin que pueda calificar los mismos por defecto de forma.

XV. Los árbitros pueden, por sí mismos y sin necesidad de asistencia judicial alguna, lograr la toma de razón en el registro no solo de medidas preventivas que aseguren el resultado del futuro laudo sino, además, medidas precautorias que permitan que el laudo ya dictado resulte efectivo.

XVI. Los árbitros puede adoptar por sí mismos las medidas preventivas encaminadas a asegurar las resultas de un arbitraje o del laudo ya adoptado, de manera idéntica a como pueden hacerlo los jueces. En todo caso, las anotaciones preventivas previstas en la Ley Hipotecaria constituyen un número si no cerrado, si inicialmente limitativo. Para la creación de nueva medidas cautelares distintas de las previstas *ex lege*, habrá de atenderse al principio de proporcionalidad, instrumentalidad y especialidad.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CONSULTADAS

- STS de 1 de febrero de 1917.
- STS de 7 de febrero de 1928.
- STS de 17 de mayo de 1940.
- STS de 22 de noviembre de 1940.
- STS de 1 de junio de 1976.
- STS de 4 de septiembre de 1984.
- STS de 6 de diciembre de 1984.
- STS de 10 de diciembre de 1990.
- STS de 28 de marzo de 1994.
- STS de 18 de abril de 1998.

- RDGRN de 8 de marzo de 1978.
- RDGRN de 27 de abril de 1989.
- RDGRN de 10 de noviembre de 1993.
- RDGRN de 19 de febrero de 1998.
- RDGRN de 21 de abril de 2005.
- RDGRN de 4 de mayo de 2005.
- RRDGRN de 13, 14, 15, 16 y 17 de septiembre de 2005.
- RDGRN de 29 de diciembre de 2005.
- RDGRN de 20 de febrero de 2006.
- RDGRN de 5 de julio de 2006.
- RDGRN de 26 de junio de 2013.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2009): *Sí puede anularse el laudo de Derecho por infracción de normas y el de equidad por ser inequitativo*. Madrid, Fundación Registral-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MONVELLÁN, P. (1996): *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*. Granada, Comares.
- ASOCIACIÓN DE REGISTRADORES BIENVENIDO OLIVER (2011): *El laudo arbitral por escrito es directamente inscribible en el Registro Mercantil*, en ARBO [en línea], <http://www.arbo.org.es/?p=405>.
- BAIUS, F. y CRENGUTA, L. (2012): «Unele probleme privind înregistrarea în cartea funciară a hotărârilor arbitrale pronunțate în materie imobiliară», en *Revista română de Drept privat*, núm. 6, págs. 30-51.
- BAÑUELOS RIZO, V. (2010): *Arbitraje comercial internacional. Comentarios a la Ley modelo de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional*. México D. F., Limusa.
- BARONA VILAR, S. (2011): «Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo», en S. BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2.^a ed., Madrid, Civitas Thomson-Reuters, Madrid, págs. 1454-1537.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. (2004): «Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo», en J. GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 diciembre, de arbitraje*, Tomo II, Barcelona, Bosch, págs. 865-893.
- CALLE RODRÍGUEZ, M. V. (1997): *La falsedad documental inocua en la Jurisprudencia española* (Tesis doctoral). Madrid, Universidad Complutense [en línea] en <http://biblioteca.ucm.es/tesis/19911996/S/O/S0007901.pdf>.
- CAMPOS VILLEGAS, E. (1993): «Problemas de forma en el convenio y en el laudo arbitral. Su inscripción», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXXII, págs. 67-164.
- (2004): «Artículo 37.3. Problemas de forma en el laudo arbitral», en *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 5, págs. 159-173.
- CAMPUZANO Y HORMA, F. (1931): *Elementos de Derecho Hipotecario*, 2.^a ed., Madrid, Reus.

- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1974): *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. I, 2.ª ed., Pamplona, Aranzadi.
- CASSO Y ROMERO, I. D. y CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO, F. (1954): *Diccionario de Derecho Privado*, Tomo I, A-F, reimpresión. Barcelona-Madrid, Labor.
- CHILLÓN MEDINA, J. M. y MERINO MERCHÁN, J. F. (1978): *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 1.ª ed., Madrid, Civitas.
- CORDERO CUTILLAS, I. (2004): «Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo», en V. GUILARTE GUTIÉRREZ (coord.) y J. B. MATEO SANZ, *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid, Lex Nova, págs. 577-608.
- CORDÓN MORENO, F. (2005): *El arbitraje de Derecho Privado. Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Cizur Menor, Thomson-Civitas.
- CUCARELLA GALIANA, L-A. (2004): *El procedimiento arbitral*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España.
- D'ORS, A. (2004): *Derecho Privado romano*, 10.ª ed., Pamplona, Eunsa.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (1992): «Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, págs. 2033-2053.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2001): *Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet*. Barcelona: Colección de Derecho Empresarial Pedro Brosa & Asociados, J. M. Bosch editor.
- FERNÁNDEZ PANCORBO, P. (1996): *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Madrid, Marcial Pons.
- GALINDO Y DE VERA, L. y ESCOSURA Y ESCOSURA, R. D. L. (1896): *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*. Tomo I, 3.ª ed., Madrid, Establecimiento tipográfico de Felipe Pinto y Orovio.
- GARBERÍA LLOBREGAT, J. (2004): «Artículo 45. Suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo», en J. GARBERÍA LLOBREGAT (dir.), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Tomo II, Barcelona, Bosch, págs. 1425-1450.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (2009): *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*. Tomo I, 6.ª ed., Pamplona, Civitas Thomson Reuters.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. (2011): «Ley Hipotecaria», en *Colección conmemorativa de los 150 años de la primera Ley Hipotecaria*, Tomo I, Madrid, Centro de Estudios Registrales.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2008): «Defectos en los documentos judiciales presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad. Distinción entre faltas subsanables e insubsanables», en *La calificación registral*, Tomo II, 2.ª ed., Cizur Menor, Registradores de España y Thomson-Civitas.
- GÓMEZ JENÉ, M. (2008): *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex.
- GONZÁLEZ, Y. (2013): «El gobierno arrebatada a los notarios la exclusividad para dar y revocar poderes», en *Expansión*, 11 de junio de 2013, pág. 23.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A. (1990): «La falsedad en el documento público», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 29, págs. 367-388.
- GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L. (2008): *El control judicial del arbitraje*, Madrid, La Ley Grupo Wolters Kluwer.

- GUASP, J. (1956): *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, Bosch editorial.
- HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, A. e HINOJOSA SEGOVIA, R. (2011): «Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo», en J. GONZÁLEZ SORIA (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson-Reuters, págs. 509-531.
- HINOJOSA SEGOVIA, R. (1991): *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (estudio jurisprudencial)*, Madrid, Edersa.
- HINOJOSA SEGOVIA, R. y CUBILLO LÓPEZ, I. (2006): «Capítulo IV. El arbitraje», en R. HINOJOSA SEGOVIA (coord.), *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, págs. 103-161.
- KELSEN, H. (1973): «Derogation», en *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrechht, Reidel.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2003): *Elementos de Derecho Civil. Derecho Inmobiliario Registral*, T. III bis. Madrid, Dykinson.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. (1991): «Artículo 1278», en C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ, y P. SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, págs. 502-503.
- MAGDALENA, J. A. (2007): «Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo», en E. DÍAZ-BASTIEN (coord.), *Comentarios breves a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Reus, Colección Jurídica General, Díaz-Bastien abogados, págs. 187-194.
- MANZANO SOLANO, A. y MANZANO FERNÁNDEZ, M. d. M. (2008): *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*. Madrid, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, P. (2011): *El nuevo régimen del arbitraje*, Barcelona, Bosch.
- MEREMINSKAYA, E. (2006): «Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en busca de la armonía», en J. VARGAS VIANCOS y F. J. GORIÓN GÓMEZ (eds.), *Arbitraje y mediación en las Américas: Teoría y práctica*, Capítulo VI. Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, págs. 97-113.
- MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M. (2006): *Tratado de Derecho arbitral*, 3.ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas.
- MOLINA CABALLERO, M. J. (2008): «Terminación de las actuaciones arbitrales», en J. L. GONZÁLEZ MONTES (coord.), *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, Madrid, La Ley, págs. 131-189.
- MONTERO MURIEL, F. I. (2005): «Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo», en D. ARIAS LOZANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, págs. 349-363.
- OGÁYAR AYLLÓN, T. (1979): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXII, vol. II, artículos 1809 a 1821 del Código Civil y Ley de 22 de diciembre de 1953, sobre arbitrajes de Derecho Privado, Jaén, Edersa.
- ORMOZÁBAL SÁNCHEZ, G. (1996): *La ejecución de laudos arbitrales*, Barcelona, José María Bosch editor.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1989): «Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje», en *La Ley*, núm. 10, págs. 49-66.

- PAU PEDRÓN, A. (2003): *Elementos de Derecho Hipotecario*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas.
- PLAZA PENADES, J. (2003): «La firma electrónica y su regulación en el Derecho español», en F. J. ORDUÑA MORENO (dir.) y B. CAMPUZANO LAGUILLO y J. PLAZA PENADÉS (coords.), *Contratación y comercio electrónico*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 531-581.
- REVERÓN PALENZUELA, B. (2004): «Artículo 23», en J. GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Tomo I, Barcelona, Bosch, págs. 461-462.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1991): «Artículo 37», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Tecnos, págs. 567-592.
- ROCA SASTRE, R. M. (1960): *Derecho Hipotecario*, Tomo II (Registro de la Propiedad), 5.ª ed., Barcelona, Bosch.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1987): *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, Palma de Mallorca: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.
- RUEDA GARCÍA, J. A. (2007): «Inscripción en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva de prohibición de disponer otorgada en un laudo arbitral (Nota a la Resolución de la DGRN, de 20 de febrero de 2006)», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 19, núm. 3, págs. 370-399.
- S. N. (1767): *Índice de las leyes de las siete Partidas del rey don Alfonso X el Sabio copiándose el que publicó el licenciado don Gregorio López de Tovar*, Valencia, Imprenta de Benito Monfort.
- (1855): *Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. oficial. Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia.
- SANSA TORRES, J. (2013): «Los efectos registrales del laudo», en D. VÁZQUEZ ALBERT y F. TUSQUETS TRÍAS DE BES (dirs.), *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 121-144.
- SOLÍS VILLA, C. y MORILLO, F. J. (2007): «Artículo 198.1», en *Nueva legislación notarial comentada*, Tomo I, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, págs. 555-571.
- VALENCIA MIRÓN, A. J. (1991): «Artículo 32», en A. M. LORCA NAVARRETE (coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Dykinson, págs. 204-210.
- VAN DEN BERG, A. J. (1981): *The New York arbitration convention of 1958*. Deventer-Netherlands-Antwerp-Boston-London-Frankfurt: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M. (2011): «La reforma de la Ley de Arbitraje: aspectos notariales y registrales», en *El Notario del Siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 38, págs. 20-25.
- VILLARES PICO, M. (1954): «El documento privado en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 312, págs. 413-433.
- YÁÑEZ VELASCO, R. (2004): *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch.

NOTAS

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación «Sujetos e instrumentos del tráfico privado (VI)» (referencia DER2012-34028/JUR) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España, del cual el autor es

colaborador científico. La dirección de este trabajo ha correspondido al Ilmo. Señor don José Fernando MERINO MERCHÁN, Letrado de Cortes y del Consejo de Estado, profesor de la Universidad Rey Juan Carlos (URJC) y doctor en Derecho, a quien deseamos manifestar nuestro más sincero agradecimiento; igualmente, debemos agradecer a los Ilmos. Señores don Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, registrador mercantil de Barcelona y doctor en Derecho, y a don Basilio AGUIRRE FERNÁNDEZ, registrador de la propiedad, la lectura que han efectuado de este estudio y sus comentarios, que han permitido mejorar la versión inicial premiada.

² Para la calificación de los títulos notariales y judiciales, vid. artículos 98 y 100 RH, respectivamente; para la regulación de los laudos en la legislación hipotecaria, vid. artículo 38 RH; para la reducida práctica arbitral en España y sus consecuencias, vid. SANS TORRES, (2013), «Los efectos registrales del laudo», en D. VÁZQUEZ ALBERT y F. TUSQUETS TRÍAS DE BES (dirs.), *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Valencia, Tirant lo Blanch (121-144), pág. 122.

³ Para el acceso de los estatutos de la propiedad horizontal al Registro de la Propiedad, vid. la EM y el artículo 5, párrafo III de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960); para el acceso del convenio arbitral en el Registro Mercantil, vid. STS de 18 de abril de 1998, Orden JUS/445/2003, de 4 de junio, por la que se aprueban los estatutos orientativos de la Sociedad limitada nueva empresa, Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007) que modifica los artículos 114.2.c) y 175.2.c) sobre acceso registral de los convenios arbitrales intrasocietarios, Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007) y, por último, Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, en su artículo 11 bis; por el contrario, la Orden JUS/3185/2012, de 9 de diciembre, no hace referencia alguna a esta cuestión; SANS TORRES parece buscar un precepto social que ampare el acceso del convenio arbitral al Registro de la Propiedad como existen preceptos que así lo hacen para el Registro Mercantil; en nuestra opinión y por los argumentos expuestos, no es precisa esta disposición especial (SANS TORRES, 2013, 125-126).

⁴ SANS TORRES defiende que la determinación de las materias sujetas a arbitraje ha de hacerse con «mayor precisión y claridad» para el Registro Mercantil que para el de la Propiedad; nosotros entendemos, en cambio, que la precisión ha de ser la misma (SANS TORRES, 2013, 127).

⁵ Para la interposición de la declinatoria, vid. artículos 63 y sigs. LEC; para la protección de la posición de los terceros que hagan constar sus derechos en el registro antes de que el laudo represente al registrador, vid. artículo 34 LH.

⁶ Cfr. artículo 521 LEC; en contra se manifiesta SANS TORRES (SANS TORRES, 2013, 135).

⁷ Cfr. artículos 14.3 y 15.2 LA.

⁸ Todo lo que se diga a continuación es aplicable a los árbitros sustitutos a que se refiere el artículo 20 LA.

⁹ Vid. artículo 1259 CC.

¹⁰ Cfr. artículo 15.2 LA.

¹¹ Para la paridad de los árbitros, vid. artículo 12 LA.

¹² Esta información nos fue facilitada por el profesor MERINO MERCHÁN precisamente tras haberse opuesto él a la posible paridad y quien escribe el presente trabajo se manifestó favorable a la misma.

¹³ Vid. artículo 13 LA.

¹⁴ Vid. artículo 14.b) LA.

¹⁵ Cfr. artículos 13 LA, 389.1 LOPJ, 159.4.º CE, 57.2.º de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE de 13 de enero de 1982) y, por último, 24.1.º del Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 2002) y 474 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio de 1985).

¹⁶ Así, se manifiesta en contra SANS TORRES, 2013, 132-133.

¹⁷ Cfr. artículos 14.3, 15.1 y 41.d) y 17 LA; para el contenido del laudo, vid. artículo 1481 LEC francés tras el Decreto núm. 2011-48 de 13 de enero de 2011.

¹⁸ Vid. artículos 9, 10, 11.bis y 16 LA.

¹⁹ Cfr. artículo 22 LA, especialmente, su punto tercero; vid. artículo 2.1 LA.

²⁰ Cfr. SANS TORRES, 2013, 137-138.

²¹ Vid. artículo 37.2 LA.

²² Vid. artículos 34.1 y 37.4 LA; SANS TORRES, 2013, 137; para los laudos que se «mofan» (*sic*) del orden público, vid. ALBALADEJO GARCÍA, M. (2009), *Sí puede anularse el laudo de Derecho por infracción de normas y el de equidad por ser inequitativo*, Madrid, Fundación Registral-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, págs. 14 y 52.

²³ SANS TORRES, 2013, 137; para los «errores de pluma» en el Derecho Registral suizo, vid. artículo 141 de la Ordenanza de 23 de septiembre de 2011.

²⁴ Para el recurso, vid. artículos 468 y sigs. LEC; para los plazos de interposición del recurso judicial y la acción arbitral, vid., respectivamente, artículos 470.1 LEC y 41.4 LA; para un estudio sobre el particular, vid. LORCA NAVARRETE, A. M. (2002), *Tratado de Derecho de arbitraje*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho de Arbitraje, págs. 461 y sigs.

²⁵ Vid. artículo 37.3 LA.

²⁶ Vid. artículo 521 LEC.

²⁷ Vid. artículos 53 y 173 RH y 84 y 131 LH.

²⁸ Por todos, LACRUZ BERDEJO, J. L. (2003), *Elementos de Derecho Civil. Derecho Inmobiliario Registral*, T. III bis. Madrid, Dykinson, pág. 220; señala PAU PEDRÓN, sobre el particular, que «el artículo 42 de la Ley Hipotecaria hace una enumeración no exhaustiva pero tampoco abierta» de las anotaciones preventivas, en PAU PEDRÓN, A. (2003), *Elementos de Derecho Hipotecario*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, pág. 78; vid. RRDGRN de 8 de marzo de 1978 y de 20 de febrero de 2006 (BOE de 23 de marzo de 2006); vid. artículos 721 y sigs., que se refieren a las «medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial» y, especialmente, el 726, por el que podrá adoptarse «cualquier actuación» que reúna ciertos requisitos, no encontrándose entre estos, el haber sido previstas por la LH; lo que parece defender REVERÓN PALENZUELA en REVERÓN PALENZUELA, B. (2004), «Artículo 23», en J. GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Tomo I, Barcelona, Bosch, págs. 461-462.

²⁹ Sobre el particular, vid. SANS TORRES, 2013, 133-135 y su nota 15.

³⁰ En cuanto a la naturaleza de las exigencias de forma, apunta LÓPEZ Y LÓPEZ, «tampoco está claro que, como sería congruente con dicho carácter excepcional, en todas esas hipótesis se produzca la nulidad radical [...] como consecuencia de la ausencia de la forma *ad solemnitatem*» [LÓPEZ Y LÓPEZ, A. (1991), «Artículo 1278», en C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ, y P. SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones (págs. 502-503), pág. 502]; vid. artículo 1155 del Código Civil, relativo a la nulidad de un negocio por razón, respectivamente, de la de su cláusula principal o de la accesoria penal; lamentablemente, la jurisprudencia de la época no se centró en definir el papel de la forma en el caso del laudo arbitral, sino en fijar cuál había de ser la fecha cierta o auténtica que debía considerarse para computar el plazo de su notificación; como no podía ser de otra manera, la fecha había de ser la única que de manera indiscutida y, lo que es más importante, indiscutible, constara; es decir: la consignada en el documento notarial y no la declarada por los árbitros —en este sentido, SSTS de 1 de junio de 1976 y de 4 de septiembre y 6 de diciembre de 1984—; por su parte, el *Fuero juzgo* incentivaba la forma escrita aunque sin quitar valor a los negocios verbales (cfr. L. V, Tít. IV, Ley III); para el *Fuero real*, cfr. L. III, Tít. X, Ley III; para *Las Partidas*, cfr. P. III, Tít. XVIII, Ley CXIV; para la *Pragmática de don Carlos y doña Juana*, cfr. L. X, Tít. XVI, Ley I *Nov. rec.*; para la *Pragmática de don Carlos III*, cfr. L. X, Tít. XVI, Ley II *Nov. rec.*; y, por último, para

el Código Civil y sobre su regla general y excepciones, cfr. sus artículos 1278 y, a modo de ejemplo, 1628, respectivamente.

³¹ En Derecho romano, el juicio arbitral no exigía más requisitos para su validez que el *compromissum* —por el que las partes concretaban la cuestión sometida a arbitraje— y un *receptum arbitri* —aceptación por el árbitro del encargo recibido— [D'Ors, A. (2004), *Derecho Privado romano*, 10.ª ed., Pamplona, Eunsa, § 129, págs. 186-187]; para *Las Partidas*, vid. P. III, Tít. XVIII, Ley CVII; sin embargo, sí se recoge que el convenio arbitral se plasme por escribano, aunque no puede deducirse que resulte obligatorio; para otras disposiciones de *Las Partidas* relacionadas con el arbitraje, vid. S. N. (1767), *Índice de las leyes de las siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio copiándose el que publicó el licenciado don Gregorio López de Tovar*, Valencia, Imprenta de Benito Monfort, págs. 13-14; cfr. P. III, Tít. IV, Ley XXXIV —por qué razones se puede excusar la parte de non pechar la pena maguer non obedeciese mandamiento de los judgadores de avenencia—; para la *Novísima recopilación*, vid. Lib. 11, Tít. XVII, Ley IV; para la LEC 1855, vid. Tít. XV, artículos 770-818 —del juicio arbitral—, págs. 161-169 y Tít. XVI, artículos 819-836 —del juicio de amigables componedores— en S. N. (1855), *Ley de Enjuiciamiento Civil*, edición oficial. Madrid: Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, págs. 170-172; las dos clases de arbitraje reguladas en la LEC 1851 se denominaban, respectivamente, «juicio arbitral» y «juicio de amigables componedores»; esta misma denominación se mantendrá en la LEC 1881 y, finalmente, será cambiada por la actual «arbitraje de Derecho» y «arbitraje de equidad», desde la LA 1953 hasta nuestros días, como consecuencia lógica de la privatización de la materia; por su parte, el convenio arbitral exigía «necesariamente» escritura pública, sin que pueda deducirse cuál era el efecto jurídico —nulidad absoluta o relativa— para el caso de no cumplirse este requisito (art. 773); se establecía, además, un contenido tasado para el convenio arbitral (art. 774) de manera que para el caso de no cumplirse la prescripción legal en esta materia, se producía la nulidad —absoluta o relativa— del convenio mismo (art. 775). En cuanto a las formas ordenadas para los juicios ordinarios (art. 333), se exige la constancia del lugar y fecha en que se dicta la sentencia, determinación de los hechos —iniciados con la palabra *resultando*—, las consideraciones jurídicas de los hechos —iniciados con la palabra *considerando*— con citación de los preceptos legales aplicables y, por último, el fallo, que se ajustará a lo preceptuado en los artículos 61-81 y sigs. LEC 1855, de manera que «las sentencias sean claras y precisas, declarando, condenando o absolviendo de la demanda» y resolviendo necesariamente las cuestiones planteadas (art. 61), tratando y resolviendo separadamente cada uno de ellos (art. 62) y, por último, fijando la cantidad líquida o las normas para su liquidación en el caso de condena por frutos, intereses o daños y perjuicios (art. 63); el arbitraje de Derecho se dirigía por «jueces árbitros», necesariamente letrados, quienes dictaban «sentencia» en el marco de un «juicio» bajo el mismo régimen que el judicial en lo atinente a la prueba y las diligencias; para este tipo de arbitraje, cfr. artículos 776, 786.2.º, 788, 790 párrafo II, 797, 799 y 800; por su parte, el arbitraje de equidad no debía necesariamente ser dirigido por letrados, dictándose resolución —que tanto recibía el nombre de «sentencia» como el de «fallo»— de acuerdo con el «saber y entender» de los árbitros, sin que debiera ajustarse a Derecho; el artículo 825 —por el que solo exigía a este tipo de árbitros «saber leer y escribir»— ha de interpretarse como un interés de la LEC 1855 porque los profesionales manuales —esto es, los peritos en la materia sobre la que versara el arbitraje— actuarán de árbitros en conflictos de carácter técnico; para la LEC 1881, vid. Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Gaceta núm. 36, de 5 de febrero de 1881; cfr. artículos 790-839 LEC 1881, correspondientes a su Tít. V, Lib. II —*De los juicios de árbitros y de amigables componedores*—; para la delegación del Código Civil, vid. artículo 1821 del Código Civil en su versión de 1889, dejado sin contenido por Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje [BOE de 7 de diciembre de 1988], correspondiente al Lib. IV, Tít. XIII, Cap. II —*De los compromisos*—; este artículo rezaba en su párrafo II como sigue: «en cuanto al modo de proceder en los compromisos y á la extensión y efectos de estos, se estará á lo que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil». En realidad, el proceso

de delegación fue *sui generis* por cuanto que la norma delegataria, la LEC (1881) es previa a la delegante, el Código Civil (1889).

³² Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado (BOE núm. 358, de 24 de diciembre de 1953); cfr. artículos 27.6 y 29, párrafo III LA 1953; para la doctrina: GUASP, J. (1956), *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, Bosch editorial, pág. 166; CHILLÓN MEDINA, J. M. y MERINO MERCHÁN, J. F. (1978), *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, págs. 159, 193 y 215; en cuanto a estos últimos, si es «tan solo», no puede defenderse a continuación que sea un requisito solemne; tal vez, los autores quisieron decir «formal»; y, por último, OGÁYAR AYLLÓN, T. (1979), en ALBALADEJO M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXII, vol. II, artículos 1809 a 1821 del Código Civil y Ley de 22 de diciembre de 1953, sobre arbitrajes de Derecho Privado, Jaén, Edersa, pág. 215. Derogada la LA 1953, RIVERO HERNÁNDEZ defendió el carácter *ad solemnitatem* de aquella, de manera que «la decisión arbitral [...] [sin intervención de notario], no constituía laudo, y [...] este no nacía al mundo jurídico hasta que aquella se formalizaba ante notario», en RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1991), «Artículo 37», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Tecnos (págs. 567-592), págs. 584 y 586-587; ahora bien, esta postura se toma con una mentalidad ajena a la que movió a la doctrina al tiempo de la vigencia de la LA 1953, teniendo el autor que ahora citamos conocimiento de la evolución producida en la doctrina jurídica y en la legislación en materia de forma.

³³ Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje (BOE núm. 293, de 7 de diciembre de 1988); las cursivas son nuestras; para los arbitrajes de consumo, cfr. su Disposición Adicional I.ª; son multitud los adagios en este sentido y en diferentes tiempos, así: *unius positio alterius exclusio, concessum de uno negatur de altero* y, por último, *enumeratio infirmat vim legis in casibus non enumeratis*; sobre el particular, vid. DOMINGO, R. (2006), *Principios de Derecho global. 1.000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, 2.ª ed., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, pág. 224; *Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso*, III Legislatura, Serie A, número 69-1, de 28 de diciembre de 1987; distingamos las posturas existentes (*Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso*, III Legislatura, Serie A: proyectos de ley, núm. 69-5, de 17 de marzo de 1988, pág. 24):

1. En cuanto a los que defendían el depósito en todo caso, los había quienes sostenían que este depósito se hiciera:
 - i) solo notarialmente (agrupación de diputados del PDP, Grupo mixto, con la finalidad de obtener la fe pública notarial; y Grupo socialista);
 - ii) solo judicialmente (Grupo A. PDP, alegando la naturaleza de la función [*sic*]); o,
 - iii) alternativamente, ante notario o ante el secretario de la corporación de Derecho público que procediera (Grupo minoría catalana).
2. En cuanto a los que defendían que el depósito no era necesario, los había que creían que este era:
 - i) simplemente posible (Grupo coalición popular, con la finalidad de flexibilizar el arbitraje, de manera que los árbitros decidieran si querían o no esta protocolización por razones de su eficacia, como, por ejemplo y expresamente citada, la de exigirla la normativa registral al efecto para lograr su inscripción); o, incluso, y por último,
 - ii) innecesario (Grupo parlamentario vasco, PNV-EAJ, por encarecer y alargar el procedimiento).

Para el depósito judicial del laudo como alternativa, vid. GÓMEZ JENÉ, M. (2008), *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, pág. 171, nota 14; para las críticas a la redacción finalmente adoptada por el legislador, vid., por todos, PANTALEÓN PRIETO, F. (1989), «Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje», en *La Ley*, núm. 10, 49-66, pág. 56; y, por último, para los efectos indeseables generados por esta

redacción, BARONA VILAR, S. (2011), «Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo», en S. BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2.^a ed., Madrid, Civitas Thomson-Reuters Madrid (págs. 1454-1537), pág. 1536.

³⁴ Cfr. Tít. VIII LA 1988; la remisión es al artículo 596 LEC 1881; para la doctrina que defiende la protocolización con función probatoria, vid. VALENCIA MIRÓN, A. J. (1991), «Artículo 32», en A. M. LORCA NAVARRETE (coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Dykinson (págs. 204-210), pág. 205; RIVERO HERNÁNDEZ, 1991, 14; para una posición más matizada, ORMOZÁBAL SÁNCHEZ, G. (1996), *La ejecución de laudos arbitrales*, Barcelona, José María Bosch editor, pág. 155 y su nota 67; en contra, CAMPOS VILLEGAS, E. (1993), «Problemas de forma en el convenio y en el laudo arbitral. Su inscripción», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXXII, 67-164, pág. 135. Hay otros argumentos en favor de entender la protocolización como una cuestión no sustancial, esto es, de eficacia, así: (i) se ha producido un cambio en el legislador; (ii) la LA 1988 habla de dictar el laudo, que no se ha de confundir con protocolizarlo; (iii) el Código Civil resulta muy tajante cuando quiere que una determinada forma haya de ser respetada, de manera que, sin la misma, el negocio de que se trate «no será válido» (art. 689 CC); la correlación o paralelismo entre la forma del compromiso arbitral y el laudo, de manera que en la LA 1953 se pedía escritura pública para una y para otra, mientras que en la LA 1988, el convenio puede hacerse simplemente por documento privado, por lo que parece que esta ha de ser también la forma posible del laudo; y, por último, los artículos 1278 y 1280 del Código Civil, que fijan como regla general la libertad de forma; por último, insistimos: el notario transcribe lo que los árbitros le dictan como laudo, cambiando la posibilidad de que aquellos, voluntariamente o por error, entreguen al notario como laudo lo que, en realidad, no lo es. La protocolización, pues, no goza de la facultad taumatúrgica de convertir en laudo lo que, en realidad, nunca lo fue. Un posible argumento en favor de la protocolización como requisito *ad solemnitatem* es el de que resulta exigido por los colegios arbitrales; pero no solo es que el argumento probaría la convención mayoritaria de usar este instrumento formal y no la fuerza del instrumento en sí mismo, sino que, además, demostraremos más adelante que la mayor parte de las cortes arbitrales huyen de tal requisito —aunque, bien es cierto, que nosotros hemos revisado los textos al tiempo de la LA de 2003 y no de la de 1988, como hizo el autor ahora citado—; para la jurisprudencia, la STS de 28 de marzo de 1994 sostiene que el artículo 33 LA 1988 establece una formalidad *ad solemnitatem*; en el mismo sentido, vid. SAP de Pontevedra, de 23 de septiembre de 2000; y, en sentido contrario, SAP de León, de 25 de noviembre de 2001, que declara que «no puede supeditarse la validez del laudo a la satisfacción de una exigencia formal [...] y que para lo único para lo que puede servir es para dotar al laudo, frente a terceros, de la eficacia de los documentos públicos»; durante la vigencia de la LA 1953 no se dictaron sentencias sobre el particular.

³⁵ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003), que fue modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011); dicha reforma no afectó al artículo 37.8 LA 2003; las cursivas son nuestras. La Disposición Final I, 1 modifica el artículo 517.2.4.º LEC; el laudo elevado a escritura pública sí goza del carácter de ejecutivo con anterioridad a la reforma de acuerdo con el artículo 517 LEC y la Disposición Final I, 3 modifica el artículo 559.1.4.º LEC; señala SANS TORRES que la necesidad de titulación pública para el laudo deriva precisamente de esta causa de oposición (SANS TORRES, 2013, 138); por último, en cuanto al Derecho extranjero:

1. Alemania: requiere depósito judicial (§ 1.039.3 ZPO).
2. Suiza: requiere depósito judicial ante la jurisdicción civil ordinaria cantonal (art. 35.1 *Concordat*).
3. Italia: requiere depósito en la cancillería de la pretura del lugar de deliberación y votación del laudo (art. 825 del Código de Procedimiento Civil).

4. Portugal: requiere depósito judicial en la secretaría del tribunal judicial del lugar del arbitraje, salvo pacto en contrario (art. 24.2 Ley de Arbitraje de 1986).
5. Bélgica: requiere depósito judicial en la secretaría del tribunal de primera instancia (art. 1702.2 del Código de Procedimiento Civil).
6. Holanda: requiere depósito judicial similar al numeral anterior [art. 1.058.1.b) de la Ley procesal].
7. Francia: requiere decreto (*ordonnance*) de *exequatur* en virtud de proceso no contradictorio, para que el laudo sea susceptible de ejecución forzosa por parte del tribunal superior (*tribunal de grande instance*) correspondiente al lugar en el que el laudo hubiera sido dictado, requiriéndose la presentación del convenio arbitral y del laudo; la oposición al *exequatur* únicamente se fundará en motivos de orden público (arts. 1487-1488 de la LEC [*Code de procédure civile*] tras la reforma operada por el Decreto núm. 2011-48, de 13 de enero de 2011, de reforma del arbitraje [*Décret portant réforme de l'arbitrage*]).
8. Inglaterra y Gales: requieren el depósito del laudo en el registro especial establecido para tal finalidad, sito en el Registro del Almirantazgo y Comercial (*Admiralty and Commercial Registry*; Practice direction 62-Arbitration, Section III, 62.21, párrafo 16.1).
9. Qatar: precisa de depósito judicial del arbitraje, sin el cual el mismo no resulta ejecutable (art. 204 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [قانون المرافعات المدنية والتجارية]).
10. Chile: la ejecución del laudo requiere de petición al tribunal competente con presentación de los mismos documentos que en el caso de Francia (art. 35 de la Ley núm. 19.971, sobre arbitraje comercial internacional); sobre el particular, vid. MEREMINSKAYA, E. (2006), «Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en busca de la armonía», en J. VARGAS VIANCOS y F. J. GORJÓN GÓMEZ (eds.), *Arbitraje y mediación en las Américas: Teoría y práctica*, Capítulo VI. Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (págs. 97-113); y, por último,
11. Panamá: ídem del anterior, siguiendo el procedimiento de las sentencias judiciales firmes (art. 38 del Decreto-ley núm. 5, de 8 de julio de 1999, por el que se establece el régimen general del arbitraje de la conciliación y de la mediación).

³⁶ Para la doctrina que acoge el principio espiritualista, vid. BARONA VILAR, 2011, 1536, MAGDALENA, J. A. (2007), «Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo», en E. DÍAZ-BASTIEN (coord.), *Comentarios breves a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Reus, Colección Jurídica General, Díaz-Bastien abogados (págs. 187-194), pág. 194; CUCARELLA GALIANA, L.-A. (2004), *El procedimiento arbitral*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, pág. 184; HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, A., e HINOJOSA SEGOVIA, R. (2011), «Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo», en J. GONZÁLEZ SORIA (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson-Reuters (págs. 509-531), págs. 530-531; MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M. (2006), *Tratado de Derecho Arbitral*, 3.^a ed., Cizur Menor, Thomson-Cívitas, pág. 654; CORDERO CUTILLAS, I. (2004), «Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo», en V. GUILARTE GUTIÉRREZ (coord.) y J. B. MATEO SANZ, *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, Lex Nova (págs. 577-608), pág. 595; para las voces críticas con el planteamiento espiritualista de la LA, vid. CORDÓN MORENO, F. (2005), *El arbitraje de Derecho Privado. Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Cizur Menor, Thomson-Cívitas, pág. 230, y CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. (2004), «Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo», en J. GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Tomo II, Barcelona, Bosch (págs. 865-893), pág. 881; los preceptos del Código Civil que exigen de una determinada forma, siempre se refieren a la notarial (entre otros, arts. 1327 o 1628) o a la registral (art. 1875 CC o 15 RH); en todo caso, estas normas no han de considerarse, en ningún caso, como limitativas o modificativas de las contenidas sobre la prueba en la LEC (cfr. arts. 299 y 300); para la jurisprudencia, nótese el cambio de postura del mismo órgano, de acuerdo con lo señalado más arriba; por último, para las cortes

arbitrales, la mayoría de sus estatutos han huido de la protocolización, de manera que prevén la posibilidad y no la obligación de que tenga lugar, y siempre para el caso de que una de las partes así lo solicite, así: Álava (art. 34.7), Alicante (art. 39, pfo. II), Almería (art. 37, pfo. II), Bilbao (art. 48, pfo. IV), Cáceres (art. 34.7), Cádiz (art. 34.7), Cartagena (art. 43, pfo. II), Castellón (art. 41, pfo. II), Granada (art. 34.7.^o), Guipúzcoa (art. 31.7), Huelva (art. 39.6), Jerez de la Frontera (art. 38.3), La Coruña (art. 34.7), La Rioja (art. 34.7), Lugo (art. 34.7), Madrid (art. 39.9), Málaga (art. 34.7); Mallorca, Ibiza y Formentera (art. 41.3), Melilla (art. 34.7), Murcia (art. 28.2), Navarra (art. 31.1), Salamanca (art. 39), Segovia (art. 39), Sevilla (art. 42.3), Toledo (art. 34.6), Vigo (art. 30.2) y, por último, Zaragoza (art. 44.2). En cambio, sí que exigen su protocolización las cortes arbitrales de: Gerona y Tarragona (salvo acuerdo contrario del Tribunal arbitral [art. 20, en ambos territorios] y, en tal supuesto, se ordena el depósito del laudo en la secretaría del mismo tribunal; en todo caso, incluso cuando el laudo no deba ser protocolizado de acuerdo con la regla anterior, se llevará a cabo en cualquier tiempo posterior a su notificación a las partes si estas lo solicitan o si el propio tribunal arbitral lo considera adecuado [art. 20.3], a cuyo efecto «el Tribunal arbitral llevará un sistema de archivo de laudos no protocolizados que ofrezca plena garantía para acreditar la fecha de su notificación»); Gijón (que la ordena con carácter general [art. 20]), Las Palmas (también con carácter general [art. 32.5]), Oviedo (art. 20), Santa Cruz de Tenerife (vid. *Laudos*); Valencia («salvo acuerdo expreso en contrario de las partes» [art. 41]) y, por último, Valladolid («el Colegio arbitral entregará el laudo a la secretaría de la Corte, que procederá a protocolizarlo notarialmente dentro de los siete días siguientes a su recepción, si en el mismo lo ordenan los árbitros, y se ocupará de notificarlo a las partes» [art. 36]); finalmente, no se manifiestan sobre el particular los estatutos de la corte de Alcoy.

³⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2013), *Voz «Controvertido»*. *Diccionario de la Real Academia Española*, 22.^a ed. [en línea], disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=brocardo> y REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2013), *Voz «auténtico»*, acepción 1.^a *Diccionario de la Real Academia Española*, 22.^a ed. [en línea], disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=brocardo>.

³⁸ El laudo puede ser:

1. Auténtico, protocolizado y controvertido.
2. Auténtico, protocolizado y no-controvertido.
3. Auténtico, no-protocolizado y controvertido.
4. Auténtico, no-protocolizado y no-controvertido.
5. Falso, controvertido y protocolizado.
6. Falso, controvertido y no-protocolizado.
7. Falso, no-controvertido y protocolizado; y, por último,
8. Falso, no-controvertido y no-protocolizado.

Cfr. artículos 517.2.2.^o y 4.^o LEC; lo dicho se entiende a pesar de la dicción del artículo 559.1.4.^o LEC, que parece dar a entender que solo puede presentarse como auténtico, en caso de oposición, el laudo protocolizado o, lo que es lo mismo, que solo mediante la protocolización se logra probar la autenticidad de aquel; sin embargo, ambas interpretaciones han de descartarse a partir del artículo 299 LEC, que, sin limitar su objeto de aplicación, admite como medio de prueba los documentos privados; para los pronunciamientos judiciales por los que se rechaza la falta de formalización de laudo como causa de su inhabilitación, vid. GÓMEZ JENÉ, 2008, 172-173 y sus respectivas notas; BAÑUELOS RIZO, al estudiar la Ley modelo de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional, señala que es la autenticación y no la protocolización la que «agrega un requisito formal adicional al laudo». Este autor nos recuerda que la precitada Ley modelo fue redactada en varios idiomas y que el término inglés *duly authenticated* fue traducido como «debidamente autenticado». El *Black Law's Dictionary*, nos dice el autor, define *authentication* como «certificación hecha por un funcionario competente por la que se certifica que un expediente está ajustado a Derecho y que la persona que lo certifica es el funcionario designado para hacerlo»; a este respecto, VAN DEN BERG entiende que la autenticación se refiere únicamente a la firma de los árbitros y no al contenido mismo del documento, de manera que «la autenticación concierne a la firma»; pero, entendemos,

resultaría cuando menos chocante ejecutar un laudo respecto del que la única seguridad es que la firma corresponde al árbitro pero no que el contenido de lo firmado haya sido consentido por aquel [YÁÑEZ VELASCO, R. (2004), *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 757; CORDERO CUTILLAS, 2004, 595; BAÑUELOS RIZO, V. (2010), *Arbitraje comercial internacional. Comentarios a la Ley modelo de las Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional*, México D. F., Limusa, págs. 357-358, y notas 758 y 760 y, por último, VAN DEN BERG, A. J. (1981), *The New York arbitration convention of 1958*. Deventer-Netherlands-Antwerp-Boston-London-Frankfurt: Kluwer Law and Taxation Publishers, págs. 357-358, nota 760].

³⁹ Razonamiento jurídico primero.

⁴⁰ En este punto se hacen precisas dos aclaraciones: (i) que el proceso judicial prefiere, obviamente, los títulos no-controvertibles a los simplemente no-controvertidos pero que, en todo caso, la ejecución puede efectuarse con los segundos; y, por último, (ii) que los títulos incontrovertibles a los que aspira el sistema registral no lo son absolutamente sino razonablemente, por cuanto que las declaraciones contenidas en aquellos pueden ser falsas o erróneas, de manera que más que de «incontrovertibles» ha de hablarse de «probablemente incontrovertidos». De esta forma, la seguridad obtenida con los títulos públicos o auténticos no es absoluta, pero sí razonablemente alta, de suerte que no hemos encontrado sentencia alguna en la que se alegara la falsedad de la escritura por sí misma o por falsedad del notario autorizante, pero sí por falsedad de las manifestaciones vertidas en ella por los otorgantes (STC núm. 59/2006, Sala 2.^a, de 27 de febrero de 2006, y SSTs de 15 de julio de 1989, de 10 de febrero de 1992 y 26 de abril de 1955, esta última sobre certificación expedida por secretario de ayuntamiento en que daba por asistidos a nueve miembros de una corporación municipal cuando, en realidad, solo se presentaron tres; sobre el particular, pueden consultarse las siguientes obras: CALLE RODRÍGUEZ, M. V. (1997), *La falsedad documental inocua en la Jurisprudencia española* (Tesis doctoral), Madrid, Universidad Complutense [en línea] en <http://biblioteca.ucm.es/tesis/19911996/S/0/S0007901.pdf>; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A. (1990), «La falsedad en el documento público», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 29, págs. 367-388 y, por último, FERNÁNDEZ PANCORBO, pág. 1996, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Madrid, Marcial Pons. Piénsese en el caso en el que los árbitros dictan un laudo pero protocolizan otro distinto: la autenticación (esto es, la presumida autenticidad) se extendería al hecho de que el contenido en el documento protocolizado es ciertamente el laudo dictado por los árbitros al notario, sea o no el verdadero laudo convenido por aquellos. En el procedimiento judicial y en el registral se ha de usar una cautela suficiente (o más que suficiente) que no es otra que la consistente en saber o asumir que el notario no ha falsificado el documento y que las declaraciones los intervinientes han sido libremente formuladas. Cuando más adelante tratemos el documento firmado electrónicamente como título auténtico, habrá de compararse el alcance de la actuación del notario y de la entidad certificante, de manera que analicemos si uno u otra aportan mayor seguridad en orden a la autenticación. En otro orden de cosas, la exigencia de titulación auténtica, que, como veremos, no debe identificarse exclusivamente con la pública, no es un requisito propio únicamente del Derecho Registral español, sino que se extiende a otros países como, por ejemplo, Suiza (vid. art. 3, Ordenanza suiza sobre el Registro de la Propiedad inmobiliaria [ORF] de 23 de septiembre de 2011 [en vigor desde el 1 de enero de 2012]); cfr. artículo 34 RH y STS de 1 de febrero de 1917; de «certeza» habla la STS de 7 de febrero de 1928; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2013), *Diccionario de la lengua española*, 22.^a ed. [en línea] <http://lema.rae.es/drae/?val=aut%C3%A9ntico>; CASSO Y ROMERO, I. D. y CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO, F. (1954), *Diccionario de Derecho Privado*, Tomo I, A-F, reimpresión, Barcelona-Madrid, Labor, pág. 1613.

⁴¹ *OLG Colonia*, 10/061969, YeARBOOK C. A., vol. II, 1977, pág. 236, y GÓMEZ JENÉ, 2008, 173. La cursiva es nuestra; sobre la tendencia a la ampliación del reconocimiento de las instituciones que pueden autenticar documentos privados en sede arbitral, ténganse en cuenta los requisitos exigidos por la *ordonnance d'exequatur* emitida por el correspondiente tribunal francés y legalizada de conformidad con el Convenio de La Haya de 1961, así como

la autorización concedida al cónsul del Estado, al notario, a la *Secretary of The London Metal Exchange* o, por último, al *Vereins der Getreidehändler* de la Bolsa de Hamburgo; ya la ley de 1953 defendió que el notario se debía limitar a poner su número de protocolo pero no a entrar en el contenido del laudo, al existir como medida precautoria la acción de nulidad del mismo; a mayor abundamiento, ¿cómo ha de servir de garantía del procedimiento quien no ha participado en modo alguno en aquel?; en contra de nuestra postura, vid. HINOJOSA SEGOVIA, R. (1991), *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (estudio jurisprudencial)*, Madrid, Edersa, pág. 333, y BARONA VILAR, 2011, 1536-1537.

⁴² La doctrina no se ha posicionado ni clara ni unánimemente en favor de la escritura como forma de protocolización, así: a favor de esta postura, aunque con argumentos que no compartimos completamente en cuanto a los dos primeros, vid. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MONVELLÁN, P. (1996), *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*, Granada, Comares, págs. 14, 16 y 18; con mayor profundidad argumentativa y a favor de entender el acta como el documento adecuado, CAMPOS VILLEGAS, 1993, 104; también MERINO MERCHAN y CHILLÓN MEDINA, 2006, 654 y, por último, VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M. (2011), «La reforma de la Ley de Arbitraje: aspectos notariales y registrales», en *El Notario del Siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 38, 20-25, pág. 25; por su parte, se muestra a favor de entender que la protocolización se efectúe por medio de acta, RIVERO HERNÁNDEZ y CORDERO CUTILLAS caen en el error de confundir los conceptos de inalterabilidad, protocolización y autenticidad (RIVERO HERNÁNDEZ, 1991, 588, y CORDERO CUTILLAS, 2004, 596); para las actas, vid. SOLÍS VILLA, C. y MORILLO, F. J. (2007), «Artículo 198.1», en *Nueva legislación notarial comentada*, Tomo I, Madrid, Colegio Notarial de Madrid] (págs. 555-571), pág. 558; para las escrituras, cfr. STS de 10 de diciembre de 1990, y vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1987), *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, Palma de Mallorca, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, págs. 7-9 y 188-190; la autenticación de las declaraciones de las partes se dirige al hecho de que estas han tenido lugar ante el notario autorizante y con el contenido expresado en la escritura; pero aquella no salvaguarda la posibilidad de que estas manifestaciones exteriores no respondan a una voluntad interior.

⁴³ Para la legitimación de firma, vid. artículo 256 RN del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (*BOE* núm. 189, de 7 de julio de 1944).

⁴⁴ Cfr. artículos 156.8.º y 167 RN; excede del presente trabajo el estudio de los efectos del presunto laudo protocolizado mediante acta y sus efectos; en todo caso, señala el artículo 198.1.5.º RN que: «el acta [...] no adquirirá en ningún caso la naturaleza ni los efectos de la escritura pública»; sobre el juicio notarial de suficiencia, cfr. artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en la redacción dada por el artículo trigésimo cuarto de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad (*BOE* de 19 de noviembre de 2005); para la calificación registral, vid. artículo 18 LH.

⁴⁵ Para la defensa de una actuación notarial mucho más amplia que la que aquí proponemos, vid. CAMPOS VILLEGAS, 1993, 104-108.

⁴⁶ CAMPOS VILLEGAS, 1993, 135; para la normativa vigente al tiempo en que escribe el autor, vid. artículo 45 LA 1988; en todo caso, este archivo cumpliría la función de depósito para respaldar la inscripción realizada, por lo que resultaría difícilmente justificable la emisión de copias de estos documentos por parte del registrador al que lo solicitara, por no estar previsto en la legislación tampoco para los restantes documentos archivados como, por ejemplo, los judiciales.

⁴⁷ Sobre el concepto de derogación, vid. KELSEN, H. (1973), «Derogation», en *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht: Reidel, págs. 261 y sigs.

⁴⁸ En lo que aquí interesa, señala el precepto que: «para que puedan ser inscritos los títulos [...] deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o *documento auténtico* exigido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos»; las cursivas son nuestras. Por su parte, el artículo 18 del Código de Comer-

cio señala que «la inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público. Solo podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en el Reglamento del Registro Mercantil»; cfr. para el artículo 3 LH, GARCÍA GARCÍA, J. M. (2009), *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, Tomo I, 6.ª ed., Pamplona, Civitas Thomson Reuters, pág. 97, nota 32; sobre supuestos de títulos privados que pueden acceder a los registros, vid. los siguientes: artículos 14, párrafo 3.º, 20, y 103, párrafo último LH, 93.1 del Código de Comercio y, por último, 3 de la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval (Gaceta de 23 de agosto de 1893); en relación con este precepto últimamente citado, vid. artículo 685.3 LEC, relativo a la demanda ejecutiva y a los documentos que hayan de acompañarla, y cfr. VILLARES PICO, M. (1954), «El documento privado en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 312, pág. 433.

⁴⁹ Para los documentos públicos, cfr. artículo 1216 del CC; VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, 2011, 22. El texto rezaba como sigue: «1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El “Boletín Oficial del Registro Mercantil” publicará un extracto. Será necesaria la protocolización del laudo para su inscripción en el Registro Mercantil cuando el acuerdo anulado constase en documento notarial»; cfr. GONZÁLEZ, Y. (2013), «El gobierno arrebató a los notarios la exclusividad para dar y revocar poderes», en *Expansión*, 11 de junio de 2013, pág. 23.

⁵⁰ GÓMEZ DE LA SERNA, P. (2011), «Ley Hipotecaria», en *Colección conmemorativa de los 150 años de la primera Ley Hipotecaria*, Tomo I, Madrid, Centro de Estudios Registrales, págs. 321 y sigs.; asimismo, apuntó los beneficios que reportaría el depósito definitivo del documento público en un archivo público, sometido al control de un funcionario de la misma naturaleza (págs. 321 y 326); GALINDO Y DE VERA, L. y ESCOSURA Y ESCOSURA, R. D. L. (1896), *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, Tomo I, 3.ª ed., Madrid, Establecimiento tipográfico de Felipe Pinto y Orovio, pág. 86; téngase en cuenta que la falsedad solo puede referirse a que lo que aparezca en el registro no coincida con lo declarado por los intervinientes y no tanto a que lo declarado por estos últimos no sea cierto, CAMPUZANO Y HORMA, F. (1931), *Elementos de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Madrid, Reus, pág. 98; ROCA SASTRE, R. M. (1960), *Derecho Hipotecario*, Tomo II (Registro de la Propiedad), 5.ª ed., Barcelona, Bosch, págs. 148-151 y 153; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B. (1974), *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. I, 2.ª ed., Pamplona, Aranzadi, págs. 251-252; el artículo 34 RH reza como sigue: «Se considerarán documentos auténticos para los efectos de la Ley los que, sirviendo de títulos al dominio o derecho real o al asiento practicable, estén expedidos por el Gobierno o por autoridad o funcionario competente para darlos y deban hacer fe por sí solos»; las cursivas son nuestras. Procesalmente, se entiende por documento auténtico aquel que tiene las condiciones extrínsecas para advenir su legitimidad y contienen la demostración indudable de un hecho (SSTS de 17 de mayo y de 22 de noviembre de 1940); por su parte, a la autenticidad se referían únicamente los artículos 282 y 287 LEC 1855; el proceso contradictorio en el ámbito registral se produce previa la citación del registrador o del juez (cfr. arts. 210.5.º LH y 322 y sigs. RH); entiéndase lo dicho sin perjuicio de la prestación de consentimiento de los titulares de derechos perjudicados por el asiento que ahora se pretenda extender; este consentimiento se acompaña, en su caso, al título que se pretenda y cuya toma de razón se solicita; por último, MANZANO SOLANO, A. y MANZANO FERNÁNDEZ, M. D. M. (2008), *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*, Madrid, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pág. 174.

⁵¹ Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, vigente hasta el 20 de marzo de 2004 (BOE núm. 224, de 18 de septiembre de 1999) y Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2003); en adelante, LFE; vid. artículos 1, 2, 3, 6, 8.1.d) y e) y 9.1.b) LFE; señala la Disposición Adicional primera que «lo dispuesto en esta ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias siempre que actúen con los

requisitos exigidos en la ley»; téngase bien presente que «solo el documento firmado electrónicamente mediante certificado reconocido y con firma avanzada creada mediante dispositivo seguro se entiende que cumple los requisitos de identidad, integración, autenticación y no repudio, y por ello la eficacia de sus datos y su admisión como prueba en juicio se produce sin necesidad de advenir los extremos controvertidos de la integridad del documento, salvo que se plantee una controversia sobre los mismos y se consiga probar la falta de identidad o integridad del documento» [PLAZA PENADÉS, J. (2003), «La firma electrónica y su regulación en el Derecho español», en F. J. ORDUÑA MORENO (dir.) y B. CAMPUZANO LAGUILLO y J. PLAZA PENADÉS (coords.), *Contratación y comercio electrónico*, Valencia, Tirant lo Blanch (págs. 531-581), págs. 563 y sigs. y págs. 569 y 571]; por tanto, el documento se presume auténtico, sin perjuicio de que se pruebe que no lo es por medio de los remedios concedidos en la propia LEC (concretamente, arts. 382 y sigs. y, más especialmente, 384.1); la LEC 2000 no especifica medida alguna de revocación de la firma electrónica del incapacitado *in pectore* o efectivamente incapacitado en sus artículos 756 y sigs.; en todo caso, esta medida se incardinaría en el marco del artículo 762 LEC 2000 y las definitivas, en el artículo 760.1 LEC 2000. No hemos podido encontrar protocolo alguno por el que se ordene a la autoridad judicial, en los casos de incapacitación, que notifique de aquella resolución a las entidades certificadoras de firma electrónica; en todo caso, la Exposición de Motivos de la LFE señala que «debe destacarse que la ley permite que los prestadores de servicios de certificación podrán, con el objetivo de mejorar la confianza en sus servicios, establecer mecanismos de coordinación con [...] los Registros públicos, en particular, mediante conexiones telemáticas, a los efectos de verificar los datos que figuran en los certificados en el momento de la expedición de estos. Dichos mecanismos de coordinación también podrán contemplar la notificación telemática por parte de los registros a los prestadores de servicios de certificación de las variaciones registrales posteriores»; en cambio, la producción de documentos notariales resulta más insegura porque el notario no accede a registro alguno de incapacitados —porque no existe—; este control, sin embargo, sí se realizará por el registrador de la propiedad para el caso de que la sentencia de incapacitación le haya sido comunicada por el Juzgado o el Registro Civil (cfr. arts. 219 y 220 CC y 10 y 55 RH); cfr. arts. 3.6.a) y 3.8 LFE; este último señala en lo que aquí interesa que: «Si se impugnare la *autenticidad de la firma electrónica*, reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido». Las comillas son nuestras. Por ello, no tiene sentido, en nuestra opinión, la postura defendida por CABEZUDO RODRÍGUEZ para quien «la expresa mención [de la Ley de Arbitraje] a la «protocolización notarial» del laudo parece excluir otras formas de autenticación»; y decimos que no tiene sentido por dos razones; i) porque si el autor está pensando en los otros documentos públicos (administrativo o judicial), entendemos que el objeto del negocio no permitiría su publicación por estos medios documentales; ii) si en lo que estaba pensando es en que la autenticación por medio del tipo de firma electrónica apuntado más arriba debía quedar excluida, el argumento se apoyaría únicamente en el hecho de que la simple mención de un tipo de autenticación excluía, automáticamente, las restantes, lo que nos resulta un argumento excesivamente endeble (CABEZUDO RODRÍGUEZ, 2004, 881); cfr. artículo 7.4, párrafo I LFE. Evidentemente, no puede certificar el lugar en el que el documento fue firmado, lo que no supone merma alguna de la seguridad jurídica, a tenor, especialmente, de lo dispuesto en el artículo 37.5 LA 2003; y, por último, vid. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2001), *Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet*, Barcelona, Colección de Derecho Empresarial Pedro Brosa & Asociados, J. M. Bosch editor, pág. 97.

⁵² Para la doctrina registral, ASOCIACIÓN DE REGISTRADORES BIENVENIDO OLIVER (2011), *El laudo arbitral por escrito es directamente inscribible en el Registro Mercantil*, en ARBO [en línea], <http://www.arbo.org.es/?p=405>; en cambio, el reciente trabajo de SANSA TORRES, registrador mercantil, sostiene precisamente la necesidad de que convenio y laudo consten en instrumento público, aunque sin abordar con mayor profundidad la cuestión (SANSA TORRES, 2013, 131-132). Tampoco esta postura resulta sorprendente comparada con nuestro entorno;

efectivamente, en Rumanía los autores que han tratado la materia «proponen la directa inscripción del laudo sin necesidad alguna de elevación a público del mismo» [vid. BAIUS, F. y CRENGUTA, L. (2012), «Unele probleme privind înregistrarea în cartea funciară a hotărârilor arbitrale pronunțate în materie imobiliară», en *Revista Română de Drept Privat*, núm. 6, 30-51, pág. 50]; para la doctrina arbitral, vid., a favor de la protocolización, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, P. (2011), *El nuevo régimen del arbitraje*, Barcelona, Bosch, pág. 139; ORMOZÁBAL SÁNCHEZ, 1996, 156; HIERRO HERNÁNDEZ-MORA e HINOJOSA SEGOVIA, 2011, 530-531 y, por último, HINOJOSA SEGOVIA, 1991, 140; a favor del uso de la firma electrónica, CORDERO CUTILLAS, 2004, 596-597; MONTERO MURIEL, F. I. (2005), «Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo», en D. ARIAS LOZANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi (págs. 349-363), págs. 362-363, y GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L. (2008), *El control judicial del arbitraje*, Madrid, La Ley Grupo Wolters Kluwer, pág. 102; por último, no se pronuncia claramente por una u otra opción RUEDA GARCÍA, J. A. (2007), «Inscripción en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva de prohibición de disponer otorgada en un laudo arbitral (Nota a la resolución de la DGRN de 20 de febrero de 2006)», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 19, núm. 3, 370-399, pág. 380; en el reciente *Informe sobre arbitraje societario en España, incluyendo el convenio arbitral tipo y artículo modelos para el reglamento de las cortes arbitrales*, elaborado por la Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario, de 26 de febrero de 2013, del Club Español del Arbitraje, se señala en su nota 95 lo siguiente: «este tema de la protocolización del laudo a efectos de su acceso al Registro Mercantil generó cierta controversia en el seno de la Comisión, pues [...] surgieron dos líneas de interpretación [...] la mayor parte de los miembros se inclinaron [...] por considerar que la Ley de Arbitraje consagra aquí una excepción al principio de necesidad de la titulación pública para acceder al Registro Mercantil. Frente a esta tesis, otros miembros defendieron la idea de que cuando la Ley de Arbitraje habilita para la inscripción del laudo no presupone en ningún momento que no se tengan que cumplir los requisitos que para esa inscripción se exigen con carácter general. Esta postura minoritaria no considera aconsejable que la inscripción de la nulidad de un acuerdo social y su correlativa cancelación, con lo que implica para el tráfico jurídico, puedan practicarse mediante un documento privado, sin la concurrencia de las necesarias garantías de autoría, contenido y forma, y ello aun en el caso de que para la remisión de ese documento privado al Registro se utilice el procedimiento de la firma electrónica». Nótese cómo a pesar de lo dicho por la doctrina registral y a lo que nos referimos en la nota siguiente, la arbitral continúa temerosa de usar los medios que la técnica pone a su alcance, para la doctrina del comercio electrónico y por todos, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, 2001, 93 y sigs.; el único caso relativo a un laudo arbitral resuelto es el de la RDGRN de 20 de febrero de 2006, en el que las partes sí protocolizaron aquel; vid. RUEDA GARCÍA, 2007, 370-399, y MOLINA CABALLERO, M. J. (2008), «Terminación de las actuaciones arbitrales», en J. L. GONZÁLEZ MONTES (coord.), *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, Madrid, La Ley (págs. 131-189), pág. 167.

⁵³ Vid. YÁÑEZ VELASCO, 2004, 597. Podría plantearse, no obstante, un problema de compatibilidad, de manera que a la escritura pública debieran corresponderle todos los negocios que las personas realicen entre sí, al modo en que se fijaba, en cierta manera tanto en la *Novísima recopilación* (L. III, Tít. XXIII, Leyes VII y VIII y L. X, Tít. XVI, Ley III) como en *las Partidas* (P. III, Tít. XVIII, Ley VIII); sin embargo, téngase en cuenta lo dispuesto en P. V, Tít. VI, Ley VI, por la que se defiende la posibilidad de celebrar contrato sin intervención de notario; ahora bien, «los contratos no hacen fe respecto a terceras personas, si no se otorgan ante notario; sin que otras autoridades puedan suplir este vacío, y por lo tanto, que el de compra-venta solo por el notario puede autorizarse» [GALINDO y DE VERA, L. y ESCOSURA y ESCOSURA, R. D. L. (1896), *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, Tomo I, 3.ª ed., Madrid, Establecimiento tipográfico de Felipe Pinto y Orovio, pág. 533]. Pero ello iría directamente en contra de la dicción del artículo 3 LH, que autoriza expresamente la presentación de documentos auténticos, que, por exclusión de los públicos citados al principio del precepto legal, serán los privados que, además, gocen de autenticidad; FERNÁNDEZ

FERNÁNDEZ, 2001, 94; sobre falsificación de los certificados y las medidas para evitarla, vid. artículo 20.1.e) LFE; sobre el particular, vid., especialmente, artículos 18 y 20 LFE. En este tercero concurren las circunstancias de fiabilidad, independencia y formalización. Fiabilidad, por razón de los requisitos de seguridad que le son impuestos por la Administración, a tenor de la LFE; independencia, por cuanto que es un tercero respecto del documento firmado, al carecer de interés alguno en el negocio celebrado; y, por último, formalización, por cuanto que con su certificación asevera que tal o cual firma se corresponde con una persona concreta.

*(Trabajo recibido el 6-2-2014 y aceptado
para su publicación el 18-2-2014)*

DERECHO COMPARADO

Una perspectiva comparada en torno
a la exigibilidad del precontrato
y la responsabilidad frente
a su incumplimiento

*A comparative perspective regarding
the enforceability contract preliminary
responsibility and your breach*

por

RAFAEL BERNAD MAINAR
Catedrático de Derecho Civil

*Investigador Asociado. Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)
Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)*

RESUMEN: Probablemente, una de las cuestiones más interesantes y que más polémica ha generado a propósito de la figura del precontrato, además de la relativa a su naturaleza jurídica, tiene que ver con las consecuencias jurídicas que suscita, tanto por lo que se refiere a su cumplimiento, toda vez que obliga a las partes que lo suscribieron, cuanto en lo que respecta a su incumplimiento, esto es, cuál es la responsabilidad emanada en el caso de inobservancia de su contenido.

ABSTRACT: *Probably one of the most interesting questions and that more polemic it has generated concerning the figure of the contract preliminary, besides the relative one to their artificial nature, she has to do so much with the*

judicial consequences that it raises, regarding their execution, all time that he forces to the parts that subscribed him, as much as in what concerns to their breach of contract, this is, which the responsibility is emanated in the case of neglect of its content.

PALABRAS CLAVE: Contrato. Precontrato. Cumplimiento. Incumplimiento. Responsabilidad.

KEY WORDS: *Contract. Contract preliminary. Execution of contract. Breach of contract. Responsibility.*

SUMARIO: I. EL PRECONTRATO Y LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO.—II. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PRECONTRATO.—III. DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL PRECONTRATO: 1. EXIGENCIA DE CONCLUSIÓN O CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DEFINITIVO. 2. EL INCUMPLIMIENTO DEL PRECONTRATO Y SU POSIBLE EJECUCIÓN FORZOSA: UNA VISIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COMPARADO.—IV. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—BIBLIOGRAFÍA.

I. EL PRECONTRATO Y LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

El proceso de formación del contrato —*iter ad contractum*— deslinda claramente la fase de los contactos iniciales (tratos preliminares, tratativas), cuyo tratamiento excede de nuestro interés en este momento, y la de formación del consentimiento, en cuyo contexto se puede celebrar un contrato —precontrato— antes de concluir un contrato definitivo, entendido aquel por algunos¹ más que como una fase o periodo de la contratación, como una fracción de tiempo que antecede a la conclusión del contrato que las partes proyectan antes de su concreción.

A través de un precontrato las partes se comprometen a cooperar para la celebración del futuro contrato —*Hauptvertrag*—, razón por la cual por su través ya se forma un vínculo jurídico que genera efectos jurídicos por sí mismo, no obstante quedar inmerso en el proceso integral de formación del contrato definitivo².

Aunque por lo general, la consecución del acuerdo de voluntades se puede alcanzar sencilla y rápidamente³, ello no es óbice para afirmar que, en muchas transacciones comerciales de nuestros días, el consentimiento rara vez se forma mediante la mera concurrencia de la oferta y la aceptación, sino que precisará de un proceso previo, algunas veces complejo, conformado por conversaciones

y tratos preliminares que pueden consistir en cartas de intención, pactos de opción, acuerdos parciales o, incluso, precontratos que tienen como finalidad, respectivamente y, según el caso, ya delimitar el posible contenido del contrato que se pretende celebrar, ya asegurar su concreción definitiva.

La perfección del contrato descansa en el consentimiento de las partes sobre elementos tales como su causa y el objeto cierto que sea materia del contrato⁴; así como también sobre el momento en el que se produzca el encuentro entre la oferta y la aceptación de las partes que consienten en obligarse. Por ello, el consentimiento se erige en el elemento clave en torno al cual gravita la perfección del contrato, de tal manera que el núcleo propio del contrato se manifiesta no solo en las cláusulas explícitas del mismo, sino también en las implícitas que aparecen a lo largo de su desarrollo, sin omitir tampoco las vinculaciones que son consecuencia natural de ambas cláusulas —explícitas e implícitas— y que resultan necesarias para la consumación total del contrato, con base en los principios generales que rigen y han de presidir la contratación, tales como la buena fe y la equivalencia de las prestaciones, entre algunos que se pueden destacar.

En la medida que, primero, las partes consienten en obligarse y, luego, se obligan, hablaremos, respectivamente, de perfección de primer y segundo grado, como pasos previos a la ejecución del contrato, momento este que podría incluso diferirse en el tiempo.

La eficacia del contrato coincidirá con el momento de su perfección cuando este sea un contrato de perfección instantánea, esto es, cuando su preparación sea obra de un solo acto de los otorgantes, al no haber sido precedido por ningún otro⁵, lo cual tiende a suceder en los contratos de escaso valor económico o consistentes en operaciones estandarizadas, que no precisan de elaboración o discusión algunas. Aún así, en estos casos de perfecciones instantáneas se pueden distinguir nítidamente los diversos pasos de su formación, no obstante se hallen concentrados en un solo acto⁶.

Mientras tanto, cuando hablamos de contratos en los que la perfección⁷ es diferida, el *iter* formativo suele arrancar con los tratos preliminares, que, de inicio, podemos afirmar carecen de fuerza negocial; se continuará con los contratos preparatorios en sus diversas modalidades (acuerdo de intenciones, contratos normativos, pacto preferencial, contrato de opción o precontrato), que, en contraposición a los primeros, cuentan ya con fuerza obligatoria, si bien no contengan aún el contrato definitivo; y llegaríamos, por fin, al estadio de los contratos definitivos que se pretenden celebrar y resultan de la aceptación de la oferta contractual.

II. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PRECONTRATO

Uno de los temas más controvertidos en torno a la figura del precontrato es el relativo a su naturaleza jurídica⁸, cuestión en modo alguno baladí, puesto que dependiendo de cuál sea la postura que se asuma al respecto, se podrá explicar tanto el fenómeno de la formación del contrato como la relación que media entre esta y el contrato definitivo al que se tiende.

En virtud del precontrato, las partes se vinculan antes de la consecución del contrato que definitivamente pretenden realizar, de tal manera que con ello se preparan y aseguran situaciones jurídicas venideras, si bien no se genere inmediatamente aún eficacia en el contrato proyectado.

Aun cuando el contrato definitivo iniciado por el precontrato exigiera de una nueva declaración para su consumación, partiendo de la consideración tradicional⁹ que lo reputa como pacto *de contrahendo*, ello no representaría una traba al principio de libertad contractual, pues, incluso si admitiéramos en este caso que estamos ante un acto debido personalísimo, no por tal motivo perdería el carácter de acto jurídico voluntario y, aunque tampoco fuera susceptible de coerción ni objeto de ejecución forzosa, llegado el caso, el juez podría así estimarlo, en el supuesto de que el obligado a prestar el consentimiento no lo hiciera en el plazo estipulado.

De tal manera que el precontrato no es un mero contrato preparatorio que fija las bases de un segundo¹⁰ pues, de estimarlo así, la insuficiencia de estas nos conduciría a tener que exigir una nueva declaración de voluntad sobre los extremos no desarrollados previamente con plenitud; y, por el contrario, si las líneas básicas fueran ya completas, el contrato definitivo no constituiría un desarrollo de aquellas, sino más bien la puesta en marcha del precontrato.

Precontrato y contrato definitivo constituyen, pues, dos secuencias de un mismo hilo argumental imbricadas, entre sí, por la unidad funcional que media entre uno y otro. Por tal motivo, sus requisitos de forma y capacidad han de coincidir para evitar alguna que otra incoherencia, como sería la posible ineficacia del contrato definitivo por no cumplir este sus propios requisitos, no obstante haberlos cumplido en el precontrato. Sin embargo, de admitir una pretendida extensión de los requisitos de validez del contrato definitivo a los del precontrato, habría de entenderse dicha extensión siempre con un diferente alcance y contenido¹¹.

De ahí que consideremos que el precontrato constituye, por sí solo, un contrato a través del cual las partes resultan ya obligadas¹², sin perjuicio de que su contenido estribe en el compromiso adoptado por los contratantes para realizar tal o cual comportamiento dirigido a la consecución del contrato definitivo¹³ que se pretende alcanzar.

III. EFECTOS JURÍDICOS DEL PRECONTRATO

1. EXIGENCIA DE CONCLUSIÓN O CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DEFINITIVO

Difícilmente podemos entender una situación jurídica unitaria cuando hablamos de precontrato, toda vez que pueden darse distintos grados de vinculación con disparidad de finalidades. De ahí las críticas vertidas en torno a una construcción dogmática uniforme del precontrato y su eficacia¹⁴, razón por la cual sea más atinado estudiar los efectos que deban atribuirse a un supuesto concreto en función del fin perseguido por los contratantes¹⁵ para, a partir de ahí, proceder a su calificación.

Queda superada ya la concepción que tachaba de inútil la figura del precontrato por carecer de eficacia para asegurar situaciones jurídicas futuras¹⁶, al entender que el mismo fin pretendido —suspensión o aplazamiento de la ejecución de un contrato perfecto— podía lograrse mediante un contrato sujeto a plazo o condición; en efecto, en la actualidad, se reputa como una figura frecuente en la práctica en cuya virtud los interesados pueden quedar vinculados antes de completar el contrato definitivo¹⁷ y, con ello, alcanzan fines prácticos dignos de protección sin provocar todavía una inmediata eficacia del negocio¹⁸, tal como sucede cuando las partes cuentan con algún impedimento para concluir en un momento determinado el contrato definitivo, fuere cual fuere el motivo para ello¹⁹, de tal manera que las partes desean que el contrato prometido exista o tenga vigor en el futuro, pero no ahora²⁰, ya instando a que el juez supla la voluntad del otorgante renuente, o entendiendo la vigencia del contrato definitivo desde cierto momento, o bien, de ser infungible la voluntad individual, traduciendo la negativa en la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Por ello, podemos afirmar que el convenio consensual que proyecta la celebración de un contrato futuro definitivo —precontrato—, aun cuando no reúna todos los requisitos exigidos para la realización de este, obliga a las dos partes a su cumplimiento²¹, y con mucha más razón, claro está, cuando los reúna²². El precontrato cumpliría su función en el tráfico jurídico al obligar a las partes a concluir el contrato futuro que, de momento, no pueden o no quieren celebrar. Así pues, en la medida que el precontrato genera una acción tendente a exigir el cumplimiento del contrato definitivo, deberá contener los elementos esenciales de este último (término cierto, capacidad y forma)²³.

En efecto, si partimos de la hipótesis por la cual el precontrato constituye un acuerdo previo que ha de ir seguido de un consentimiento posterior, según predica la teoría tradicional, estaríamos en presencia de un contrato cuyo contenido obligaría a celebrar otro posterior²⁴, esto es, por su través nacería un vínculo jurídico que consistiría en *obligarse a obligarse*. En su virtud el objeto del precontrato consistiría en una obligación de hacer (*facere*)²⁵, la emisión de una declaración, y tendría fuerza vinculante, si bien atemperada por su propia

esencia al tratarse de un acto estrictamente personal. Así pues, el precontrato resultaría un acuerdo previo que ineludiblemente debería ir seguido de un consentimiento posterior de obligado cumplimiento, de conformidad a las reglas generales de formación del contrato, ya sea instantánea o diferida.

Por otro lado, si el precontrato se considera un contrato preparatorio en el que se asientan las bases del contrato que se desarrollará con posterioridad²⁶, en él se habrían de incluir todos los requisitos que debiera contener el contrato definitivo: la capacidad sería la requerida para la válida conclusión del contrato definitivo; un plazo para la conclusión del contrato proyectado que, de no haber sido fijado, pudiera determinarlo el juez; y un consentimiento ya implícito en el precontrato. De ahí que, según este argumento, el precontrato no generaría la obligación de contratar, sino más bien una obligación de cooperar²⁷, de desarrollar lo ya pergeñado, cuyo incumplimiento, al tratarse de una prestación fungible, permitiría al juez suplir dicha actuación, no actuando en nombre del obligado, sino declarando verificado el resultado pretendido en el precontrato. En este sentido, el precontrato se extinguiría por consumación, esto es, cuando el contrato proyectado fuera cumplido conforme a las bases establecidas previamente.

De no ser suficientes las bases del precontrato por carecer de alguno de los requisitos requeridos en el contrato proyectado, se precisaría una nueva declaración de voluntad²⁸, un nuevo acuerdo sobre los aspectos que no hubieran sido perfilados; y, de ser suficientes aquellas, la cooperación requerida tendría el efecto no de desarrollar las bases, sino de ponerlas en vigor.

Sin embargo, si entendemos que el precontrato es una fase de un *iter* contractual complejo de formación sucesiva²⁹, la auténtica perfección del contrato tendrá lugar cuando una parte exija a la otra la puesta en vigor del contrato definitivo, supuesto en el cual este último será exigible. Partiendo de una pretendida unidad funcional en la relación jurídica configurada³⁰, aun así distinguiríamos dos fases claramente diferenciadas: una primera, en la que se acuerda el contrato proyectado, con la facultad de exigir su cumplimiento³¹, con causa propia y cierto carácter independiente, lo que llevaría a afirmar que todavía no afloran en ella ni los derechos ni los deberes propios correspondientes a la relación jurídica de la fase definitiva; y la segunda, que constituye la exigencia de la primera, mediante el ejercicio de la facultad mencionada.

El plazo de duración del precontrato se erige en un elemento esencial del mismo, toda vez que, orientado a la celebración de un contrato definitivo, se considera como una obligación a término³². Así es, parece lógico pensar que ninguna de las partes que ha celebrado el precontrato hubiera querido vincularse por tiempo indefinido a favor de la contraparte, razón por la cual si en el precontrato no se ha fijado el tiempo en el que se haya de realizar el contrato definitivo, habrá que deducirlo de la intención de los contratantes tras la correspondiente indagación.

En efecto, la exigencia de cumplimiento del contrato definitivo se podrá llevar a cabo en el plazo señalado para ello, en el caso de haber sido estipulado. En torno a la naturaleza del mencionado plazo, habrá que estar a la voluntad de las partes para su determinación³³, en el marco de la interpretación del negocio jurídico: si las partes recíprocamente han querido efectiva e indubitablemente fijar el plazo como límite al ejercicio del derecho, estaríamos en presencia de un plazo de caducidad, situación que en modo alguno podría presumirse; pero si, por el contrario, el plazo solo opera como el tiempo en que se ha de verificar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, no podríamos hablar en tal supuesto de un plazo sujeto a caducidad, sino a prescripción³⁴.

Consecuencia natural del precontrato en el que se fija un plazo para la celebración del contrato prometido es que, transcurrido el lapso sin haber celebrado el contrato definitivo, el compromiso adquirido resulta incumplido y, de tratarse de un plazo de caducidad, según lo afirmado con anterioridad *ut supra*, el contrato *queda caducado*³⁵.

De no mediar plazo expreso para hacer exigible el contrato definitivo, este podría ser implícito, al poder deducirse de la propia voluntad de las partes contratantes; o bien, subsidiariamente, judicial, al prudente arbitrio de los tribunales «*cuando de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor*», en cuyo caso los jueces «*fijarán la duración de aquel*», según establece el artículo 1128 de nuestro Código Civil, norma general de las obligaciones, que resultaría extensible también al precontrato.

No obstante, si del texto o de las circunstancias concurrentes no se pudiera proceder a determinar el plazo, el precontrato sería ineficaz³⁶, puesto que todo indicaría que las partes carecerían de un propósito serio de contratar. En efecto, el precontrato debe incluir un plazo para consumir el contrato definitivo, por la propia naturaleza del mismo, erigiéndose en un elemento esencial, dado que, por su través, se ha creado una obligación a término, esto es, no podemos hablar aquí de que, por no existir plazo, estamos en presencia de una obligación pura y simple, cuyo cumplimiento pudiera ser exigible desde luego, inmediatamente, toda vez que, al celebrar un precontrato, las partes no quieren, o no pueden, o incluso no les interesa celebrar en dicho momento el contrato definitivo proyectado, razón por la cual posponen su consumación para más adelante.

2. EL INCUMPLIMIENTO DEL PRECONTRATO Y SU POSIBLE EJECUCIÓN FORZOSA: UNA VISIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COMPARADO

El efecto principal del precontrato es generar la obligación de las partes de celebrar en su día el contrato definitivo; de ahí que, en el caso de incumplimiento de esta obligación, nazca una acción emanada del precontrato tendente a exigir la conclusión del contrato definitivo.

Quienes han negado la figura del precontrato³⁷ consideran que el incumplimiento del compromiso adquirido desencadenaría exclusivamente una indemnización por daños y perjuicios, lo que restaría buena parte de su utilidad, puesto que una sentencia condenatoria difícilmente podría suplir un consentimiento que ni siquiera ha sido prestado. En su virtud, el crédito que emana del precontrato solo perseguiría obtener la consiguiente reparación o resarcimiento —*id quod interest*—, esto es, el acreedor vería transformado en tal supuesto el cumplimiento en especie en un cumplimiento por equivalente.

Cuando las partes contratantes emplazan para el futuro, no solo la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la determinación de sus elementos y circunstancias, el incumplimiento por una de las partes llevará a la contraparte a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios que le hubieran sido ocasionados.

En la medida que el precontrato genera obligaciones de hacer, surge la cuestión de la posible ejecución forzosa de las obligaciones de hacer tendentes a la conclusión del contrato definitivo. De entender que el consentimiento es fungible en este caso, por hallarse expresado en la promesa, se otorgaría la posibilidad de un cumplimiento forzoso mediante una sentencia que tendría un carácter constitutivo³⁸; sin embargo, si entendemos que se trata de un hacer infungible³⁹, la condena ante la negativa a celebrar el contrato se traduciría en el correspondiente resarcimiento de daños y perjuicios. Al efecto de fijar opinión se ha de deslindar claramente la negativa a escriturar o documentar un negocio jurídico ya perfeccionado, por un lado, cuya sentencia supletoria del título sería declarativa, y la negativa a expresar el consentimiento para celebrar el contrato definitivo⁴⁰, por otro.

Frente a la posición tradicional que niega la posibilidad de la ejecución forzosa respecto de la obligación de concluir un contrato, sobre la base del contenido de este consistente en un hacer personalísimo e infungible (la prestación del consentimiento), sin embargo, el hecho de que puedan emanar del juez procedimientos constitutivos podría avalar la tesis del carácter constitutivo de una sentencia dictada por él en el supuesto de incumplimiento de la obligación de concluir el contrato definitivo por alguna de las partes que lo hubieran suscrito, criterio ya incorporado de forma expresa en el Código Civil italiano de 1942 en su artículo 2932⁴¹, y completado por el artículo 2908, que se refiere precisamente a las sentencias constitutivas. Para ello, partimos de la distinción entre sentencias declarativas, condenatorias⁴² y constitutivas, según declaren o reconozcan derechos, impongan una determinada conducta o comportamiento, o bien configuren, creen o constituyan derechos, en clara correspondencia con las acciones que las hayan generado (acciones declarativas, de condena, o constitutivas, respectivamente), y los derechos que se hayan defendido (derechos subjetivos en general, derechos de crédito y derechos potestativos, por este orden).

Tanto la doctrina⁴³ como la jurisprudencia italianas, mayoritariamente, reputan sentencia constitutiva con efectos *ex nunc* la decisión del juez contemplada en el artículo 2932 del Código Civil italiano, a pesar de la desatinada inclusión del mencionado precepto en sede de ejecución forzosa y de que por su propia esencia la sentencia constitutiva no es susceptible de ejecución forzosa⁴⁴; no obstante alguna voz discrepante aboga por afirmar estar en presencia de un caso de ejecución en especie de carácter particular⁴⁵, o por entender que se trata de un procedimiento de ejecución específica, si bien no existe propiamente un procedimiento de ejecución forzosa, ya que la satisfacción de la pretensión opera directamente merced a la sentencia que, a su vez, decide la controversia⁴⁶.

No obstante, no faltan las críticas a la solución prevista para concretar la voluntad de contratar expresada en el precontrato, toda vez que, aun admitiendo que se trate en verdad de una sentencia constitutiva, solo podríamos hablar en puridad de ejecución forzosa en forma específica si se tratara de una sentencia condenatoria de la celebración del contrato para suplir la voluntad del incumplidor por la sentencia del juez, y únicamente en el caso de no darse un acatamiento voluntario de la condena. Y ello en virtud de la dicotomía planteada en su momento sobre el particular⁴⁷: ya atribuir a la sentencia el carácter de ejecución forzosa de la obligación en forma específica, ya atribuir carácter constitutivo a la sentencia judicial con relación al contrato definitivo al que el precontrato tiende.

Distinto es el criterio prescrito en el Derecho alemán, concretamente en el párrafo 894 del ZPO, donde *ex lege* se atribuye a la sentencia dictada el carácter de condenatoria⁴⁸, lo que lleva aparejada la ejecución forzosa en forma específica de la obligación⁴⁹, de tal manera que, en su virtud, se puede sustituir u obviar la manifestación de voluntad del obligado en el precontrato.

En el ámbito latinoamericano, el Código Civil de México destaca por su amplia regulación sobre el particular⁵⁰, apenas comparable con ninguna otra del área geográfica. Es cierto que versiones anteriores (Código Civil de 1870 y de 1884)⁵¹ a la actual de 1928 ya admitieron, en los artículos 2947-2949 y 2819-2821, respectivamente, la promesa de compraventa, un contrato innominado no sujeto a requisitos formales ni de fondo, en cuya virtud la parte incumplidora de la promesa por una causa que le fuera imputable perdería las arras entregadas, de ser el comprador quien incumpliera, o bien serían devueltas por duplicado, en el caso de que el incumplimiento de la promesa proviniera del vendedor⁵².

Sin embargo, el vigente Código Civil mexicano de 1928 opta por regular detalladamente en sus artículos 2243-2247 la figura de la promesa de contrato en general, lo cual torna innecesaria una regulación específica respecto a la promesa de compraventa en particular. La nueva situación propiciará que la doctrina repunte la promesa de contrato como un contrato típico y sea estudiado con el resto de los contratos especiales⁵³, a diferencia de lo que sucede en otros

ordenamientos en los que su estudio queda ubicado en el marco de la teoría general del contrato.

En efecto, comienza la regulación señalada con la admisión de la figura en ciernes⁵⁴, que puede presentarse tanto en su modalidad unilateral como bilateral⁵⁵; y que se sujeta a unos requisitos de validez⁵⁶, ya formales (ha de constar por escrito), ya de fondo (contener los elementos característicos del contrato definitivo, y limitarse a tiempo cierto).

Por lo que se refiere a su eficacia, la promesa de contrato solo origina una obligación de hacer —*facere*—, consistente en la celebración del contrato proyectado según lo ofrecido en aquella⁵⁷. Y en lo atinente al incumplimiento de la promesa de contrato, nos encontramos con un procedimiento, un tanto curioso por su originalidad, de ejecución en especie de la obligación de hacer que surge de aquella y consiste en la conclusión del contrato proyectado. Así es, será el juez quien concretará el efecto final del precontrato, pero no a través de una sentencia que supla la omisión de la declaración a cargo del renuente; ni siquiera por medio de una sentencia que produzca el efecto del contrato definitivo perseguido, lo que le atribuiría un carácter marcadamente constitutivo, sino que dicha concreción judicial se llevaría a cabo mediante la suscripción por el juez del contrato⁵⁸: así es, pues si el promitente rehúsa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía, los firmará el juez, con la excepción del caso en que la cosa ofrecida hubiera sido transmitida a título oneroso a un tercero de buena fe, supuesto en el cual la promesa quedaría sin efecto, y su autor respondería frente a la contraparte de todos los daños y perjuicios que le hubiera irrogado.

El Código Civil de Chile⁵⁹ regula la promesa de contrato en su artículo 1554 al declarar que no produce obligación alguna, a menos que concurren una serie de circunstancias: constancia por escrito; contrato prometido que no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces; promesa contentiva de un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y especificación del contrato prometido de tal manera, que solo falte para su perfección, o la tradición de la cosa, o las solemnidades prescritas por las leyes.

Cumplidos estos requisitos, la promesa realizada origina una obligación de hacer (*facere*), que se someterá al régimen jurídico general de esta clase de obligaciones⁶⁰: en efecto, si el deudor incurriera en mora, el acreedor podrá pedir, además de la indemnización por ella, cualquiera de estas tres opciones, a su elección: 1) apremio al deudor para ejecutar el hecho convenido; 2) autorización para su ejecución por él mismo a través de un tercero a expensas del deudor; o, por fin, 3) indemnización a cargo del deudor de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

En cuanto al Derecho colombiano, como sabemos, su Código Civil⁶¹ de 1873, es un claro exponente de los Códigos que siguen la estela del Código Civil chileno de Andrés Bello de 1855. Precisamente, en virtud del artículo 89

de la Ley 153 de 1887, por la que se adiciona y reforma los códigos nacionales, entre ellos el Código Civil, se deroga el anterior artículo 1611, el originario, que es sustituido por el actualmente vigente, que regula la promesa para celebrar contratos, figura que queda claramente diferenciada de los tratos preliminares y adquiere la consideración de verdadero contrato⁶² cuya finalidad es obligar a las partes que lo suscribieron a celebrar un contrato definitivo ulteriormente.

En virtud de la redacción original del Código Civil, la promesa de contrato carecía de efectos⁶³, situación que cambia a partir de la mencionada reforma de 1887, que se mantiene en la actualidad, siguiendo el criterio ya apuntado por el Código Civil chileno casi en su literalidad, toda vez que se confiere a la promesa de contrato la obligación de celebrarlo en el caso de que concurren ciertos requisitos⁶⁴: 1) que la promesa conste por escrito; 2) que el contrato a que la promesa se refiere no sea de los que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 (hoy 1502) del Código Civil; 3) que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; y 4) que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. En todo caso, continúa el precepto invocado señalando que los términos del contrato prometido solo se aplicarán a la materia sobre la que se ha contratado, en una clara manifestación de la necesidad de interpretar restrictiva y no extensivamente el contenido del precontrato.

La materia debe ser complementada con la previsión contenida en el artículo 861 del Código de Comercio colombiano, que reconoce también la eficacia de la promesa de contrato, de la que surgirá una obligación de hacer, para cuyo cumplimiento el acreedor podrá, por la vía ejecutiva, elegir⁶⁵ entre solicitar el cumplimiento de la obligación más la indemnización de los perjuicios derivados de la mora; la reparación de los perjuicios compensatorios emanados del incumplimiento de la obligación; o bien, proceder al cumplimiento de la obligación por medio de un tercero a costa del incumplidor.

En el supuesto de que la obligación de hacer emanada de la promesa de contrato consista en el otorgamiento de una escritura y existiera ya un título ejecutivo, el cumplimiento de aquella podría solicitarse a través del correspondiente procedimiento ejecutivo. A tal efecto, el deudor de la referida obligación de hacer deberá suscribir el documento en plazo pues, de lo contrario, lo suscribirá en su nombre la autoridad judicial⁶⁶.

Por lo que se refiere al Derecho venezolano, se sigue un criterio similar al apuntado con anterioridad cuando nos hemos referido al Derecho alemán en el párrafo 894 del ZPO. Así es, en el caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del precontrato, nada obsta para intentar la acción resolutoria⁶⁷ del mencionado contrato preliminar. Sin embargo, no sería posible, a diferencia de lo que sucede en el caso italiano⁶⁸, demandar a la contraparte a los fines de que sea condenada a celebrar el contrato, sino que más bien lo procedente sería

el ejercicio de una acción tendente a exigirle el cumplimiento del contrato y, solo en el supuesto de que el condenado no observara la sentencia condenatoria respecto a dicho cumplimiento, esta supliría su manifestación de voluntad, porque así lo establece el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil⁶⁹ de 1986, hoy vigente.

En efecto, el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil contempla una sentencia y un mecanismo que, por su operatividad, entraría en el marco de la ejecución forzosa en especie⁷⁰, toda vez que confiere al juez la facultad de condenar a prestar el consentimiento a la parte que haya rehusado prestarlo, de tal forma que si la parte demandada perdidoso no cumpliera voluntariamente la sentencia, su declaración se tuviera por emitida o sustituida en virtud del fallo judicial dictado. Es decir, el legislador acude a la ficción de entender sustituido el consentimiento omitido como consecuencia de la sentencia condenatoria⁷¹, solamente en el caso de que el contratante demandado incumpliera la obligación que recae sobre él de concluir el contrato perfeccionado en el precontrato.

Para ello se requiere que la obligación cuya ejecución específica se reclama sea de posible ejecución y que la ejecución no esté excluida por el contrato. Analicemos ambos requisitos por separado.

En torno a la *posibilidad* de su ejecución, ha de ser posible tanto jurídica, como física o materialmente⁷². Así es, por ejemplo, ante un precontrato de compraventa en el que el vendedor hubiera vendido la cosa objeto de la venta a un tercero, la contraparte compradora no podrá intentar la acción de ejecución específica del precontrato, sino más bien la pertinente acción de daños y perjuicios. La misma solución aplicaría en el caso de que de manera sobrevenida surgiera una prohibición legal de enajenar la cosa que constituyera el objeto del precontrato celebrado⁷³ (supuesto de causa extraña no imputable en su versión de hecho del príncipe⁷⁴). En ambos casos reseñados (venta de la cosa enajenada y prohibición legal de enajenar sobrevenida) nos hallaríamos ante supuestos de imposibilidad jurídica de la obligación, cuya ejecución en forma específica se pretende.

En tanto que desde el punto de vista físico o material, hablaríamos de imposibilidad de ejecución específica de la obligación cuando la cosa objeto del precontrato fuera determinada y pereciera posteriormente a la celebración del precontrato⁷⁵; o también cuando su objeto constituyera una cosa genérica que requiere del concurso del deudor para su individualización —especificación—, si esta especificación no se produce, por entenderse que la intervención de aquel tiene un carácter insustituible⁷⁶, ni siquiera a través de una sentencia judicial.

La doctrina italiana⁷⁷ sumaría como ejemplo de imposibilidad física o material de la obligación cuya ejecución específica se reclama el caso de insuficiente determinación en el precontrato de los elementos esenciales del contrato definitivo, ocasión que abriría la iniciativa, ante el fracaso de una pretendida ejecución

específica, a una acción por resarcimiento de daños. Tal apreciación permite presentar la clara distinción entre precontratos abiertos y cerrados⁷⁸, según que los elementos esenciales del contrato definitivo resultaren indeterminados, en el primer caso, o bien hubieran sido total y suficientemente determinados, en el segundo.

La segunda premisa a que hace mención el referido artículo 531 del CPC con relación a la ejecución específica de la obligación que se reclama es que dicha ejecución *no esté excluida por el título*, lo cual podría ser así como consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad, esto es, porque así lo han estipulado las partes⁷⁹. En todo caso, la mera inclusión de una cláusula penal en el precontrato no habría de interpretarse como una exclusión de la ejecución en forma específica del precontrato⁸⁰, toda vez que la regulación convencional de los daños por medio de una cláusula penal no presume la voluntad de las partes de querer excluir el ejercicio de dicha acción⁸¹, sino que se requeriría para ello una manifestación unilateral de voluntad en este sentido.

Así pues, de haber sido excluida mediante una cláusula la ejecución en forma específica del precontrato, en el caso de su incumplimiento por una de las partes, la otra solamente contará con el recurso al resarcimiento de daños y perjuicios, todo ello al margen de una eventual fijación convencional de estos mediante una cláusula penal. En su virtud y, siguiendo la doctrina italiana⁸² en este aspecto, podríamos así distinguir entre los precontratos que admiten su ejecución específica, frente a los que no la permiten.

Por lo que se refiere a nuestro país, España, ante la situación de incumplimiento de la obligación de ultimar el contrato definitivo apuntado por el precontrato, nacería de este una acción tendente a exigir su cumplimiento⁸³, como ya hemos señalado anteriormente, y surge la polémica ante la duda de si tal acción solo puede estar dirigida a obtener una reparación de daños y perjuicios para el caso de incumplimiento contractual —cumplimiento por equivalente—, o más bien podría llevar aparejada consigo la consecuencia de que fuera la autoridad judicial quien supliera el consentimiento omitido a los efectos de alcanzar el resultado práctico pretendido en el precontrato —ejecución o cumplimiento en forma específica⁸⁴.

En efecto, si partimos de la consideración de que la prestación del consentimiento en torno al futuro contrato constituye un acto jurídico personalísimo, *intuitu personae*, la sentencia judicial no podría sustituir dicho consentimiento⁸⁵. No obstante, lo afirmado podría ser puesto en entredicho si consideramos que el precontrato otorga más bien una acción para exigir judicialmente que el juez permita alcanzar el resultado que se hubiera logrado de haberse llevado a cabo el contrato definitivo, a menos que la prestación prometida fuera de carácter infungible, o que las líneas básicas previstas en el precontrato resultaran insuficientes⁸⁶, supuestos ambos en los que el precontrato no podría lograr su pleno cumplimiento y ejecución.

Un ejemplo del reconocimiento de la posible ejecución específica de un precontrato lo encontramos en la hoy derogada Ley de Arbitraje de 1953, que se pronunció en su oportunidad a favor de la ejecución específica del contrato preliminar de arbitraje a través del mecanismo denominado formalización judicial del compromiso que, como su nombre indicaba, consistía en la intervención judicial para obligar a la parte que se negara expresa o tácitamente a cumplir su convenio primigenio a estar y pasar por el mismo o, en su defecto, por las declaraciones emitidas por el juez en su lugar⁸⁷.

Como sabemos, la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje difiere del contrato de compromiso⁸⁸, puesto que en aquella se contiene una convención en cuya virtud las partes, en previsión de las futuras divergencias que entre ellas puedan surgir, preparan el arbitraje⁸⁹, de tal manera que se comprometen previamente, ya como pacto principal, ya como pacto accesorio, a instituirlo llegado el momento. Se trata de un contrato preliminar o precontrato, pues, a diferencia del contrato de compromiso propiamente dicho, dirigido a extinguir una controversia ya nacida e investir a los árbitros a tal fin, la cláusula compromisoria⁹⁰ constituye un contrato preliminar o precontrato anexo por lo general a otro en función de la potencial controversia que se pueda plantear en el futuro entre las partes. La mencionada Ley de 1953 le atribuyó la tipicidad de la que carecía⁹¹, si bien su validez ya estuviera amparada con antelación como consecuencia del principio de la libertad contractual.

Por todo lo dicho, se llegó a discutir cuál sería la consecuencia jurídica fundamental de este contrato preliminar⁹²: ya el general de todo contrato, que vincula a las partes a observar lo pactado —*pacta sunt servanda*—, de tal manera que en el caso de incumplimiento, el juez, lejos de subrogarse de oficio en lugar de los contratantes, se limitaría a fijar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios irrogados; bien el de un contrato que posibilitaría su cumplimiento en forma específica, de tal modo que el juez podría nombrar de oficio árbitros en sustitución del contratante incumplidor; o, por fin, una postura mixta⁹³, que conciliaría las dos anteriores, dependiendo de si la cláusula compromisoria verificaba o no la designación de los árbitros que habrían de dirimir la controversia, pues en caso afirmativo el contrato permitiría su cumplimiento específico y, en el caso contrario, esto es, de no haberse verificado tal designación, estaríamos en presencia de un mero precontrato.

La mencionada Ley de 1953 adopta el criterio de la posible ejecución específica para el supuesto de incumplimiento del contrato preliminar de arbitraje por alguno de los que lo hubieran suscrito. Así es, ante el caso señalado, la otra parte, previa justificación notarial de la negativa del contrario e indicando el nombre del árbitro o árbitros propuestos y los elementos constitutivos de la escritura de compromiso, podría acudir ante el juez pidiendo la formalización judicial del compromiso⁹⁴; si el juez estima con lugar la formalización del compromiso, realizará las declaraciones necesarias, entre ellas, el nombramiento de

los árbitros y la fijación de las cuestiones que se han de resolver⁹⁵, en cuyo caso podría atacarse la validez del contrato preliminar mediante los recursos establecidos para impugnar el laudo; y, si el juez deniega la formalización judicial solicitada, la petición podría reconducirse en el correspondiente juicio ordinario.

Ideas y criterios apuntados y subrayados abiertamente en la Exposición de Motivos del mencionado texto legal, en la que se señalaba que: «(...) *los artículos sexto a undécimo regulan, con carácter de rigurosa novedad en el derecho positivo, la figura de la llamada cláusula compromisoria, la cual, si bien tiene vida e importancia en la práctica, carecía hasta ahora, de un cuerpo de disposiciones legales en que se pudiera refugiar el intérprete necesitado de encontrar soluciones concretas a su respecto. El contrato preliminar de arbitraje, sea o no una auténtica cláusula contractual, queda legalmente reconocido en el artículo sexto, como figura distinta y más sencilla que el compromiso y, por lo tanto, con requisitos menos rigurosos para su estipulación (arts. séptimo y octavo). Pero, sobre todo, la trascendencia de la Ley en este sentido es el establecimiento, en los artículos noveno, diez y once, especialmente en el artículo diez, del otorgamiento a este contrato preliminar de una eficacia positiva y específica, que consiste en poder obtener del juez las consecuencias del contrato, aunque alguna de las partes se niegue a formalizarlo. Se ha ordenado, pues, una intervención judicial, con vistas a lo que se llama formalización judicial del compromiso, la cual, caso de prosperar, obviará definitivamente el obstáculo que hoy supone, para la eficacia de estas cláusulas, la consideración de que, por tratarse de declaraciones de voluntad, esto es, de un hacer infungible, el juez no puede ejecutarlas específicamente en caso de incumplimiento del obligado. La intervención judicial se ha reducido, no obstante, a sus mínimas dimensiones, pues solo consiste en una petición de parte, con posible oposición de la contraria, y una resolución judicial por medio de auto, que no es directamente recurrible, aunque quepa discutirlo más tarde, en las hipótesis que la propia Ley establece. El criterio de la Ley aparece, pues, aquí radicalmente inspirado en el seguimiento y armonización de aquellos dos principios de sencillez y eficacia de que antes se habló (...)*».

No obstante lo señalado, la Ley de Arbitraje de 1988, que derogó la anterior de 1953, en su Título I delimita el objeto sobre el que puede recaer el arbitraje, razón por la cual separa esta institución de otras figuras afines⁹⁶ y elimina la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso que efectuaba la Ley de 1953⁹⁷. Criterio ratificado también por la vigente Ley de Arbitraje de 2003, recientemente reformada en 2011⁹⁸.

El convenio arbitral, instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición, puede tener por objeto cuestiones tanto presentes como futuras⁹⁹. Se trata con ello de superar la relativa ineficacia de la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje¹⁰⁰, que solía estipularse antes del nacimiento real de la controversia

entre las partes, obligando con ello, por la misma naturaleza de las cosas, a exigir su formalización judicial cuando la controversia ya existía.

Por su través, el convenio arbitral obliga a las partes a someter a arbitraje las diferencias, o algunas de ellas, presentes y futuras¹⁰¹, que puedan surgir entre ellas respecto a una relación jurídica cuyo asunto sea susceptible de constituir objeto de arbitraje¹⁰². Con ello, se suprime la necesidad de acudir a los órganos judiciales para formalizar la controversia sometida a arbitraje, lo cual implica una paradoja con la propia esencia del arbitraje¹⁰³, cual es evitar la intervención de la jurisdicción. Así pues, solamente se requiere acudir a la jurisdicción, y a título excepcional, en ciertas actuaciones complementarias que tienden al control de la actuación de los árbitros¹⁰⁴ cuando se pretende anular el laudo dictado.

De la misma manera, la Compilación navarra admite la ejecución forzosa en forma específica para el caso del incumplimiento del precontrato. Así es, en su articulado se aplica a la obligación que surge del contrato preliminar las reglas relativas al contrato prometido, y en cuanto a los elementos accidentales del contrato no previstos en el precontrato, establece que se determinarán conforme *al uso, la costumbre y la ley, o en su defecto, por el juez*¹⁰⁵.

Aún así, la intervención del juez para suplir la voluntad del precontratante incumplidor puede presentar más o menos dificultades en función de la mayor o menor determinación del contenido de la obligación que emana del precontrato¹⁰⁶: en efecto, puesto que en, caso afirmativo, la sustitución por el juez de la prestación de hacer incumplida por alguno de los precontratantes no presentaría problemas, en principio, lo que se traduciría en un ejemplo de cumplimiento forzoso en forma específica de la obligación, y no en un mero derecho a la indemnización frente a su incumplimiento¹⁰⁷; sin embargo, si el precontrato no delimitara alguno de sus elementos esenciales, por haber remitido las partes su fijación a un tiempo posterior, la intervención del juez no supliría el cumplimiento de la obligación emanada del precontrato, sino que más bien se extendería a fijar la prestación misma, lo cual arrastraría la nulidad del precontrato por carecer de objeto, a no ser, claro está, que la intención de las partes fuera precisamente que el juez se encargara de fijar la prestación misma, en cuyo caso, el precontrato no carecería de prestación ni de criterio para determinarla, sino que más bien, por el contrario, contendría una prestación determinable, cuya determinación quedaría en manos de la autoridad judicial.

Así las cosas, dada la falta de homogeneidad mostrada por la jurisprudencia, tal como hemos comprobado con anterioridad, así como el escaso apoyo normativo del precontrato en el Código Civil —art. 1451— el problema práctico suscitado en torno a la figura del precontrato ha sido recurrente¹⁰⁸: en efecto, hemos de preguntarnos si el precontrato es susceptible de cumplimiento forzoso específico cuando alguna de las partes que lo suscribieron, no lo cumpliera, esto es, cuál será la solución en el caso de que nos hallemos ante una situación de

negativa a prestar el consentimiento para consumir el precontrato y, por ende, no se cumpla el contrato definitivo.

No obstante, el problema habrá de abordarse de distinta forma y con otra perspectiva a partir de la nueva redacción del artículo 708 de la LEC relativo a la condena consistente en la emisión de una declaración de voluntad, puesto que este precepto no establece un único régimen jurídico para todos los supuestos que podrían quedar considerados dentro del ámbito del contrato preliminar¹⁰⁹. En efecto, habrá que estar al grado de indeterminación del negocio jurídico del que se trate y de los elementos sobre los que recae esa indeterminación para precisar cuáles son los efectos jurídicos del incumplimiento del precontrato tras la resolución judicial o arbitral firme que condena a emitir una declaración de voluntad transcurrido el plazo de veinte días previsto en el artículo 548 de la LEC, todo ello atendido el régimen jurídico de la legislación procesal en sede de ejecución por obligaciones de hacer y no hacer, de conformidad a lo dispuesto en los Capítulos III y IV del Título V del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, concretamente, en el artículo 708:

Primer supuesto. El Tribunal competente, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. En este caso, el ejecutante podrá pedir que el secretario judicial responsable de la ejecución libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el registro o registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad.

Segundo supuesto. Si, en los casos del apartado anterior, es decir, si están predeterminados los elementos esenciales, no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico.

Tercer supuesto. Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si esta no se emitiera por el condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes.

Así pues, en el caso de incumplimiento de la obligación de hacer que surge del precontrato, el juez podría suplir el consentimiento omitido, a menos que se tratara de prestaciones infungibles¹¹⁰, supuesto en el cual habría que acudir ya a la indemnización de los daños y perjuicios acarreados, o bien a la imposición de una multa mensual, según establece el artículo 709 de la LEC¹¹¹.

Por lo tanto, en un supuesto de cumplimiento forzoso del precontrato, podría sustituirse la voluntad del obligado incumplidor por la del juez, dado que la

obligación nacida en virtud del precontrato es una obligación de hacer —si es fungible—, de manera que el juez podría tener por prestado el consentimiento, limitándose la potencial indemnización¹¹² solamente al caso en que el contrato definitivo no pudiera consumarse por incorporar una obligación de hacer infungible.

Distinto sería el supuesto de la negativa a poner en vigor el contrato definitivo por alguno de los contratantes que se hubieran obligado en virtud del precontrato, ya que en este caso no se precisaría de un nuevo consentimiento para instar a cumplir el contrato proyectado¹¹³, toda vez que ya se habría prestado inicialmente por el contratante ahora relucante y, por ende, no se requeriría del nuevo consentimiento para exigir directamente la puesta en vigor del contrato proyectado.

Evidentemente, otro caso diferente sería cuando alguno de los que celebraron el precontrato se negara a cumplirlo¹¹⁴, que no a ponerlo en vigor, supuesto que encajaría más bien en el de una situación típica de incumplimiento de obligaciones.

IV. CONCLUSIONES

I. El convenio consensual que proyecta la celebración de un contrato futuro definitivo —precontrato—, aun cuando no reúna todos los requisitos exigidos para la realización de este, obliga a las dos partes a su cumplimiento. El precontrato obliga a las partes a concluir el contrato futuro y en la medida que genera una acción tendente a exigir el cumplimiento del contrato definitivo, deberá contener los elementos esenciales de este último (término cierto, capacidad y forma).

II. Si entendemos al precontrato como fase de un *iter* contractual complejo de formación sucesiva, la auténtica perfección del contrato tendrá lugar cuando una parte exija a la otra la puesta en vigor del contrato definitivo, supuesto en el cual este último será exigible. Partiendo de una pretendida unidad funcional en la relación jurídica configurada, aun así distinguiríamos dos fases claramente diferenciadas: una primera, en la que se acuerda el contrato proyectado, con la facultad de exigir su cumplimiento, con causa propia y cierto carácter independiente; y la segunda, que constituye la exigencia de la primera, mediante el ejercicio de la facultad mencionada. El plazo de duración del precontrato se erige en un elemento esencial del mismo, toda vez que, orientado a la celebración de un contrato definitivo, se considera como una obligación a término.

III. El efecto principal del precontrato es generar la obligación de las partes de celebrar en su día el contrato definitivo; de ahí que, en el caso de incumplimiento de esta obligación, nazca una acción emanada del mismo tendente a exigir la conclusión del contrato definitivo. Frente a la posición tradicional

que niega la posibilidad de la ejecución forzosa respecto de la obligación de concluir un contrato, sobre la base del contenido de este consistente en un hacer personalísimo e infungible, la posición del Derecho Comparado sobre el particular es más que variada e ilustrativa:

- a) La doctrina y la jurisprudencia italianas, mayoritariamente, reputan sentencia constitutiva con efectos *ex nunc* la decisión del juez contemplada en el artículo 2932 del Código Civil italiano, a pesar de la desatinada inclusión del mencionado precepto en sede de ejecución forzosa y de que por su propia esencia la sentencia constitutiva no es susceptible de ejecución forzosa. Sin embargo, tal posición no escapa a críticas bien fundadas.
- b) Distinto es el criterio prescrito en el Derecho alemán, concretamente en el parágrafo 894 del ZPO, donde *ex lege* se atribuye a la sentencia dictada el carácter de condenatoria, lo que lleva aparejada la ejecución forzosa en forma específica de la obligación, lo que conduce a sostener que se puede sustituir la manifestación de voluntad del obligado en el precontrato.
- c) Por lo que se refiere al Derecho mexicano, se regula un procedimiento de ejecución en especie de la obligación de hacer que surge de aquella y consiste en la conclusión del contrato proyectado: el juez concretará el efecto final del precontrato, no a través de una sentencia que supla la omisión de la declaración a cargo del renuente, ni siquiera por medio de una sentencia que produzca el efecto del contrato definitivo perseguido, sino que dicha concreción judicial se llevaría a cabo mediante la suscripción por el juez del contrato.
- d) En el caso del Derecho chileno, al igual que el colombiano, la promesa realizada origina una obligación de hacer (*facere*), que se someterá al régimen jurídico general de esta clase de obligaciones, de tal modo que si el deudor incurriera en mora, el acreedor podrá pedir, además de la indemnización por ella, cualquiera de estas tres opciones, a su elección: apremio al deudor para ejecutar el hecho convenido; autorización para su ejecución por él mismo a través de un tercero a expensas del deudor; o, por fin, indemnización a cargo del deudor de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.
- e) En cuanto al Derecho venezolano, se sigue un criterio similar al apuntado en el Derecho alemán. Así es, en el caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del precontrato, nada obsta para intentar la acción resolutoria del mencionado contrato preliminar. Lo procedente sería el ejercicio de una acción tendente a exigir el cumplimiento del contrato y, solo en el supuesto de que el condenado no observara la sentencia condenatoria, esta supliría su manifestación de voluntad, porque así lo

establece el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil de 1986, hoy vigente. Para ello se requiere que la obligación cuya ejecución específica se reclama sea de posible ejecución y que la ejecución no esté excluida por el contrato.

- f) En el Derecho español, el problema habrá de abordarse de distinta forma y con otra perspectiva a partir de la nueva redacción del artículo 708 de la LEC relativo a la condena consistente en la emisión de una declaración de voluntad, puesto que este precepto no establece un único régimen jurídico para todos los supuestos que podrían quedar considerados dentro del ámbito del contrato preliminar. En el caso de incumplimiento de la obligación de hacer que surge del precontrato, el juez podría suplir el consentimiento omitido, a menos que se tratara de prestaciones infungibles, supuesto en el cual habría que acudir ya a la indemnización de los daños y perjuicios acarreados, o bien a la imposición de una multa mensual, según establece el artículo 709 de la LEC.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

STS (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL)

- 9 de julio de 1940.
- 16 de abril de 1941.
- 7 de febrero de 1945.
- 1 de julio de 1950.
- 23 de mayo de 1952.
- 13 de febrero de 1953.
- 27 de febrero de 1954.
- 31 de octubre de 1955.
- 5 de mayo de 1958.
- 2 de febrero de 1959.
- 2 de mayo de 1959.
- 5 de octubre de 1961.
- 6 de febrero de 1962.
- 19 de diciembre de 1963.
- 26 de marzo de 1965.
- 16 de octubre de 1965.
- 7 de febrero de 1966.
- 2 de marzo de 1966.
- 28 de junio de 1974.
- 24 de mayo de 1980.
- 26 de enero de 1982.

- 6 de abril de 1984.
- 26 de octubre de 1984.
- 22 de marzo de 1985.
- 17 de enero de 1986.
- 13 de diciembre de 1989.
- 4 de julio de 1991.
- 24 de diciembre de 1992.
- 27 de mayo de 1993.
- 25 de junio de 1993.
- 28 de noviembre de 1994.
- 23 de diciembre de 1995.
- 28 de diciembre de 1995.
- 26 de noviembre de 1997.
- 24 de julio de 1998.

SENTENCIA DEL JUZGADO SUPERIOR SEGUNDO DEL DISTRITO FEDERAL Y ESTADO MIRANDA (VENEZUELA)

- 15 de septiembre de 1988.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉ, M.; DUMONT, M.; GRIGNON, P. (2005): *L'après-contrat*, París, Editions Lefebvre.
- BLANCO CARRASCO, M. (2009): *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid, Reus.
- BOZZI, G. (2007): *Il contratto preliminare*, Torino, UTET.
- BRANCOS NÚÑEZ, E. (1994): «La opción de compra. La evolución jurisprudencial y su actual utilidad como instrumento habitual en el tráfico inmobiliario», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXXIII, págs. 249-294.
- CALAMANDREI, P. (1945): «La sentenza come atto di esecuzione forzata. Scritti in onore di Alfredo Ascoli», 1930, en *Estudios sobre el Proceso Civil*, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.
- COVIELLO, L. (1902): *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896. Voz: *Contratto preliminare*, en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, III, III, II.
- DE CASTRO y BRAVO, F. (1950): «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 4, págs. 1133-1168.
- DE LOS MOZOS, J. L. (2001): «Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato», en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Madrid/Buenos Aires, Dykinson/Ciudad Argentina.
- DE MATTEIS, R. (1991): *La contrattazione preliminare ad effetti anticipate*, Padova, Cedam.

- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. A. (2002): *Derecho Civil. Contratos*, 2.^a ed., México, Porrúa.
- FARRO, G. (2006): *Il contratto preliminare*, Torino, Giappichelli.
- GABRIELLI, E. (1986): «Il preliminare ad effetti anticipati e la tutela del promissario acquirente», en *Rivista di Diritto Commerciale*, Tomo II, págs. 313 y sigs.
- GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V. (2002): «Perfección, forma y prueba de los contratos», en *Instituciones de Derecho Privado* (coord.: DELGADO DE MIGUEL, J. F.), Tomo III, vol. 1.º, Madrid, Civitas, págs. 323-524.
- GAZZONI, F. (2000): «Contratto preliminare», en *Il contratto in generale* (AA.VV.), vol. XIII, Tomo II del Trattato di Diritto Privato (Bessone, M.), Torino, Giappichelli, págs. 584 y sigs.
- LAUDE, A. (1992): *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- LORCA NAVARRETE, A. M.; SILGUERO ESTAGNAN, J. (1994): *Derecho de Arbitraje español, Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Madrid, Dykinson.
- LUPINI BIANCHI, L. (1991): «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Caracas, julio-diciembre, págs. 9-141.
- *El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa* (2010). Serie Estudios, núm. 85. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2001): *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Madrid, Colex.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (1991): *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid, Civitas.
- MELICH ORSINI, J. (1970): «La ejecución forzosa en especie de las obligaciones de hacer y no hacer en el Derecho venezolano», en *Libro Homenaje a Lorenzo Herrera Mendoza*. Tomo I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, págs. 393-486.
- (2007): «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, págs. 69-134.
- MONTESANO, L. (1970): «Obbligazione e azione nascente dal contratto preliminare», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Tomo IV, Milano, Giuffrè, págs. 1173 y sigs.
- MORO, S. (1934): «El precontrato», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 110, págs. 81-96.
- MOUSSERON, J. M.; GUIBAL, M.; MAINGUY, D. (2001): *L'avant-contrat*, París, Editions Francis Lefebvre.
- OGAYAR AYLLÓN, T. (1955): *Originación contractual y testamentaria del arbitraje*. Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, núm. 41, Valencia.
- OSPINA FERNÁNDEZ, G.; OSPINA ACOSTA, E. (2005): *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Temis.
- PALERMO, G. (1991): *Contratto preliminare*, Padova, Cedam.
- PEREGO, E. (1974): *I vincoli preliminare ed il contratto*, Milano, Giuffrè.
- PRIETO CASTRO, L. (1954): «Una nueva regulación del arbitraje», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 38, págs. 723-733.
- ROCA SASTRE, L. (1979): «Contratos de promesa», en *Estudios de Derecho Hipotecario*, III, Barcelona, Bosch, págs. 324 y sigs.

- RODRÍGUEZ TORRES, J. (1996): *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del número 25 de febrero de 1996 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, Colegio Notarial de Granada.
- ROJAS MONTES, L.; GARCÍA GRANERO MÁRQUEZ, M.; SAPENA DAVO, J. (1989): «La protección de las partes contratantes mediante la intervención notarial en las fases preliminares del contrato de compraventa», en *XIX Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino*. Amsterdam, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.
- ROJINA VILLEGAS, R. (2001): *Compendio de Derecho Civil, 4. Contratos*, México, Porrúa.
- ROMÁN GARCÍA, A. (1983): *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, Montecorvo.
- SÁNCHEZ MEDAL, R. (2004): *De los contratos civiles*, XXI edición revisada. México, Porrúa.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2007): *La opción de compra*, Madrid, Dykinson.
- SASSO, C. (1971): *Il contratto preliminare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè.
- SCHMIDT-SZALEWSKI, J. (1991): *Precontractual Liability: Reports to the XIII Congress International Academy of Comparative Law*. Montreal, Canadá, 1990. Ewoud Hondius, Deventer-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, págs. 153-155.
- SERRAO, E. (2006): *Il contratto preliminare*, Padua, Cedam.
- SPECIALE, R. (1990): *Contratti preliminare e intese precontrattuali*, Milano, Giuffrè.
- TAMAYO LOMBANA, A. (2004): *Manual de obligaciones*, Bogotá, Temis.
- VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. (2001): *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coord.: VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R.; VERDERA Server, R.), Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 256-258.
- VITALONE, V. (2005): *Il contratto preliminare*, Torino, Giappichelli.

NOTAS

¹ MOUSSERON, J. M.; GUIBAL, M.; MAINGUY, D. (2001), *L'avant-contrat*, París, Editions Lefebvre, pág. 14.

² SERRAO, E. (2006), *Il contratto preliminare*, Padova, Cedam, pág. 3.

³ La presencia cada vez más frecuente de contratos normativos y de adhesión, en los que una de las partes establece el contenido del contrato, sin apenas ser discutido por la contraparte, ya nos indica de la presencia de los contratos de formación instantánea en nuestros días, con una más que notable incidencia económica. Ello nos lleva a sostener, sobre la base de este ejemplo, que la formación instantánea del contrato no ha llegado a ser desplazada por la formación diferida. En este sentido, REZZONICO, J. C. (1987), *Contratos con cláusulas predisuestas*, Buenos Aires, Astrea, págs. 215-216.

Sobre el fenómeno de la contratación en masa y sus múltiples manifestaciones, BERNAD MAINAR, R. (2012), *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*, Tomo III, Caracas, Publicaciones UCAB, págs. 44 y sigs.

⁴ Precisamente, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 17 de enero de 1986, pone de manifiesto este aspecto, clara e ilustrativamente.

⁵ LUPINI BIANCHI, L. (1991), «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre, pág. 49.

⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2000), *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: obligaciones y contratos*, Madrid, Dykinson, pág. 237.

⁷ Sobre las diversas y heterogéneas modalidades que pueden integrar la categoría de los precontratos, SCHMIDT-SZALEWSKI, J. (1991), *Precontractual Liability: Report to the XIII Congress International Academy of Comparative Law*. Montreal, Canadá, 1990. Ewoud Hondius, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, págs. 153-155.

⁸ En torno a la naturaleza jurídica del precontrato, GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V. (2002), en AA.VV. (COORD. DELGADO DE MIGUEL, J. F.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo III, Obligaciones y Contratos*, vol. 1.º, Madrid, Civitas, págs. 358 y sigs.

⁹ LORENZO MERINO, F. J. (1992), *La opción de compra en el Derecho español*, Santiago de Compostela, Tórculo Ediciones, págs. 20 y sigs.

¹⁰ RODRÍGUEZ TORRES, J. (1996), *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del número 25. Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, pág. 31.

¹¹ DÍEZ PICAZO, L. (1979), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, pág. 209.

¹² En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 1995.

¹³ Así lo señalan las sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de diciembre de 1989 y 25 de junio de 1993, entre otras.

¹⁴ PUIG BRUTAU, J. citado por LORENZO MERINO, F. J. (1992), *La opción de compra en el Derecho español*, Santiago de Compostela, Tórculo Ediciones, págs. 36-37.

¹⁵ La sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1984, establece que para determinar cuál ha de ser la configuración y eficacia jurídica del precontrato habrá que estar a la intención de las partes; al acuerdo de voluntades y su plasmación objetiva, y a las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

¹⁶ ALGUER, J. (1935), «Para la crítica del concepto de precontrato», en *RDP*, Madrid, págs. 323 y sigs. Tesis seguida por MEZQUITA DEL CACHO (1951), «El pacto de opción y el derecho que origina», en *RCDI*, Madrid, págs. 79 y sigs.; y SÁNCHEZ VELASCO (1952), «Contrato de promesa y promesa de contrato», en *AAMN*, Madrid, págs. 509 y sigs.

¹⁷ PUIG BRUTAU, J. citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2001), *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Madrid, Colex, pág. 376.

¹⁸ DÍEZ PICAZO, L. (1979), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, págs. 205 y 208.

¹⁹ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2000), *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: obligaciones y contratos*, Madrid, Dykinson, págs. 242 y 243. Entre otras razones podríamos citar la falta de autorizaciones pertinentes, liberación de gravámenes, momento inoportuno, imposibilidad económica, situaciones en las que se aconsejaría acudir al precontrato en espera de la realización previamente de algunas operaciones de aproximación o, simplemente, de un momento más conveniente y oportuno.

²⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2001), *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Madrid, Colex, pág. 378.

²¹ MORO, S. (1934), «El precontrato», en *RCDI*, Madrid, págs. 96 y sigs. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 1991. Este es el criterio sostenido por la Ley 516,2 de la Compilación navarra cuando establece que: «*El convenio consensual preparatorio de un contrato futuro, aunque no reúna todos los requisitos exigidos para la celebración del contrato previsto, obliga a las dos partes*».

²² Este es el sentir literal de la Ley 516,1 de la Compilación navarra de 1973 al declarar que: «*La promesa de concluir un contrato futuro obliga a quien la hace siempre que se hayan determinado los elementos esenciales del contrato cuya aceptación se promete*».

²³ Conforme a la posición tradicional, bastaría la capacidad general para obligarse en el precontrato y no la que específicamente requeriría el contrato proyectado, pues será en el momento de celebración de este último cuando ella debiera observarse; y en cuanto a la forma, el precontrato habría de cumplir formalidades solamente cuando el precontrato fuera

solemne, al margen de la forma requerida por el contrato proyectado. Al respecto, ROMÁN GARCÍA, A. (1983), *El precontrato*, Madrid, Montecorvo, pág. 101.

²⁴ Jurisprudencia tradicional de nuestro Tribunal Supremo, de 1 de julio de 1950, 2 de febrero de 1959, 26 de marzo de 1965, 24 de mayo de 1980, 22 de marzo de 1985, 13 de diciembre de 1989, 28 de noviembre de 1994 y 24 de julio de 1998, entre otras.

²⁵ RUGGIERO, citado por Díez Picazo, L. (1979), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, pág. 206.

²⁶ ROCA SASTRE, R. M. (1948), «Contrato de promesa», en *Estudios de Derecho Privado, I (Obligaciones y Contratos)*, Madrid, págs. 323 y sigs.

²⁷ ROCA SASTRE, R. M., citado por SANCINIENA ASURMENDI, C. (2007), *La opción de compra*, Madrid, Dykinson, pág. 73.

PUIG BRUTAU también habla de la obligación de cooperar en la determinación de los elementos del negocio jurídico que en definitiva se quiere concluir. En este sentido, su obra *Fundamentos de Derecho Civil, II*, Bosch, Barcelona, 1982, citado por LORENZO MERINO, F. J. (1992), *La opción de compra en el Derecho español*, Santiago de Compostela, Tórculo Ediciones, págs. 36-37.

De la misma manera, alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo (27 de mayo de 1993 y 26 de noviembre de 1997) habla «del deber recíproco de contratar en el futuro en virtud del precontrato (...) que exige la necesaria colaboración de las partes interesadas y obligadas».

²⁸ DE CASTRO y BRAVO, F. (1950), «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, págs. 1135 y sigs.

²⁹ Tesis formulada por DE CASTRO y BRAVO, F., en su obra ya reseñada (1950), «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid.

³⁰ Díez Picazo, L. (1979), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, pág. 209.

³¹ Facultad reconocida ya en la vieja sentencia del Tribunal Supremo español de 1 de julio de 1950.

³² COVIELLO, L. (1902), *Contratto preliminare*, Enciclopedia Giuridica Italiana, vol. III, Parte III, Sección II, pág. 99.

³³ Díez Picazo, L. (1979), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, pág. 216.

³⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2001), *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Madrid, Colex, pág. 380.

³⁵ Criterio señalado en la sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 1952.

³⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Derecho de Obligaciones, duodécima edición, Madrid, Reus, pág. 37.

³⁷ ALGUER, J. (1935), «Para la crítica del concepto de precontrato», en *RDP*, Madrid, págs. 323 y sigs. Tesis seguida por MEZQUITA DEL CACHO (1951), «El pacto de opción y el derecho que origina», en *RCDI*, Madrid, págs. 79 y sigs.; y SÁNCHEZ VELASCO (1952), «Contrato de promesa y promesa de contrato», en *AAMN*, Madrid, págs. 509 y sigs.

³⁸ BOYER, L. (1949), «Les promesses synallagmatiques de vente», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, págs. 32-34.

³⁹ SCHMIDT-SZALEWSKI, J. (1989), *Droit des contrats*, París, Litec, págs. 103; 495-496.

⁴⁰ MELICH ORSINI, J. (1970), «La ejecución forzosa en especie de las obligaciones de hacer y no hacer en el Derecho venezolano», en *Libro Homenaje a Lorenzo Herrera Mendoza*, Tomo I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, pág. 478.

⁴¹ En su virtud, el artículo 2932 del *Codice civile* de 1942 señala que: «*Si el que está obligado a concluir un contrato no cumple la obligación, la otra parte, cuando sea posible y no esté excluido por el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido...*».

⁴² MICHELI, G. A. (1970), *Derecho Procesal Civil*, Tomo III (trad. SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, EJEA, págs. 368-369.

⁴³ SERRAO, E. (2006), *Il contratto preliminare*, Padua, Cedam, pág. 386.

⁴⁴ GAZZONI (2000), «Contratto preliminare», en *Il contratto in generale* (AA.VV.), vol. XIII, Tomo II del Trattato di diritto privato (Bessone, M.), Torino: Giappichelli, pág. 710.

⁴⁵ BIANCA, C. M. (1987), *Diritto Civile, III, Il contratto*, Giuffrè, Milano, pág. 196.

⁴⁶ ALABISO, A. (1966), *Il contratto preliminare*, Milano, Giuffrè, pág. 214.

⁴⁷ LUPINI BIANCHI, L. (2010), «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado*. Serie Estudios, número 85, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, págs. 235 y sigs.

⁴⁸ Cuyo tenor literal del párrafo 894 del ZPO es de la siguiente guisa: «*Si el deudor ha sido condenado a la emisión de una declaración de voluntad, entonces se considera que la declaración ha sido emitida tan pronto como la sentencia haya ganado firmeza*». Criterio este asumido también por el artículo 25 del Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones de 1927, en el que el juez podría sustituir la estipulación del contrato para el caso de incumplimiento de un precontrato, si existen todas las condiciones requeridas para la validez del mismo, tras haber fijado un plazo para la ejecución de la obligación y haber transcurrido este sin haberse dado la ejecución.

⁴⁹ CALAMANDREI, P. (1945), «La sentenza come atto di esecuzione forzata. Scritti in onore di Alfredo Ascoli», 1930, en *Estudios sobre el Proceso Civil*, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, pág. 522.

Este criterio es el recogido también en el párrafo 367 de la Ordenanza Ejecutiva (EO) de Austria.

⁵⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. A. (2002), *Derecho Civil. Contratos*, 2.ª ed., México, Porrúa, pág. 171.

⁵¹ En relación a la historia de la codificación civil mexicana, BERNAD MAINAR, R. (2012), *Manual de historia del Derecho*, 2.ª ed., Caracas, Publicaciones UCAB, págs. 240-241.

⁵² SÁNCHEZ MEDAL, R. (2004), *De los contratos civiles*, XXI edición revisada, México, Porrúa, pág. 138.

⁵³ ROJINA VILLEGAS, R. (2001), *Compendio de Derecho Civil, 4. Contratos*, México, Porrúa, pág. 110.

⁵⁴ Tal como establece el artículo 2243 del Código Civil federal mexicano vigente.

⁵⁵ Este es el tenor literal del artículo 2244 del mencionado Código Civil.

⁵⁶ A tenor de lo señalado en el artículo 2246 del texto legal comentado.

⁵⁷ Según resulta del artículo 2245 del Código Civil que nos sirve de base en este apartado.

⁵⁸ Solución más que original incluida en el artículo 2247 del Código Civil mexicano vigente de 1928.

⁵⁹ Con relación a la codificación chilena y el Código Civil de 1855, conocido como Código Andrés Bello, BERNAD MAINAR, R. (2012), *Manual de historia del Derecho*, 2.ª ed., Caracas, Publicaciones UCAB, págs. 229-231.

⁶⁰ En virtud de la remisión expresa que el mencionado artículo 1554 del Código Civil Andrés Bello efectúa al artículo 1553 que le precede.

⁶¹ BERNAD MAINAR, R. (2012), *Manual de historia del Derecho*, 2.ª ed., Caracas, Publicaciones UCAB, págs. 235-237.

⁶² Más aún cuando el Derecho colombiano mantiene la teoría del título y el modo en torno a la adquisición y transmisión de la propiedad. Al respecto, TAMAYO LOMBANA, A. (2004), *Manual de Obligaciones*, Bogotá, Temis, pág. 58.

⁶³ TAMAYO LOMBANA, A. (2004), *Manual de Obligaciones*, Bogotá, Temis, pág. 59.

⁶⁴ OSPINA FERNÁNDEZ, G.; OSPINA ACOSTA, E. (2005), *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Temis, pág. 171.

⁶⁵ Todo ello en virtud de los artículos 493, 495, 500 y 501 del Código de Procedimiento Civil colombiano, que contemplan los remedios con los que cuenta el acreedor de una obligación de hacer ante el incumplimiento del deudor.

⁶⁶ Así lo establece la Ley 794 de 2003 (8 de enero), publicada en Diario Oficial número 45.058 de 9 de enero de 2003, por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil,

se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones. En su artículo 47 se dispone lo que sigue: «El artículo 501 del Código de Procedimiento Civil, quedará así:

Artículo 501. Obligación de suscribir documentos. Cuando el hecho debido consiste en suscribir una escritura pública o cualquier otro documento, el mandamiento ejecutivo, además de los perjuicios moratorios que se demanden comprenderá la prevención al demandado de que en caso de no suscribir la escritura o el documento en el término de tres días, contados a partir de la notificación del mandamiento, el juez procederá a hacerlo en su nombre como dispone el artículo 503. A la demanda se deberá acompañar, además del título ejecutivo, la minuta o el documento que debe ser suscrito por el ejecutado o en su defecto, por el juez (resaltado nuestro).

Cuando la escritura pública que deba suscribirse implique la transferencia de bienes sujetos a registro o la constitución de derechos reales sobre ellos, para que pueda dictarse mandamiento ejecutivo será necesario que el bien objeto de la escritura se haya embargado como medida previa, y que se presente certificado que acredite la propiedad en cabeza del ejecutado. El ejecutante podrá solicitar en la demanda que simultáneamente con el mandamiento ejecutivo se decrete el secuestro del bien y, si fuere el caso, su entrega una vez registrada la escritura.

No será necesario el certificado de propiedad cuando se trate de actos referentes a terrenos baldíos ocupados con mejoras, semovientes u otros medios de explotación económica, o de la posesión material que el demandado ejerza sobre inmuebles de propiedad privada sin título registrado a su favor; pero en estos casos se acompañará certificado del registrador de instrumentos públicos acerca de la inexistencia del registro del título a favor del demandado.

Para que el juez pueda ordenar la suscripción de escritura o documento que verse sobre bienes muebles no sujetos a registro, se requiere que estos hayan sido secuestrados como medida previa».

⁶⁷ En torno a la resolución del contrato por incumplimiento, ver la obra homónima de MELICH ORSINI, J. (2003), Serie Estudios, núm. 59. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales; también BERNAD MAINAR, R. (2012), *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*, Tomo III, Caracas, Publicaciones UCAB, págs. 236-273.

⁶⁸ SASSO, C. (1971), *Il contratto preliminare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, pág. 92.

⁶⁹ Así, reza el artículo 531 del CPC venezolano: «Si la parte que resulte obligada según la sentencia a concluir un contrato no cumple su obligación, y siempre que sea posible y no esté excluido por el contrato, la sentencia producirá los efectos del contrato no cumplido. Si se trata de contratos que tienen por objeto, la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, o la constitución o la transferencia de otro derecho, la sentencia solo producirá estos efectos si la parte que ha propuesto la demanda ha cumplido su prestación, de lo cual debe existir constancia auténtica en los autos». Un comentario sobre el mencionado precepto en HENRÍQUEZ LA ROCHE, R. (1997), *Código de Procedimiento Civil*, IV, Caracas, págs. 117-118.

⁷⁰ LUPINI BIANCHI, L. (2010), «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado*. Serie Estudios, número 85, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, págs. 285 y sigs.

⁷¹ Ver al respecto la ilustrativa sentencia del Juzgado Superior Segundo del Distrito Federal y Estado Miranda, de 15 de septiembre de 1988.

⁷² Por analogía, sobre el requisito de la prestación posible, tanto física como jurídicamente hablando, a propósito del objeto de la obligación, BERNAD MAINAR, R. (2012), *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*, Tomo I, Caracas, Publicaciones UCAB, pág. 53.

⁷³ BIANCA, C. M. (1987), *Diritto Civile III, Il contratto*, Milano, Giuffrè, pág. 193.

⁷⁴ BERNAD MAINAR, R. (2012), *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*, Tomo I, Caracas, Publicaciones UCAB, pág. 202.

⁷⁵ SASSO, C. (1971), *Il contratto preliminare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, pág. 83.

⁷⁶ SERRAO, E. (2006), *Il contratto preliminare*, Padua, Cedam, pág. 393.

⁷⁷ VITALONE, V. (2005), *Il contratto preliminare*, Torino, Giappichelli, pág. 39.

⁷⁸ DE MATTEIS, R. (1991), *La contrattazione preliminare ad effetti anticipate*, Padova, Cedam, págs. 149-156.

⁷⁹ Una interpretación de la expresión que niega su conexión con el principio de la autonomía de la voluntad y la apuntala más bien como una restricción de la naturaleza del contrato que socava el poder jurisdiccional en HENRÍQUEZ LA ROCHE, R. (1997), *Código de Procedimiento Civil*, IV, Caracas, págs. 117-118. En contra de dicha interpretación, por tacharla de inadmisibles y contradictoria, LUPINI BIANCHI, L. (2010), «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado*. Serie Estudios, número 85, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, págs. 293 y 294.

⁸⁰ BIANCA, C. M. (1972), «La vendita e la permuta», en *Tratato di diritto civile italiano* (dir. Vasalli, F.), vol. VII, Torino, UTET, pág. 139.

⁸¹ LUPINI BIANCHI, L. (2010), «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado*. Serie Estudios, número 85. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pág. 292.

⁸² DE MATTEIS, R. (1991), *La contrattazione preliminare ad effetti anticipate*, Padova, Cedam, págs. 149-169.

⁸³ Con relación a las diversas formas de cumplimiento de las obligaciones y, concretamente, sobre el cumplimiento específico y cumplimiento por equivalente de las obligaciones, BERNAD MAINAR, R. (2012), *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*, Tomo I, Caracas, Publicaciones UCAB, págs. 164-167.

⁸⁴ Ya las sentencias del Tribunal Supremo español, de 7 de febrero y 2 de marzo de 1966, recogen la polémica señalada, alimentada por una posterior tendencia zigzagueante que podemos comprobar en la jurisprudencia reseñada en las notas a pie de páginas siguientes. En este sentido, VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R., en AA.VV. (2001), *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coords.: VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R.; VERDERA Server, R.), Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 257.

⁸⁵ Opinión sostenida por la ya rancia sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 9 de julio de 1940, confirmada por otras posteriores de 16 de abril de 1941, 13 de febrero de 1953, 31 de octubre de 1955, 2 de mayo de 1959, 19 de diciembre de 1963 y 16 de octubre de 1965. Al respecto, ALBALADEJO, M. (1997), *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, Barcelona, Bosch, pág. 443.

⁸⁶ ROCA SASTRE, R. M. (1948), *Contrato de promesa*, Estudios de Derecho Privado, I (Obligaciones y Contratos), Madrid, pág. 334. Esta opinión favorable a la admisión de la ejecución forzosa de forma específica fue sostenida por las sentencias del Tribunal Supremo, de 7 de febrero de 1945 y 1 de julio de 1950, luego confirmadas por otras posteriores de 27 de febrero de 1954, 5 de mayo de 1958, 2 de febrero de 1959, 5 de octubre de 1961, 26 de marzo de 1965, 28 de junio de 1974, 26 de enero de 1982, 6 de abril de 1984, 24 de diciembre de 1992, 28 de diciembre de 1995, entre otras ALBALADEJO, M. (1997), *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, pág. 443.

⁸⁷ Al respecto, ver la sentencia del Tribunal Supremo español del año 1958 citada en la nota anterior.

⁸⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Derecho de Obligaciones, duodécima edición, Madrid, Reus, pág. 858.

⁸⁹ Díez-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1974), *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, pág. 601.

⁹⁰ Ya Díez-PICAZO cuestionaba la consideración de la figura como cláusula contractual, toda vez que, incluso en los supuestos que apareciera como tal, no dejaría de ser un contrato sustantivo e independiente, diferente al que se incorporara, no obstante su conexión con él. Al respecto, Díez-PICAZO, L. (1954), «El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, págs. 1156-1157.

⁹¹ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Derecho de Obligaciones, duodécima edición, Madrid, Reus, pág. 859.

⁹² En torno a los efectos en general del contrato de arbitraje, TORRALBA SORIANO, V. (1966), «Eficacia del contrato preliminar de arbitraje», en *RCDI*, Madrid, págs. 309 y sigs.; Díez-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1974), *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, pág. 602; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Derecho de Obligaciones, duodécima edición, Madrid: Reus, págs. 860-864.

⁹³ GUASP, J. (1953), en *Código Civil*. Tomo XXVIII, *De los contratos aleatorios o de suerte; De las transacciones y compromisos; De la fianza: artículos 1790 al 1856*. MUCIUS SCAEVOLA, Q.; VÁZQUEZ GUNDÍN, E., Madrid, Reus, págs. 454 y sigs.

⁹⁴ En virtud de la sentencia del Tribunal Supremo español, de 6 de febrero de 1962, si por resistencia de alguna de las partes no pudiera llevarse a cabo la formalización del compromiso y se acudiera al procedimiento previsto en el artículo 10 de la Ley, no sería necesaria la escritura pública, puesto que su contenido sería una mera reproducción de la resolución judicial en su parte dispositiva; en tal caso, la garantía de autenticidad arrancararía de la propia resolución judicial dictada.

⁹⁵ El juez en este supuesto debía observar el requisito de la escritura pública exigida por la Ley de 1953 en su artículo 16, razón por la cual requeriría la presencia notarial para hacer las correspondientes declaraciones de voluntad, o bien a través del procedimiento por el cual el fedatario público recogía el contenido del auto emitido. En este sentido, PRIETO CASTRO, L. (1954), «Una nueva regulación del arbitraje», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 38, Madrid, págs. 723-733; también OGAYAR AYLLÓN, T. (1955), «Originación contractual y testamentaria del arbitraje», en *Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 41, Valencia, pág. 29.

⁹⁶ BLANCO CARRASCO, M. (2009), *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid, Reus, pág. 89.

⁹⁷ Así lo señala la propia Exposición de Motivos de la Ley de 1988. En torno a las consecuencias de la eliminación de la distinción referida con relación a la nueva redacción propuesta en las Leyes de 1988 y 2003, BLANCO CARRASCO, M. (2009), *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid, Reus, págs. 89-90, nota al pie, núm. 167.

⁹⁸ Algunos países latinoamericanos todavía mantienen la distinción entre cláusula compromisoria y contrato de compromiso, como sucede en Colombia (arts. 115-117 de la Ley 446 de Descongestión, Acceso y Eficiencia de la Justicia de 1998); Uruguay (arts. 473, 475 y 477 del Código General del Proceso, modificado por Ley, núm. 15982, de 18 de octubre de 1988); o Argentina (arts. 739 y 751 del Código Procesal Civil y Comercial, modificados por la Ley de Arbitraje de 1997).

⁹⁹ Díez-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998), *Instituciones de Derecho Civil, I/2*. Tecnos, Madrid, pág. 378.

¹⁰⁰ Así lo señalaba el tenor literal de la Exposición de Motivos de la Ley de 1988.

¹⁰¹ Al respecto, artículos 5 y 9, respectivamente, de las Leyes de Arbitraje de 1988 y 2003.

¹⁰² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (1991), *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid, Civitas, pág. 175.

¹⁰³ LORCA NAVARRETE, A. M.; SILGUERO ESTAGNAN, J. (1994), *Derecho de Arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Madrid, Dykinson, pág. 75.

¹⁰⁴ LORCA NAVARRETE, A. M.; SILGUERO ESTAGNAN, J. (1994), *Derecho de Arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Madrid, Dykinson, pág. 78.

¹⁰⁵ Este es el tenor literal de la Ley 516, 3 del texto legal mencionado.

¹⁰⁶ ALBALADEJO, M. (1997), *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, Barcelona, Bosch, pág. 444.

¹⁰⁷ Así, por ejemplo, cuando se incumple por el vendedor una preventa de cierta cosa con un precio señalado, en cuyo caso el otorgamiento de la escritura por el juez en lugar del incumplidor permitirá dar cumplimiento al precontrato, que se hará efectivo mediante la

entrega al comprador de la posesión judicial de la cosa vendida, en ALBALADEJO, M. (1997), *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, Barcelona, Bosch, pág. 444.

¹⁰⁸ VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R., en AA.VV. (2001), *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (COORDS.: VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R.; VERDERA SERVER, R.), Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 257.

¹⁰⁹ Por referencia expresa, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 708. Condena a la emisión de una declaración de voluntad:

1. *Cuando una resolución judicial o arbitral firme, condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el Tribunal competente, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. Emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que el Secretario judicial responsable de la ejecución libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad.*

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos (párrafo redactado conforme a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre).

2. *Si, en los casos del apartado anterior, no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico.*

Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si esta no se emitiera por el condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes.

¹¹⁰ Ver al respecto, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo español, de 2 de febrero de 1959, 5 de octubre de 1961, 26 de marzo de 1965 y 7 de febrero de 1966.

¹¹¹ Tendencia admitida en sentencias del Tribunal Supremo español, de 13 de diciembre de 1989 y 25 de junio de 1993.

Al respecto, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 709. Condena de hacer personalísimo:

1. *Cuando el título ejecutivo se refiera a un hacer personalísimo, el ejecutado podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el artículo 699, los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone y alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida. Transcurrido este plazo sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquel un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. El tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706.*

2. *Si se acordase seguir adelante la ejecución para obtener el equivalente pecuniario de la prestación debida, en la misma resolución se impondrá al ejecutado una única multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711.*

3. *Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente por el Secretario judicial responsable de la ejecución los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero. Si, al cabo del año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas*

que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de este y oído el ejecutado, podrá acordar el Tribunal (párrafo redactado conforme a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre).

4. No serán de aplicación las disposiciones de los anteriores apartados de este artículo cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor. En tal caso, se estará a lo dispuesto en aquel.

Artículo 711. Cuantía de las multas coercitivas:

1. Para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos anteriores se tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo y, si no constaran en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas.

Las multas mensuales podrán ascender a un 20 por 100 del precio o valor y la multa única al 50 por 100 de dicho precio o valor (párrafo redactado conforme a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre).

2. La sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios impondrá, sin embargo, una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público.

¹¹² Capítulo IV, Título III del Libro III de la LEC, artículos 712 y sigs.

¹¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2001), *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Madrid, Colex, pág. 380.

¹¹⁴ GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V. (2002), en AA.VV. (coord.: DELGADO DE MIGUEL, J. F.), *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo III. *Obligaciones y Contratos*, vol. 1.º, Madrid, Civitas, pág. 370.

*(Trabajo recibido el 24-1-2013 y aceptado
para su publicación el 21-3-2013)*

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 17-12-2013

(*BOE* 3-2-2014)

Registro de la Propiedad de San Sebastián de la Gomera

INMATRICULACIÓN.

Una interpretación teleológica del artículo 53.7 de la Ley 13/1996, que exige en toda inmatriculación la certificación catastral coincidente con la que se pretende inmatricular lleva a la conclusión de que, si coincide, en el presente supuesto, la certificación catastral, con la descripción de la finca resultante de la agrupación, haya de entenderse cumplido el requisito referido, pues entender lo contrario significaría obligar al inmatriculante a instar una segregación catastral destinada a quedar sin efecto inmediatamente como consecuencia de la agrupación. Otra cosa sería que la certificación, tal y como se aporta, no permitiera la identificación de la finca originaria, pero tal alegación no resulta de la nota de calificación. Lo que sí resulta necesario es que la finca aparezca catastralmente a nombre del adquirente o el transmitente.

Resolución de 17-12-2013

(*BOE* 3-2-2014)

Registro de la Propiedad de San Sebastián de la Gomera

HIPOTECA.

De acuerdo con lo expuesto, ni la propia finalidad de la Ley 1/2013, que está dirigida a deudores hipotecarios, personas físicas, ni el propio concepto de vivienda habitual, ajeno por completo al ámbito societario y que no ofrece relación alguna con su domicilio, ni los precedentes normativos, permiten sostener que cuando se hipoteca una vivienda perteneciente a una sociedad mercantil deba realizarse

manifestación alguna en relación a su eventual carácter «habitual». Tampoco cabe admitir, en este ámbito, la hipótesis de que el deudor persona física tuviera en la vivienda perteneciente a la sociedad hipotecante su residencia habitual pues, de tenerla, lo sería a causa de un título que no habría accedido pertinente y previamente al Registro, inoponible frente a tercero, conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes y que no puede tomarse en consideración a efectos de calificación.

Resolución de 18-12-2013

(BOE 3-2-2014)

Registro de la Propiedad de Torrevieja, número 2

PROHIBICIONES DE DISPONER.

El negocio en el que originariamente se establece la prohibición es una donación de dinero y el bien (una participación indivisa de un inmueble) que se dice gravar finalmente con la prohibición, vía aplicación del principio de subrogación real, procede de una compraventa que realiza el donante en nombre del donatario (luego comprador) en su condición de representante legal, empleando dinero procedente de esa donación. Explicada así la situación, es evidente que lo que se pretende es que la prohibición recaiga sobre un objeto diferente (el inmueble) de aquel que originariamente fue propiedad del donante (el dinero donado), y tal donante del dinero carece de facultad dispositiva sobre el inmueble que adquiere para su representada, por lo que no puede imponer restricciones o limitaciones al dominio de un bien (el inmueble) del que jamás ha sido titular. Es irrelevante que ambos negocios jurídicos (la donación de dinero y la compraventa del inmueble) se formalicen en un mismo documento, pues se trata de dos negocios jurídicos diferentes, en tanto que recaen sobre objetos distintos, sin que pueda apreciarse la existencia de un negocio complejo, ya que no se refieren al mismo objeto y son modos diferentes de adquirir el dominio (cfr. arts. 609, 619 y 1461 a 1464 del CC), siendo también distintos los elementos personales que han intervenido —aunque en algún extremo coincidan—. Aun cuando la literalidad del artículo 26.3 de la Ley Hipotecaria no lo impone ni se establece en el mismo de forma terminante que el objeto de la donación sea el bien sobre el que recae la prohibición o limitación, del citado artículo 26 se interpreta que el bien que se grava debe tener relación directa con ese testador o donante, de forma que el sujeto que la impone, el bien que se grava y el negocio del que resulta deben constituir un triángulo inseparable. En otro caso, se reconocen estas prohibiciones en el artículo 27 de la misma Ley: «que tengan su origen en actos o contratos no comprendidos en el artículo anterior...», con efectos distintos.

Resolución de 7-1-2014

(BOE 6-2-2014)

Registro de la Propiedad de Arrecife

RECURSO GUBERNATIVO.

Procede la admisión del recurso interpuesto contra una segunda calificación, por cuanto esta fue emitida cuando se volvió a presentar el título originalmente suspendido, pero acompañado de unos complementarios que pretendían subsa-

nar los defectos apreciados, y que la registradora estimó insuficientes para tal subsanación. El correcto ejercicio de la función calificadora del registrador no implica, en vía de principio, que deba rechazarse la inscripción del documento presentado ante toda inexactitud u omisión del mismo cuando, de su simple lectura o de su contexto, no quepa albergar razonablemente duda acerca de cuál sea el dato erróneo u omitido y cuál el dato correcto. Por ello, tales dudas deben, en principio, resolverse según la interpretación literal y sistemática de la cláusula debatida, y atendiendo a la intención de las partes, así como al criterio objetivo de atribución del sentido más favorable al pacto para que surta efectos el contrato, de acuerdo con su naturaleza (arts. 1281, 1282, 1283, 1284, 1285 y 1286 del CC). No obstante, en el presente caso, habida cuenta de la trascendencia de la fijación del domicilio para notificaciones, no puede el notario autorizante de la escritura calificada trasladar al registrador la responsabilidad de la aclaración de la subsanación, puesto que le faltan elementos concluyentes que permitan alcanzar la certeza de que la verdadera voluntad de las partes es la designación de dos domicilios para notificaciones a cada uno de los deudores.

Resolución de 7-1-2014

(BOE 6-2-2014)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN.

En el caso presente el «Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S. A.» —cuyo NIF hay que insistir sí consta en la escritura—, da carta de pago y consiente la cancelación de una de hipoteca constituida a favor de «Caja de Ahorros de Salamanca y Soria». Hubiera bastado actuar como sucesor universal de quien es el titular registral, para que el banco pudiera cancelar la hipoteca, siendo suficiente con la identificación fiscal del citado banco, del apoderado persona física que lo representa y de la caja titular registral de la hipoteca, sin necesidad de identificación fiscal de la entidad intermedia «Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, Caja de Ahorros y Monte de Piedad», fusionada con la titular registral y de quien recibió el banco a título universal el negocio financiero. Sin embargo, tal como está redactada la escritura, en la que se citan para justificar la representación los poderes otorgados por el banco a favor de la caja —que aún subsiste y que fueron ratificados tras la segregación de la rama de actividad— diciendo que el compareciente, a su vez, es representante de esta en virtud de un poder otorgado por la caja, no cabe otra solución que aplicar la regla general de necesidad de identificación fiscal, tanto del representante como del representado.

Resolución de 8-1-2014

(BOE 5-2-2014)

Registro de la Propiedad de Güímar

HERENCIA.

Es preciso diferenciar la partición, propiamente dicha, de las llamadas normas de la partición. La partición hecha por el testador, propiamente dicha, es aquella en que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los here-

deros, y en buena lógica implicaría la realización de todas las operaciones particionales —inventario, liquidación, formación de lotes con la adjudicación de los mismos—, mientras que en las normas para la partición el testador, se concreta en expresar la voluntad de que cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique. La partición de testador puede omitir alguna de las clásicas operaciones de otras clases de particiones, por eso al propio tiempo advierte que ello es «sin perjuicio, también, de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad». A efectos registrales, ningún problema existe en este caso en relación con el inventario de bienes, puesto que el propio testador expresa con toda claridad y con datos registrales los bienes objeto de la partición. Tampoco es obstáculo que falte el avalúo, pues el propio testador prescinde del mismo considerando que aunque los lotes tengan distinto valor, debe mantenerse la partición realizada. En cambio, la operación de liquidación, en caso de que existieran deudas, plantea especiales problemas registrales, pues tratándose de varios herederos ha de quedar clarificada la posición de cada uno de ellos antes de proceder a las adjudicaciones. Es cierto que el testador no pudo realizar la operación de liquidación, como dice el recurrente, pues no era el momento adecuado. Pero al menos ha de aclararse qué sucede con las deudas y concretamente si existen o no, y caso de existir, quienes han aceptado la herencia y si lo han hecho pura y simplemente o a beneficio de inventario, pues según un conocido aforismo «antes es pagar que heredar», cuyo significado no es que no se adquiera el título de heredero antes del pago de las deudas, sino que mal se pueden repartir los bienes, sin antes pagar las deudas, que son imprescindibles para la entrega de legados, que en este caso no existen, pero también para que los herederos reciban los bienes que les corresponden. En todo caso, han de intervenir todos los herederos para manifestar lo que proceda respecto a la existencia o no de deudas de la herencia, como operación complementaria de las realizadas por el causante, que es necesaria para la plena virtualidad de la partición a efectos registrales. Solo si se acreditara que no existen deudas o las asumiera exclusivamente uno de los herederos, podría decirse que no hay perjuicio para los demás herederos cuando unos pretenden adjudicarse los bienes distribuidos por el causante.

Resolución de 8-1-2014

(BOE 5-2-2014)

Registro de la Propiedad de Guadalajara, número 3

RECURSO GUBERNATIVO.

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del art. 324 de la LH y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene, en consecuencia, por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título ya inscrito, ni de la procedencia o no de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales, en este caso las sucesivas prórrogas del asiento de presentación y la anotación ordenada en procedimiento administrativo, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales.

Resolución de 9-1-2014
(BOE 5-2-2014)
Registro de la Propiedad de Estepa

RECURSO GUBERNATIVO.

Como cuestión procedimental previa plantea el registrador en su informe la extemporaneidad del recurso por haber sido interpuesto más de un mes después de la notificación de la nota de calificación recurrida. Sin embargo, habiéndose notificado la calificación negativa al presentante por fax, no se ha acreditado, en el expediente, haber consentido dicha forma de notificación al tiempo de la presentación del título (cfr. art. 322 de la LH), por lo que de conformidad con la doctrina sentada por este Centro Directivo (vid., por todas, la Resolución de 19 de abril de 2013), en atención al principio *in dubio pro accione* no puede concluirse que el recurso haya sido interpuesto fuera de plazo. Como resulta nitidamente del texto de la Disposición Transitoria, quedan excluidos de su aplicación aquellos procedimientos en los que se haya puesto en posesión del bien adjudicado en la persona del adjudicatario. Ahora bien, como la puesta en posesión es posterior, en cualquier caso, a la adjudicación (art. 675 de la LEC), el mero testimonio del decreto de adjudicación no será, por sí mismo, suficiente para acreditar que a fecha 15 de mayo de 2013 ya se había producido aquella. En consecuencia, fuera de los supuestos en que el testimonio del decreto de adjudicación recoja efectivamente dicha circunstancia, por haberse emitido con posterioridad a la diligencia de entrega de posesión, deberá acompañarse de escrito del secretario judicial del que resulte que ha sido entregada la posesión antes de la repetida fecha como requisito para obtener la inscripción del inmueble a favor del adjudicatario y proceder, en su caso, a las cancelaciones pertinentes (art. 671 de la LEC).

Resolución de 9-1-2014
(BOE 5-2-2014)
Registro de la Propiedad de Lloret de Mar; número 1

EMBARGO

El artículo 86 de la Ley Hipotecaria determina que las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquellas que tengan señalado en la Ley un plazo más breve, pudiendo prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento. Habiéndose presentado —incluso expedido— el mandamiento ordenando la prórroga, transcurridos los cuatro años de vigencia de la anotación, se ha producido la caducidad de esta. Esta caducidad opera de forma automática, *ipso iure*, sin que a partir de entonces pueda surtir ningún efecto la anotación caducada, que ya no admite prórroga alguna, cualquiera que sea la causa que haya originado el retraso en la expedición del mandamiento ordenando la prórroga, debido a la vida limitada con la que son diseñadas tales anotaciones preventivas en nuestro sistema registral.

Resolución de 10-1-2014
(BOE 6-2-2014)
Registro de la Propiedad de La Vecilla

ESTADO CIVIL.

Al contrario de lo que señala la nota de la registradora, que se solemniza ahora una transmisión onerosa producida con anterioridad, de las cláusulas transcritas resulta precisamente que la transmisión del dominio de la finca por título de compraventa que se realizó en el acto de adjudicación tras la subasta, en el año 1979, se materializó anteriormente en virtud de su expediente administrativo cuyos parámetros de adquisición están totalmente acreditados y del que, por otra parte, y a la vista de los documentos presentados, no puede deducirse el estado civil del adquirente al tiempo de la transmisión de la propiedad. En consecuencia, constando el estado civil del comprador en el momento del otorgamiento calificado aunque referido al del momento anterior de la adquisición, debe considerarse este como cierto.

Resolución de 10-1-2014
(BOE 6-2-2014)
Registro de la Propiedad de León, número 1

HIPOTECA.

La cancelación convencional automática solo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida por no saberse si se está refiriendo a la caducidad misma del derecho o si se está refiriendo al plazo durante el cual las obligaciones contraídas durante dicho término son las únicas garantizadas por la hipoteca.

Y para que opere la 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, al que 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 (cfr. Resolución de 29 de septiembre de 2009).

Resolución de 13-1-2014
(BOE 13-2-2014)
Registro de la Propiedad de Avilés, número 1

RECTIFICACIÓN DE CABIDA.

La rectificación de cabida de un piso en propiedad horizontal se debe ajustar a las reglas generales previstas para la modificación de la cabida de una finca registral y, además, a las normas que regulan la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, cuando la rectificación incurra en una verdadera

alteración de dicho título constitutivo. La finca objeto del expediente procede de la agrupación de dos fincas registrales que eran elementos independientes de la división horizontal practicada sobre otra finca registral. Es decir, es parte integrante de una propiedad horizontal, por lo que la modificación de su extensión superficial debe observar las normas expuestas anteriormente.

Resolución de 15-1-2014

(BOE 13-2-2014)

Registro de la Propiedad de Cervera de Pisuerga

CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Las reformas llevadas a cabo en la Ley de Propiedad Horizontal por la Disposición Final primera de la Ley 8/2013, no estaban vigentes el día 25 de junio de 2013, fecha de autorización de la escritura objeto de calificación. La disposición final vigésima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, dispuso que la misma entraría en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, circunstancia que se llevó a cabo el día 27 de junio de 2013; consecuentemente la entrada en vigor se produjo el día 28 de junio de 2013. En definitiva, al tiempo de la autorización de la escritura y de acuerdo a la norma vigente no había cuestión en relación a la cláusula debatida tal y como pacíficamente dan por sentado la registradora y el recurrente en los escritos que forman parte de este expediente.

Resolución de 20-1-2014

(BOE 13-2-2014)

Registro de la Propiedad de El Campello

REQUISITOS FISCALES.

La Resolución de este Centro Directivo, de 3 de marzo de 2012, al igual que otras posteriores, recuerda que la obligación que evita el cierre presupone la presentación tributaria en el lugar correspondiente, razón por la que, a falta de norma legal habilitante, afirmó el procedimiento telemático notarial no podía suplir la presentación en la oficina liquidadora correspondiente. En la misma línea argumental ha de aceptarse, en este caso, la negativa del registrador a admitir un impreso de autoliquidación, acompañado de solicitud de aplazamiento, que consta presentado en una Comunidad Autónoma distinta del lugar en que se sitúa el inmueble y por ende procedente de una Administración Tributaria incompetente para recibir el pago. El artículo 33.2 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, establece claramente el punto de conexión aplicable, fijado en el territorio del Registro en que debe procederse a la inscripción como base para la imputación de los rendimientos derivados del gravamen. Si la masa activa fuere insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, no cupieran otras acciones o no estuviere debidamente garantizado el remanente crediticio, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme a un orden prefijado legalmente y, en su caso, a prorrata dentro de cada número de los previstos en el artículo 176 bis 2.º de la Ley Concursal, descontados los gastos necesarios para la conversión en dinero de los bienes y derechos que eventualmente subsistan en la masa activa. Una eventual garantía sobre bienes no incluidos en la masa, de un

tercero, no puede alterar las normas de liquidación, si esta llegara a producirse, ni tampoco establecer excepciones respecto de la forma de satisfacción de los créditos en función de su carácter privilegiado u ordinario. El derecho real que, unilateralmente, propone el hipotecante, no nace por tanto en garantía de supuestas obligaciones futuras. Supedita el desenvolvimiento de la garantía mediante ejecución —cuyos pormenores no son concretados— a la finalización del concurso actual mediante convenio liquidatorio, hecho futuro e incierto en el momento actual de la constitución de la garantía. También es condicionado el resultado, eventual, de un impago total o parcial de los créditos contra la masa activa concursal, sin que la razón alegada relativa a la confianza de terceros en el proceso concursal pueda considerarse suficiente por sí misma.

Resolución de 21-1-2014
(BOE 13-2-2014)
Registro de la Propiedad de Güimar

FINCA REGISTRAL.

Resulta evidente que las circunstancias descriptivas tomadas de la certificación catastral, que a estos efectos se presume cierta (art. 3 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario), pueden y deben acceder al contenido de los asientos registrales en aras de una mayor coordinación entre los datos descriptivos obrantes en el Registro de la Propiedad y la Institución Catastral, si bien para ello es necesario que dentro del procedimiento registral quede establecida la adecuada correspondencia entre la finca registral y la parcela catastral, extremo que habrá de ser objeto de calificación por el registrador de la propiedad, tal como se establece en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 18.2, letra *d*), del Texto Refundido de la Ley del Catastro. Ha de considerarse, pues, en los términos expuestos, que la certificación catastral descriptiva y gráfica es un documento idóneo al objeto de acreditar la naturaleza rústica o urbana de un inmueble (art. 7 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario), si bien es requisito necesario para ello que haya sido establecida por el registrador de la propiedad la correspondencia con la finca registral, extremo que no resulta acreditado ya de la propia escritura objeto de calificación, tal como se manifiesta por el notario autorizante del título, que no considera acreditada la referencia catastral con la certificación aportada, lo cual es ratificado por los comparecientes que expresamente manifiestan la no correspondencia del contenido de la certificación catastral con la realidad física y de ahí que soliciten la modificación de la superficie registral de la finca y la descripción de las edificaciones realmente existentes, para adecuar la descripción del folio real al contenido del informe técnico que se testimonia, en el que si bien se manifiesta la coincidencia de linderos con la certificación catastral, expresamente certifica que en realidad la finca registral número 11.787, sobre la que se declara la obra nueva, tiene una superficie de mil ochocientos sesenta y seis metros cuadrados con cuarenta y dos décímetros cuadrados y que está conformada por parte de las parcelas 65 y 62 del Polígono 11 de rústica. Igualmente conforme a los artículos 9.1 de la Ley Hipotecaria y 51.1 de su Reglamento, el título ha de definir con precisión el objeto del derecho de propiedad y por tal motivo no basta con describir la finca como «Rústica, hoy en parte urbana. Trozo de terreno», pues ni se concreta o delimita cuál es la porción de terreno que tiene tal naturaleza, ni del contenido de la certificación catastral se desprende la necesaria coincidencia con

la superficie ocupada por las edificaciones, que según el Catastro es de ciento veinte metros cuadrados y conforme al título e informe técnico es de doscientos cincuenta metros cuadrados y veintiún decímetros cuadrados, debiendo además precisarse que tal consideración es a los solos efectos catastrales antes expuestos, ya que la totalidad de la finca se ubica en suelo con la consideración de rústico o utilizando la terminología del artículo 12.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, «situación básica de suelo rural». Ha de ser confirmado, pues, el primer defecto de la nota de calificación en los términos expuestos. Es posible constituir un complejo inmobiliario sobre una única finca registral, debate que en la actualidad carece de sentido al estar admitida expresamente tal posibilidad por el artículo 17.3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, «el complejo inmobiliario podrá constituirse sobre una sola finca o sobre varias», lo que conduce a establecer el hecho diferencial que lo distinga de la propiedad horizontal tumbada, lo cual suele hacerse considerando que, en esta última, se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer el suelo y el vuelo como elementos comunes, sin que haya división o fraccionamiento jurídico del terreno que pueda calificarse de parcelación, no produciéndose alteración de forma, superficie o linderos. La formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad *ob rem* otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo como otras parcelas o viales, evidentemente ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito (cfr. art. 17.2.º del Texto Refundido de la Ley de Suelo). En la actualidad el artículo 17.6 exige, en todo caso, una licencia específica para este tipo de situaciones jurídicas. Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca —o derecho de vuelo— que le sirve de soporte no puede equipararse al supuesto anterior, pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación, pues no hay alteración de forma —la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas—, superficie o linderos. Por otro lado, también el caso que nos ocupa puede considerarse como asimilado a una división a los efectos de la necesidad de obtención de la pertinente licencia en los términos que establece el artículo 17.2 de la Ley del Suelo.

Resolución de 22-1-2014
(BOE 13-2-2014)
Registro de la Propiedad de Tacoronte

HIPOTECA.

La Resolución de este Centro Directivo, de 29 de octubre de 2013, ya indicó que toda escritura de constitución de préstamo hipotecario o pacto posterior relativo a la ejecución directa de los bienes sobre los que recae la garantía, precisa, desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de la incorporación del certificado de tasación de la finca a que se refiere el artículo 682.2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como requisito de la escritura de constitución de hipoteca para la ejecución directa en la nueva redacción de la norma. Dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca que supone que el proce-

dimiento de ejecución hipotecaria se desarrolla sobre la base de los pronunciamientos registrales, el tipo para subasta no solo se hará constar en la escritura de constitución de hipoteca sino también en la propia inscripción causada por esta (art. 130 de la LH).

Resolución de 23-1-2014

(BOE 13-2-2014)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 8

EMBARGO.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid., por todas, la Resolución de 3 de diciembre de 2013) que la caducidad de las anotaciones preventivas opera *ipso iure* una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento. En el presente expediente, existía vigente en el Libro Diario al tiempo de producirse la caducidad de la anotación preventiva de embargo cuya prórroga se pretende un asiento de presentación de mandamiento de prórroga procedente del Juzgado que ordenó el asiento de anotación originario. Como tesis de principio, de haber superado la calificación positiva, la prórroga de la anotación preventiva retrotraería sus efectos, por imperativo de los artículos 24 y 72 de la Ley Hipotecaria, a la fecha en que se causó el referido asiento de presentación. Sin embargo, el asiento de presentación referido tenía por objeto una finca distinta de la que constaba embargada en el Registro, y el mandamiento subsanatorio por el que se rectificó la finca a embargar se dictó con posterioridad a la fecha de caducidad, por lo que esta ya había desplegado sus efectos.

Resolución de 23-1-2014

(BOE 13-2-2014)

Registro de la Propiedad de Rosas, número 2

DOMINO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE.

Aunque una marina interior en la que existen amarres para naves deportivas supone la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de puertos deportivos y marinas interiores, eso no excluye la competencia concurrente del Estado respecto de la delimitación del dominio público marítimo-terrestre. Queda, por tanto, fuera de duda que los canales y pantalanés de la marina interior de Empuriabrava fueron desde su origen bienes de dominio público marítimo-terrestre. Queda así desvirtuada la primera premisa en la que se basa la tesis impugnativa del recurrente al afirmar que la finca de la que se transmite una participación indivisa en el título calificado no ha sido nunca de dominio público. La Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (al igual que posteriormente hicieran otras normas sectoriales, como el art. 8 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, o el art. 95 del Texto Refundido de la Ley de Aguas de 20 de julio de 2001) introduce una profunda modificación y otorga al deslinde una eficacia mucho mayor, estableciendo expresamente en su artículo 13, número 1, que el deslinde aprobado «declara la

posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados». Ahora bien, esta eficacia, en puridad, no resulta del mismo deslinde que propiamente no «constituye» el derecho dominical que proclama, sino que simplemente lo «declara», pero sin constituirlo *ex novo*. Ello se explica por cuanto que el título genérico que inviste a la Administración de la condición de *dominus* sobre el dominio público es la Ley que establece las características físicas o naturales de determinadas categorías globales de bienes a los que otorga la condición de demaniales (en este caso, las riberas del mar), de forma que la precisión sobre el terreno del *quantum* de este dominio a través del deslinde genera un título específico e inmediato de la titularidad dominical de la Administración. Por tanto, teniendo en cuenta el citado carácter declarativo y no constitutivo del de deslinde, no puede acogerse favorablemente el razonamiento del recurrente de que no constando inscrito el deslinde aprobado por la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 2010, la registradora no puede tomar en cuenta el debatido carácter demanial de la finca transmitida, dada la limitación de los medios de calificación que impone el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Partiendo de las anteriores consideraciones sobre el carácter demanial de la finca y amarre cuestionado, es preciso determinar la forma en que interfiere tal dato con la eficacia de las inscripciones de dominio practicadas a favor de los vendedores y sobre su poder de disposición. A tal efecto, hay que recordar que, como ha declarado este Centro Directivo en su Resolución de 10 de noviembre de 2010, conforme al artículo 132, número 2 de la Constitución, son bienes de dominio público estatal en todo caso, además de los que determine la Ley, la zona marítimo-terrestre y las playas. En desarrollo de este precepto constitucional, la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, declara que los bienes de dominio público marítimo-terrestre definidos en la misma son inalienables, imprescriptibles e inembargables (cfr. art. 7), careciendo de todo valor obstativo frente al dominio público las detenciones privadas, por prolongadas que sean en el tiempo y aunque aparezcan amparadas por asientos del Registro de la Propiedad (cfr. art. 8), y sin que puedan existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre (cfr. art. 9, núm. 1). Queda, por último, por determinar si la reforma introducida por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, ha producido una exclusión *ope legis* del dominio público de la finca a que se refiere este expediente y su paralela atribución al titular registral, como sostiene el recurrente, en base a la Disposición Adicional décima de la citada ley. En el caso del presente expediente, la condición de titular inscrito sí la cumplen los vendedores. Ahora bien, el reintegro a favor de dichos titulares registrales en el dominio de los terrenos inscritos, situados en urbanizaciones marítimo-terrestres, que «dejen de formar parte del dominio público» por aplicación de la citada Ley 2/2013 no se establece de forma automática e incondicionada, sino sujeta al requisito de la previa revisión del correspondiente deslinde «de acuerdo con la Disposición Adicional segunda», según la cual, «la Administración General del Estado deberá proceder a iniciar la revisión de los deslindes ya ejecutados y que se vean afectados como consecuencia de la aprobación de la presente Ley». Por ello fue correcta la calificación recurrida al señalar la necesidad de «acreditar la modificación del deslinde que excluya la finca relacionada del dominio público marítimo-terrestre».

Resolución de 24-1-2014
(BOE 13-2-2014)
Registro de la Propiedad de Lucena del Cid

TÍTULO INSCRIBIBLE. DOCUMENTO NOTARIAL EXTRANJERO.

Analizando, en primer lugar, el segundo defecto de la nota de calificación, referente a la necesidad de que se acompañe copia auténtica de la escritura holandesa debidamente apostillada, ya que la apostilla aparece en la traducción pero no en el documento original, que es una mera fotocopia, dicho defecto debe ser confirmado. A la vista de la copia traducida que se acompaña, el convenio realmente se adjunta pero no aparece incorporado a la escritura —en cuyo caso formaría parte integrante de esta y caería bajo su forma—, por lo tanto es un documento privado que complementa a la escritura que ejecuta los acuerdos que contiene, por lo que no deben quedar dudas en cuanto a su autenticidad y de acuerdo con la doctrina anteriormente invocada debe, al menos, testimoniarse notarialmente. El registrador debe comprobar que la identidad del otorgante coincide con la que figura en el Registro, la eventual discrepancia que pueda existir entre los datos de identificación que constan en el Registro y los que figuran en la escritura, puede ser apreciada por el registrador como defecto que impida la inscripción, si bien ha de tratarse de una discrepancia que tenga suficiente consistencia.

En este caso, si bien es cierto, como dice la recurrente, que es explicable la discordancia de numeración del pasaporte por la caducidad del primero y la obtención de uno nuevo, tales circunstancias no resultan de la escritura sujeta a calificación, y al tratarse de cuestiones reguladas por la legislación holandesa, la registradora no tiene obligación de conocerla, pudiendo exigir su acreditación, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario. Solo podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente.

Resolución de 27-1-2014
(BOE 19-2-2014)
Registro de la Propiedad de Adeje

PROPIEDAD HORIZONTAL.

La rectificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, por existir errores o inexactitudes en el mismo, queda sujeta a la normativa contenida en la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto es una modalidad de modificación del título constitutivo, por lo que se precisa acuerdo previo de la junta de propietarios que la acuerde (cfr. arts. 5, 7, 10 y 17 de la LPH, según redacción dada por los números cuatro y cinco de la Disposición Final 1.^a de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, BOE de 27 de junio). Por lo que tratándose de un elemento que forma parte de un edificio en propiedad horizontal, será necesario que preste su consentimiento el titular registral del elemento cuyos linderos y descripción se quiere rectificar, pero también los titulares de los elementos colindantes a los que pueda afectar indirectamente dicha

rectificación (cfr. arts. 20 y 40 de la LH). También se precisará el consentimiento de la junta de propietarios en la medida que la rectificación del título constitutivo pueda afectar a elementos comunes.

Resolución de 27-1-2014
(BOE 19-2-2014)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 3

HIPOTECA.

Interpretando armónicamente lo expuesto y los preceptos contenidos en los artículos 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 82 de la Ley Hipotecaria, para valorar el alcance de la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas en relación con la prescriptibilidad de la inscripción de hipoteca a cuyo margen se practica deben diferenciarse dos hipótesis diferentes, a saber:

- Primera, que la nota marginal se expida después de que conste registralmente el vencimiento de la obligación garantizada por la hipoteca, circunstancia que de modo más común se producirá por el transcurso del plazo por el que se constituyó el préstamo. En este caso, la nota marginal de expedición de certificación de cargas interrumpe la prescripción de la acción ya nacida de acuerdo con el artículo 1973 del Código Civil y vuelve a iniciarse el cómputo del plazo legal, de modo que hasta que transcurran veintiún años contados desde la fecha en que la nota se extendió (Resoluciones de este Centro Directivo de 4 de junio de 2005 y 24 de septiembre de 2011, que cita el recurrente) sin que medie otro asiento que otra circunstancia acredite, no podrá procederse a cancelar por caducidad el asiento de inscripción de hipoteca a que se refiere la nota marginal.
- Segunda, que no habiendo llegado el día en que la prestación, cuyo cumplimiento se garantiza, deba ser satisfecha en su totalidad según Registro, esto es, básicamente, durante el periodo contractual de amortización, se extienda en virtud del correspondiente mandamiento la nota al margen de la inscripción de hipoteca acreditativa de haberse expedido certificación de dominio y cargas para procedimiento de ejecución hipotecaria. En este supuesto, nada interrumpe la nota marginal porque ningún plazo de prescripción habrá nacido previamente —al menos desde la perspectiva registral— y, no determinando la extensión de la nota marginal según lo expuesto, ninguna fecha especial en relación con el plazo de prescripción, no podrá cancelarse por caducidad conforme al artículo 82, párrafo quinto de la Ley Hipotecaria la inscripción de hipoteca hasta que transcurra el plazo de veinte años que para la prescripción de la acción hipotecaria establecen los artículos 1964 del Código Civil y 128 de la Ley Hipotecaria más un año más, contados no desde la extensión de la nota marginal sino desde la fecha de amortización final del préstamo.

Resolución de 27-1-2014

(BOE 19-2-2014)

Registro de la Propiedad de La Coruña, número 1

TESTAMENTO. INTERPRETACIÓN.

Ciertamente el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se establece cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias. El Tribunal Supremo ha hecho aplicación en numerosas ocasiones de la prueba extrínseca, y señala la importancia del factor teleológico y sistemático con objeto de llegar a una interpretación armónica del testamento. En este sentido, la sentencia de 9 de noviembre de 1966: «atendiendo fundamentalmente a la voluntad del testador, para la que ha de tomarse en consideración todo cuanto conduzca a interpretar la voluntad verdadera, captando el elemento espiritual sin limitarse al sentido aparente o inmediato de las palabras y basándose para tal indagación en los elementos gramatical, lógico y sistemático, mas sin establecer entre ellos prelación o categorías». En consecuencia, la interpretación debe dirigirse fundamentalmente a interpretar la voluntad del testador con los límites de que el que puede aclararla en primera persona ya no vive, y el carácter formal del testamento, que exige partir de los términos en que la declaración aparece redactada o concebida. La jurisprudencia ha empleado como primera norma de interpretación la literalidad de las palabras empleadas en el testamento, si bien atemperada y matizada por los elementos lógicos, teleológicos y sistemáticos que conforman el sentido espiritual de la voluntad del testador, esto es su voluntad real.

Resolución de 28-1-2014

(BOE 19-2-2014)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: VENTA DE PARTICIPACIÓN INDIVISA DE FINCA.

Sobre la cuestión planteada, este Centro Directivo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones desde la Resolución de 10 de octubre de 2005 hasta las más recientes, y especialmente la de 2 de enero de 2013, han fijado sistemáticamente la doctrina en la materia según la cual, 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 una parcelación ilegal, ya que para ello es necesario, bien que, junto con la venta de participación indivisa se atribuya el uso exclusivo de un espacio determinado susceptible de constituir finca independiente, 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, ni la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble en la escritura ni la manifestación contraria al hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación, reiterada posteriormente en el acta, bastan por sí solas para excluir la calificación de parcelación urbanística, pues el elemento decisivo es la existencia de indicios

suficientes, que desvirtúen dichas afirmaciones. Por lo tanto, la simple comprobación de la referencia catastral incorporada al documento, en la que consta que la participación de que es titular la vendedora tiene un uso individualizado como almacén-estacionamiento y forma parte de una finca en la que existe una construcción, constituye un elemento de juicio que permite concluir que probablemente exista una parcelación ilegal, presunción esta que solo puede desvirtuarse por la obtención de la oportuna licencia de segregación o declaración municipal de su innecesariedad.

Resolución de 29-1-2014

(BOE 19-2-2014)

Registro de la Propiedad de Oropesa del Mar, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO INTERRUMPIDO.

Para la inscripción de un testimonio de un auto dictado en expediente de dominio de reanudación del tracto, es necesario que se consignen las circunstancias personales en los términos previstos en los artículos 9 de la Ley y 51 del Reglamento Hipotecario. Respecto a la exigencia de que conste la firmeza del auto, dado el tenor literal del mismo que subordina la expedición del testimonio literal a su firmeza, el espacio de tiempo transcurrido entre las fechas de la resolución y de la expedición del citado testimonio y no habiendo otros elementos de juicio que permitan presumir que no se ha cumplido con lo ordenado en aquella, resulta claramente que en el momento en que se expide el testimonio literal a efectos de inscripción era ya firme el auto judicial acordando la inmatriculación de la finca, por lo que el defecto debe decaer. Dado que la finca respecto a la que el promotor del expediente realizó la adquisición en la actualidad se encuentra extinguida y ha sido sustituida por subrogación real por sendas fincas de reemplazo resultantes de una reparcelación, hay que entender que la fecha de la inscripción que debe considerarse a los efectos del artículo 202 de la LH es la del último titular de la finca de origen.

Resolución de 29-1-2014

(BOE 19-2-2014)

Registro de la Propiedad de Bande

INMATRICULACIÓN.

La inmatriculación de fincas por la vía del doble título exige el encadenamiento de dos adquisiciones sucesivas o directamente coordinadas con la finalidad de lograr cierta certidumbre de que el inmatriculante es su verdadero dueño. Se busca así que sean dos transmisiones efectivas y reales. Por ello, y aun cuando la función registral no pueda equipararse a la judicial, no se excluye que el registrador pueda apreciar el fraude cuando de la documentación presentada resulte objetivamente un resultado antijurídico, cuando el contexto resulta de lo declarado por el presentante y de los libros del Registro, pues la tarea de calificación no se limita a una pura operación mecánica de aplicación formal de determinados preceptos, ni al registrador le está vedado acudir a la hermenéutica y a la interpretación con-

textual. De este modo se ha reiterado por este Centro Directivo que el registrador puede detener la inmatriculación cuando estime la instrumentalidad de los títulos, si bien esta no puede derivar de simples sospechas, debiendo estar suficientemente fundadas. Para esto debe estudiarse el caso concreto. En el presente caso, el carácter *ad hoc* de la documentación se puede inferir de las circunstancias que rodean su otorgamiento: el doble título público exigido en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria se pretende conseguir a través de dos títulos —de disolución y aportación— cuya naturaleza traslativa —como se ha dicho— es discutida, lo que lo hace un supuesto más claro aún que el de la resolución de 9 de mayo de 2013, donde al menos había un título traslativo claro como era una compraventa; la coetaneidad de negocios es evidente, pues el título previo —disolución de condominio— fue otorgado ante el mismo notario y con el número de protocolo inmediato anterior al que pretende servir de base para la inmatriculación de la finca; la escasa repercusión fiscal de la operación es clara; no se acredita de modo fehaciente la constitución del condominio que se disuelve limitándose los codueños a señalar que adquirieron sus respectivas porciones al fallecimiento indeterminado de diferentes causantes sin justificación alguna; y el Catastro figura a nombre de «herederos de J. V. R.» cuando solo dos de las cuotas de la comunidad disuelta se dicen proceder de tal herencia, mientras que la otra tercera parte indivisa se afirma procede de la herencia de doña D. R. C., que nada tiene que ver con aquella.

Resolución de 30-1-2014
(BOE 19-2-2014)
Registro de la Propiedad de Aldaia

PROCEDIMIENTO REGISTRAL.

El artículo 108 del Reglamento Hipotecario permite que un título anteriormente presentado, una vez caducado el asiento de presentación, pueda volver a presentarse y provocar la iniciación de un nuevo procedimiento con todos los efectos que la legislación hipotecaria prevé. Ahora bien, esta facultad de reiterar la presentación y la petición de calificación, ya por sí excepcional, no puede mantenerse cuando la cuestión ha sido objeto de un recurso contra la calificación cuestionada, ya se trate de un recurso potestativo ante esta Dirección General, o de una impugnación directa ante los tribunales a través del juicio verbal (cfr. art. 324 de la LH), pues en tales casos la resolución que recaiga será definitiva, sin posibilidad de reproducir la misma pretensión. Desde luego no cabe durante la pendencia del recurso, pues en tal situación sigue vigente el asiento de presentación del título, sin que sea admisible la existencia de un doble procedimiento registral —en virtud de la existencia de dos asientos de presentación— respecto de un mismo título (cfr. Resolución de 10 de junio de 2009). Pero tampoco cabe, una vez recaída Resolución en el procedimiento del recurso, que haya devenido firme por no haber sido objeto de impugnación judicial dentro del plazo preclusivo de dos meses previsto para ello (cfr. art. 328 de la LH).

Resolución de 30-1-2014
(BOE 19-2-2014)
Registro de la Propiedad de Villena

CALIFICACIÓN REGISTRAL.

El artículo 254 de la Ley Hipotecaria es explícito al imponer un veto a cualquier actuación registral si no se cumplen previamente determinadas obligaciones fiscales. Se excluye el acceso al Registro de la Propiedad y se impone al registrador el deber de comprobar, para la admisión del documento, el previo cumplimiento de las obligaciones tributarias a que pudiera estar sometido el acto o contrato que pretenda acceder al Registro, permitiéndose únicamente antes de que se verifique la presentación en la oficina fiscal, conforme a lo dispuesto en el artículo 255 de la Ley Hipotecaria, la práctica del asiento de presentación, suspendiendo en tal caso la calificación y la inscripción, con devolución del título presentado, a fin de satisfacer el impuesto correspondiente o, en su caso, alegar ante la autoridad fiscal la no sujeción o exención del impuesto de los actos contenidos en el documento presentado. La decisión del registrador debe ser confirmada. El requisito de la presentación únicamente podrá tenerse por realizado, tal como se deduce del propio tenor del artículo 54 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuando la misma haya tenido lugar ante la Administración Tributaria competente para exigirlo. Lo mismo cabe decir respecto al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

Resolución de 31-1-2014
(BOE 19-2-2014)
Registro de la Propiedad de Cuevas de Almanzora

INMATRICULACIÓN.

La inmatriculación de fincas por la vía del doble título exige el encadenamiento de dos adquisiciones sucesivas o directamente coordinadas con la finalidad de lograr cierta certidumbre de que el inmatriculante es su verdadero dueño. Se busca así que sean dos transmisiones efectivas y reales. Por ello, y aun cuando la función registral no pueda equipararse a la judicial, no se excluye que el registrador pueda apreciar el fraude cuando de la documentación presentada resulte objetivamente un resultado antijurídico, cuando el contexto resulta de lo declarado por el presentante y de los libros del Registro, pues la tarea de calificación no se limita a una pura operación mecánica de aplicación formal de determinados preceptos, ni al registrador le está vedado acudir a la hermenéutica y a la interpretación contextual. De este modo se ha reiterado por este Centro Directivo que el registrador puede detener la inmatriculación cuando estime la instrumentalidad de los títulos, si bien esta no puede derivar de simples sospechas, debiendo estar suficientemente fundadas. Para esto, debe estudiarse el caso concreto. En el presente expediente, habiendo adquirido el cónyuge aportante la finca mediante escritura de herencia otorgada a su favor veintiún días antes de la aportación a la sociedad de ganancias, y teniendo los bienes adquiridos por título gratuito la condición de privativos por naturaleza conforme a lo dispuesto en el artículo 1346.2 del Código Civil, y no existiendo problemas de coincidencia con la titularidad catastral, no puede de-

ducirse la existencia de indicios suficientes que evidencien que la documentación calificada haya sido creada o concebida *ad hoc* con el único propósito de obtener la inmatriculación. Respecto a la virtualidad como título inmatriculador de una aportación a la sociedad de gananciales, ha de señalarse que frente a la objeción expresada por el registrador en el segundo defecto de la nota de calificación, debe tenerse en cuenta que, aun dejando al margen el análisis de las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de dicho negocio, lo cierto es que comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial constituida por un patrimonio separado colectivo, distinto de los patrimonios personales de los cónyuges, afecto a la satisfacción de necesidades distintas y con un régimen jurídico diverso. Dicho transvase patrimonial tiene indudables consecuencias jurídicas, tanto en su aspecto formal como en el material, en la medida en que implica una mutación sustancial de la situación jurídica preexistente, con modificación de los poderes de gestión y disposición que sobre el bien ostentaba previamente el aportante. Se trata de un negocio de tráfico jurídico que tiene innegable trascendencia respecto del régimen jurídico aplicable en relación con el bien aportado, especialmente en lo atinente a la capacidad para administrarlo y disponer del mismo. Según este criterio, debe estimarse que el negocio de aportación cumple el requisito de existencia de título público de adquisición a efectos inmatriculadores.

Resolución de 31-1-2014

(BOE 19-2-2014)

Registro de la Propiedad de Nules, número 1

ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.

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 Proyecto de Reparcelación, ya aprobado por el Ayuntamiento, pero aún no documentado ni presentado a inscripción. 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». 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 necesariamen-

te 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.

Resolución de 1-2-2014

(BOE 27-2-2014)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 11

PROPIEDAD HORIZONTAL.

De acuerdo con la doctrina tradicional de la propia Dirección General y del Tribunal Supremo, son admisibles las reservas estatutarias que autorizan la división o agrupación de un piso o local sin el acuerdo previo de la junta de propietarios. Pero en el presente caso el título constitutivo de la propiedad horizontal estableció la reserva unilateral de la facultad de dividir o agrupar, reserva que una vez inscrita goza de eficacia *erga omnes* mediante su inscripción registral y vincula a quienes han accedido a la propiedad horizontal con posterioridad, pero de la que son titulares los señores P. y R. C. Como toda reserva de facultades debe ser objeto de interpretación estricta entre otros extremos en cuanto a su titularidad que se atribuyó a los indicados señores y debe ser entendida como facultad personalísima y dependiente exclusivamente de su voluntad de titulares y por lo tanto intrasmisible.

Resolución de 1-2-2014

(BOE 27-2-2014)

Registro de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DERECHO HEREDITARIO.

Limitada la presente Resolución al contenido de la nota de calificación (cfr. art. 326 de la LH), debe confirmarse la nota de calificación, pues para solicitar la anotación preventiva de derecho hereditario hay que justificar, como requisito básico, ser heredero del titular registral y la porción hereditaria que le corresponde. No puede pretenderse la práctica de la anotación preventiva del derecho hereditario sobre bienes inscritos a favor de terceras personas, si no se acredita ser causahabiente del titular registral y la porción hereditaria que corresponde al deudor. Si para la práctica de la anotación preventiva de derecho hereditario es necesario acreditar no solo el fallecimiento del titular registral, sino también la condición de heredero —cuando quien solicita la anotación preventiva del derecho hereditario es el heredero del titular registral—, con mayor razón será exigible cuando quien solicita la práctica de dicha anotación es un acreedor del heredero. En este caso es requisito necesario, pero no suficiente, acreditar que el deudor es heredero del titular registral, así como la porción hereditaria que le corresponde; además será preciso acreditar que es un acreedor con derecho a instarla, bien por solicitud, si se trata de un acreedor de los previstos en el artículo 146.4 del Reglamento Hipotecario, o bien acudiendo los demás acreedores al procedimiento especial regulado en el artículo 57 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 3-2-2014

(BOE 27-2-2014)

Registro de la Propiedad de Reus, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DERECHO HEREDITARIO. REQUISITOS.

En el presente recurso se plantea la cuestión de si es inscribible o no una escritura de constitución de hipoteca de una finca sita en Cataluña, constituida por el comprador de la misma, de nacionalidad rusa, casado «en régimen legal ruso de comunidad de bienes», sin que intervenga en la escritura su cónyuge ni resulte acreditado el Derecho extranjero aplicable para realizar actos dispositivos conforme a su régimen económico matrimonial. La escritura de constitución de hipoteca se otorga en la misma fecha, y con número siguiente de protocolo, que la previa de compraventa de la misma finca hipotecada, compra que se realizó «como bien común de su sociedad conyugal», y que fue inscrita a favor del comprador con sujeción a su régimen económico matrimonial. En el momento en que el bien adquirido con sujeción a un régimen económico matrimonial extranjero sea objeto de un acto de disposición no es posible mantener la indeterminación y en consecuencia debe acreditarse el contenido y la vigencia del Derecho extranjero concreto aplicable al caso. Como ya ha indicado este Centro Directivo en diversas Resoluciones (cfr. Resoluciones de 3 de enero de 2003, 26 de febrero de 2008 y 15 de julio de 2011) el singular régimen de constancia del régimen económico-matrimonial de los cónyuges extranjeros en la inscripción de los bienes y derechos que adquieren, previsto en el artículo 92 del Reglamento Hipotecario difiere el problema para el momento de la enajenación posterior, pues en tal momento es preciso el conocimiento del Derecho aplicable al caso concreto, en cuanto a las reglas que disciplinan el régimen de disposición del bien y requisitos que el mismo impone. Dicho régimen no se aplicará, según el criterio sentado en las citadas Resoluciones, si la enajenación o el gravamen se realiza contando con el consentimiento de ambos cónyuges (enajenación voluntaria), o demandando a los dos (enajenación forzosa). La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la Resolución de esta Dirección General, de 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto, los medios de prueba del Derecho extranjero son «la aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable». El precepto señala además que: «Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles». La enumeración expuesta no contiene un *numerus clausus* de medios de prueba, ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse «entre otros medios», por los enumerados.

Resolución de 3-2-2014
(BOE 27-2-2014)
Registro de la Propiedad de San Mateo

PUBLICIDAD FORMAL.

El registrador ha de calificar, no solo si procede o no procede expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho (en el caso del Registro de la Propiedad) que se solicita, sino también qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información, pues cabe perfectamente que puedan proporcionarse ciertos datos registrales y no otros relativos a una misma finca o entidad. En el presente expediente consta que el recurrente tiene instado un procedimiento de ejecución de títulos judiciales dimanante de una cuenta de abogado que se sigue contra la herencia yacente de doña J. Z. S., en cuyo procedimiento se dictó mandamiento de anotación preventiva de embargo contra dicha herencia yacente, anotación que fue denegada por aparecer la finca «a nombre de tercero que no ha sido parte en el procedimiento» que motivó la inscripción cuarta de herencia, de la que se solicita la certificación literal. Queda, en consecuencia, acreditado un interés legítimo y patrimonial en la solicitud de la certificación literal, en los términos expuestos en los anteriores fundamentos de Derecho. Dicha certificación podrá hacerse plenamente extensiva, entre otros extremos a todo aquel contenido que sea necesario para que el recurrente pueda instar los correspondientes procedimientos judiciales, como son, sin ánimo exhaustivo, fecha de defunción y lugar de fallecimiento de la causante, nombre del notario autorizante del testamento, fecha y número de protocolo, así como de todas aquellas estipulaciones que no sean estrictamente personales; nombre del notario autorizante de la escritura de manifestación de herencia, fecha y número de protocolo, así como de aquellas estipulaciones que hagan referencia a la adquisición hereditaria, como puede ser la aceptación de la herencia pura y simple o a beneficio de inventario, nombre y apellidos del heredero.

Resolución de 4-2-2014
(BOE 27-2-2014)
Registro de la Propiedad de Pozoblanco

RECURSO GUBERNATIVO.

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del art. 324 de la LH y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene, en consecuencia, por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título ya inscrito, ni de la procedencia o no de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales, en este caso la agrupación practicada. De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por consentimiento de todos los interesados, bien por los Tribunales de

Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40, 82 y 83 de la LH).

Resolución de 4-2-2014

(BOE 27-2-2014)

Registro de la Propiedad de Felanitx, número 1

HIPOTECA.

Conforme a los artículos 132 de la Ley Hipotecaria y 685 de la LEC, es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

Resolución de 5-2-2014

(BOE 27-2-2014)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

HIPOTECA.

Se trata de delimitar la interpretación y alcance del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo. La controversia se centra en una de las tres circunstancias del citado contrato cuya presencia completa la definición del supuesto de hecho de la norma, en particular la referida a que se trate de préstamos hipotecarios «que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés». En la locución «instrumento de cobertura del riesgo de interés» se comprenden varias figuras cuyo objetivo común es minimizar el riesgo que asume el prestatario al contratar un préstamo hipotecario a interés variable derivado de una posible subida de tipos, hipótesis previsible en contratos de larga duración, que pueden determinar eventualmente una dificultad o imposibilidad de hacer frente a las cuotas periódicas de amortización. Entre tales modalidades de cobertura, junto con el *swap* o permuta financiera de tipos de interés, que supone un cambio temporal del tipo de interés variable contratado por otro fijo, figura el denominado «cap.» hipotecario que protege contra la subida del tipo de interés por encima de un determinado límite máximo y durante un concreto periodo de tiempo. Durante ese periodo y mediante el pago de una cantidad (que se denomina «prima», pero esta denominación no debe confundir, pues no se trata de un seguro) el prestatario queda a salvo de las alzas del tipo de interés que puedan producirse por encima del nivel que se hubiera pactado. Una vez finalizado el plazo para el que se ha contratado esta cobertura, volverán a pagarse los intereses al tipo que resulte de la revisión periódica pactada. El «cap.» exige el pago inicial de una cantidad que debe ser abonada por el cliente con arreglo al sistema de liquidación pactado, con independencia de lo que ocurra con los tipos de interés posteriormente. Estas coberturas rigen normalmente durante periodos cortos muy inferiores a la duración media de los préstamos hipotecarios. El recurrente, basando su tesis impugnativa en una interpretación meramente literal del artículo 6 de la Ley 1/2013, entiende que en el caso objeto del presente expediente no concurre la circunstancia de que el

préstamo hipotecario escriturado «lleve asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés». Sin embargo, frente a dicha interpretación literal debe prevalecer otra que, conjugando todos los elementos de una hermenéutica completa de la norma, responda a su verdadera finalidad que, como se ha dicho, es eminentemente tuitiva y protectora del prestatario frente al riesgo del incremento de los costes financieros de la operación que pueden generar un peligro de insolvencia e impago que, a su vez, determine la ejecución y la pérdida de la propia vivienda. La acción de asociar en este caso se debe entender no en el sentido de vincular, sino en el de relacionar (tercera de las acepciones del diccionario de la Real Academia de la Lengua). Esta relación, en el presente caso, existe según se desprende de una atenta lectura de la cláusula contractual debatida. En la misma no solo se establece la previsión de la bonificación del tipo de interés para el caso de que se llegue a contratar el instrumento de cobertura, ni se limita a ofrecer una información detallada de las características del mismo, sino que, además, prefigura, preordena, la regulación contractual de la cobertura para el caso de que finalmente, en cualquier momento de la vida del préstamo hipotecario, se contrate. En este sentido, si bien en la citada cláusula no existe una «imposición del contrato» en el sentido de «obligar a contratar», sí existe lo que la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, denomina «imposición del contenido». Finalmente, tampoco constituye motivo que enerve tal conclusión el argumento invocado por el recurrente en el sentido de que para que sea obligatoria la expresión manuscrita de la advertencia es necesario el requisito adicional de que entre los posibles riesgos del contrato se encuentre el de la existencia de «eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo [que] pueden ser negativas». Sin necesidad ahora de prejuzgar si tal requisito adicional es o no imprescindible, es lo cierto que de serlo no puede salvar el obstáculo señalado en la calificación, pues la atenta lectura de la estipulación debatida claramente pone de manifiesto la previsión de tal peligro financiero, según se desprende de la siguiente previsión: «Una vez formalizada la operación de cobertura o Cap., los tipos de interés pueden evolucionar de tal manera que el coste financiero soportado por el cliente (primas) sea superior a las cantidades a recibir del Banco durante la vigencia de la operación, pudiendo darse la circunstancia, por tanto, de que en determinados periodos de cálculo, e incluso en la totalidad de los mismos, el cliente haya pagado la prima, o deba hacerlo si opta por una prima periódica, sin recibir contraprestación del Banco».

Resolución de 5-2-2014

(BOE 28-2-2014)

Registro de la Propiedad de Borja

EMBARGO.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, en cuanto a la cancelación de los asientos posteriores, que la caducidad de las anotaciones preventivas opera *ipso iure*, una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.º del Re-

glamento Hipotecario dictado en el procedimiento en el que se ordenó la práctica de aquella anotación, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad.

Resolución de 6-2-2014

(BOE 4-3-2014)

Registro de la Propiedad de Orense, número 1

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO QUE SE INMATRICULA.

El pacto de mejora es un pacto sucesorio regulado en los artículos 214 a 218 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. El artículo 215 distingue entre pacto con entrega de presente, que determina la adquisición del bien por el mejorado, y pacto sin entrega actual, en el que la adquisición se produce al fallecimiento del mejorante. En el caso de pacto con entrega actual o de presente, los artículos 216 y 217 admiten la posibilidad de que el mejorante se reserve la facultad de disponer por actos *inter vivos*, a título oneroso o gratuito. En la escritura calificada se documenta un «pacto de mejora con entrega actual» del bien, reservándose los mejorantes el usufructo y la facultad de disponer por actos *inter vivos* y se impone al mejorado la prohibición de disponer del bien mientras viva, que pasará a su fallecimiento a sus descendientes, salvo que se produzca determinada circunstancia. En el supuesto de este expediente, no puede equipararse el pacto de mejora que se documenta en la escritura calificada con la donación con reserva de la facultad de disponer o con pacto de reversión a las que se refieren los artículos 639 y 641 del Código Civil, porque las restricciones que se han hecho al dominio, en el negocio de transmisión, son tan grandes que agotan el poder de disposición. Examinadas todas las circunstancias que concurren en la escritura calificada, resulta que el mejorado adquiere un dominio desprovisto de todas las cualidades que según el referido artículo 348 del Código Civil integran el mismo, pues no puede «gozar» ni «disponer» de la finca, adquiriendo, de momento y al menos hasta el fallecimiento del mejorante, una titularidad puramente formal de la nuda propiedad. Y esa titularidad puramente formal, junto con la imposibilidad de reflejar registralmente la reserva de la facultad de disponer a favor de los transmitentes, impide la inmatriculación de la finca.

Resolución de 6-2-2014

(BOE 4-3-2014)

Registro de la Propiedad de Xirivella

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONVERSIÓN DE UN ELEMENTO PRIVATIVO EN COMÚN.

En el presente caso, es cierto que, como manifiesta el recurrente, no se trata de la adquisición de un elemento privativo por la comunidad que haya de inscribirse en favor de dicha comunidad o a nombre de la junta de propietarios, lo que, como ya entendió este Centro Directivo en Resolución de 1 de septiembre de 1981, no es posible por carecer de personalidad jurídica. Lo que se formaliza en la escritura calificada es la transformación de un elemento privativo en elemento común me-

diante el correspondiente acto de afectación y modificación consiguiente del título constitutivo de la propiedad horizontal, algo que ya ha admitido expresamente esta Dirección General en la citada Resolución y otras muchas posteriores, entre las cuales cabe citar la más reciente de 4 de octubre de 2013 en los siguientes términos: «Indudablemente, en el ámbito de la autonomía de la voluntad para configurar el derecho real adquirido en régimen de propiedad horizontal cabe transformar un elemento privativo en elemento común al servicio de todos los titulares de propiedad separada sobre los distintos pisos, locales o departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente. Dicha transformación requiere el correspondiente acto de afectación, que por comportar la modificación del título constitutivo deberá ser acordado por la junta de propietarios en la forma establecida en el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal (por unanimidad, con las especialidades y excepciones en dicha norma establecidas)». Por lo demás, esta afectación tiene carácter de acto colectivo para cuya adopción es suficiente cumplir tales requisitos —junto al consentimiento individual del propietario del elemento privativo que se transforma—, lo que ha quedado acreditado fehacientemente en la escritura calificada, la cual determina perfectamente la configuración y extensión del derecho cuya inscripción se solicita (cfr. arts. 6 y 9 de la LH, 51.6 del RH y 172 del RN).

Resolución de 7-2-2014
(BOE 4-3-2014)
Registro de la Propiedad de Canjáyar

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULOS CREADOS *AD HOC*.

El control de la inmatriculación por título público exige a los registradores que al efectuar su calificación, extremen las precauciones para evitar el acceso al Registro de títulos elaborados *ad hoc* con el único fin de obtener la inmatriculación, lo que se explica y justifica por las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica, pues se trata de eludir el fraude de Ley en el sentido de evitar que, mediante la creación instrumental de títulos, se burlen todas las prevenciones que para la inmatriculación mediante título público ha instituido el legislador. El carácter *ad hoc* de la documentación se puede inferir de las circunstancias que rodean su otorgamiento (la coetaneidad de ambos negocios, la inexistencia de título original de adquisición y el nulo coste fiscal como reconoce el recurrente al estar exenta la aportación). En el presente expediente, la escueta nota de calificación se limita a manifestar que «resulta palmario que el título presentado ha sido elaborado a los solos efectos de motivar la inmatriculación de la finca», pero no motiva, ni justifica mínimamente su calificación, siendo así que, como se ha expuesto en los anteriores fundamentos de Derecho, el registrador puede llegar a valorar la existencia de una creación *ad hoc* de los títulos inmatriculadores, pero para ello es preciso que justifique y fundamente suficientemente las razones en que se basa, por cuanto no debe olvidarse que de conformidad con el artículo 1277 del Código Civil se presume que la causa existe y es lícita.

Resolución de 7-2-2014
(BOE 4-3-2014)
Registro de la Propiedad de Guernica-Lumo

PROPIEDAD HORIZONTAL: SERVIDUMBRES SOBRE ELEMENTOS PRIVATIVOS.

La comunidad puede exigir de uno o de varios copropietarios la constitución de servidumbres sobre los elementos de uso privativo para la creación de servicios comunes si estos son imprescindibles para la ejecución de los acuerdos aprobados con las mayorías necesarias y responden a un interés general de todos los comuneros. Estas servidumbres pueden ser temporales o permanentes, debiendo ponderarse el alcance que sobre el elemento privativo tiene dicha limitación. En el caso que nos ocupa, es evidente que la servidumbre, necesaria para la ejecución del acuerdo de la junta de propietarios, debidamente tomado según consta en la sentencia, no nace con vocación de perpetuidad, pues aun cuando el fallo no lo diga expresamente, así resulta sin duda de la expresión «hasta tanto no se cree el paso previsto en el Proyecto y Licencia de Edificación del inmueble entre la calle (...) y la galería existente en la parte delantera del edificio». Tal y como está configurada la servidumbre podría calificarse de temporal y sujeta a condición, y si bien su duración es indeterminada es determinable, pues se extinguirá en el momento en que se ejecute la obra que conllevara su innecesariedad, con lo que la servidumbre así configurada cumple con los requisitos del principio de especialidad a efectos de su inscripción. El derecho real de servidumbre constituido, como es el caso, dentro de las medidas tendentes a la eliminación de barreras arquitectónicas en beneficio de todos los propietarios de los distintos pisos y locales susceptibles de aprovechamiento independiente, tendrá la condición de elemento común y la obligación impuesta al titular del local de permitir dicha servidumbre se encuadra dentro de las obligaciones *propter rem* vinculadas a la titularidad de la finca. La comunidad será la beneficiaria de la servidumbre y en consecuencia el propietario afectado tendrá derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados.

Resolución de 10-2-2014
(BOE 4-3-2014)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 4

SEGURO DECENAL: DONACIÓN DE VIVIENDA REALIZADA POR EL AUTOPROMOTOR.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque considera que, al no haber transcurrido diez años desde que se declaró la obra nueva de la vivienda donada y no acreditarse la suscripción del seguro decenal, es necesario que las donatarias liberen a los donantes de la obligación de constituir el seguro referido (exoneración que deberá ser manifestada por un defensor judicial por existir conflicto de intereses entre las donatarias y los donantes); y que los donantes acrediten que la vivienda ha sido utilizada para uso propio. El recurrente mantiene que la donación no queda comprendida en el supuesto normativo para el cual, en caso de transmisión de una única vivienda unifamiliar construida por el autopromotor para uso propio en el plazo de diez años, sin haber constituido el seguro decenal, es necesario que tal autopromotor acredite haber utilizado la vivienda y sea expre-

samente exonerado por el adquirente de la constitución de dicha garantía. Pero tal criterio no puede ser acogido por este Centro Directivo, pues de la interpretación literal y finalista de la norma referida se desprende inequívocamente que, tratándose de una transmisión *inter vivos*, entra en juego la garantía prevista por la Ley, sin que el hecho de que se trate de una transmisión gratuita constituya motivo de exoneración.

Resolución de 10-2-2014
(BOE 4-3-2014)
Registro de la Propiedad de Benavente

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

En el supuesto de hecho de este recurso, cuando el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se presentan en el Registro, la caducidad y la cancelación de la anotación del embargo de los que dimanaban ya se habían producido. Y es que transcurridos cuatro años desde la fecha de la anotación, caducó automáticamente la anotación preventiva. Para que la cancelación de las cargas posteriores ordenadas en el mandamiento hubiera sido posible, debió haberse presentado en el Registro el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas o, al menos, el testimonio del auto de adjudicación para ganar prioridad, antes de que hubiera caducado la anotación preventiva de embargo que lo motivó. Pero el hecho de que se haya expedido la certificación de titularidad y cargas que prevé el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no produce el efecto de prorrogar la vigencia de las anotaciones preventivas, sino que estas se prorrogan en la forma establecida en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 11-2-2014
(BOE 21-3-2014)
Registro de la Propiedad de San Feliú de Guixols

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: ADMINISTRADOR NO INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL.

En el presente expediente la calificación está insuficientemente motivada y no puede tenerse en cuenta el contenido calificadorio que, incorrectamente, se incluye en el informe (cfr., entre otras muchas, las Resoluciones de 17-9 y 15 y 19-10-2004, 20-4 y 23-5-2005, 20-1-2006, 31-1-2007, 11-2-2008, 13 y 14-10-2010, y 7-7 y 6-9-2011); solo así puede evitarse la indefensión del recurrente, pues no ha podido alegar cuanto le hubiera convenido respecto de todas las razones que, intempestivamente, alega el registrador en su informe. No obstante, debe decidirse sobre la cuestión planteada en los términos expresados en la nota de calificación, pues no puede estimarse que se haya producido la indefensión del recurrente como lo demuestra el contenido de su escrito de interposición del recurso. Cuando se trate de personas jurídicas, y en particular, como sucede en este caso, de sociedades, la actuación del titular registral debe realizarse a través de los órganos legítimamente designados de acuerdo con la Ley y normas estatutarias de la entidad de que se trate, o de los apoderamientos o delegaciones conferidos por ellos conforme a

dichas normas (vid. Resolución de 12-4-1996, citada expresamente por la Resolución de 12-4-2002). Extremos y requisitos estos que en caso de que dichos nombramientos sean de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil y los mismos se hayan inscrito corresponderá apreciar al registrador mercantil competente, por lo que la constancia en la reseña identificativa del documento del que nace la representación de los datos de inscripción en el Registro Mercantil dispensará de cualquier otra prueba al respecto para acreditar la legalidad y válida existencia de dicha representación dada la presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales (cfr. arts. 20 del CCom. y 7 del RRM). Como señala el Tribunal Supremo (cfr. sentencia de 20-5-2008) dentro de la expresión, a que se refiere el artículo 165 del Reglamento Notarial, «datos del título del cual resulte la expresada representación», debe entenderse que «uno de los cuales y no el menos relevante es su inscripción en el Registro Mercantil cuando sea pertinente». En otro caso, es decir, cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquella y su congruencia con la presunción de validez y exactitud registral establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil (vid. Resoluciones de 17-12-1997 y 3 y 23-2-2001).

Resolución de 12-2-2014

(BOE 21-3-2014)

Registro de la Propiedad de El Ferrol

CONCESIÓN ADMINISTRATIVA: CANCELACIÓN POR RESOLUCIÓN UNILATERAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

Es cierto, como señala el registrador en su calificación, que es principio básico del sistema registral español que la rectificación de los asientos del Registro presupone el consentimiento de su titular o la oportuna resolución judicial supletoria (cfr. arts. 1 y 40 de la LH). Ahora bien, como ha señalado este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 27-6-1989, 8-1-1999 y 10-3-2000) del mismo modo que cabe la modificación de situaciones jurídico-reales por resolución de la Administración, aunque estén inscritas en virtud de un título no administrativo, con no menor razón deberá admitirse la modificación de la situación jurídica real inscrita en virtud de un título administrativo si en el correspondiente expediente, este, por nueva resolución de la Administración, es alterado (cfr. arts. 102 y sigs. de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), y siempre que se trate de expedientes en los que la autoridad administrativa interviniente sea competente para la modificación que se acuerde, y se cumplan en él las garantías legales establecidas en favor de la persona afectada. Como afirma el artículo 211, número 4, del Real Decreto Legislativo 3/2011, «los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos», o como disponía el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado de 1965, «los acuerdos que dicte el órgano de contratación (...) en el ejercicio de sus prerrogativas de (...) resolución, serán inmediatamente ejecutivos». Tratándose de la resolución de un contrato de concesión administrativa, el acuerdo de resolución de la Administración actuante implica la ex-

tinción del derecho real de concesión del contratista y de todos los que de él traigan causa. Por tanto, al Ayuntamiento, en cuanto órgano de contratación, le corresponde acordar la resolución del contrato (vid. Resolución de 11-10-2010), poniendo fin a la vía administrativa, y siendo tal acuerdo inmediatamente ejecutivo, sin perjuicio de la vía contencioso-administrativa. El vehículo para hacer constar la cancelación del derecho inscrito es el documento administrativo de resolución emanado de la Administración contratante (art. 156 del RDL 3/2011) que, como tal, goza de las presunciones de legalidad, ejecutividad y eficacia de los actos administrativos (arts. 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), sin perjuicio de que el registrador ejercite su competencia de calificación en los términos establecidos en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, que ha sido objeto de una copiosa interpretación por parte de este Centro Directivo, en los términos antes examinados. En cuanto a la necesidad de la firmeza de la resolución administrativa, a que igualmente alude el registrador en su calificación, como ha afirmado este Centro Directivo reiteradamente, se trata ciertamente de una hipótesis excepcional, pues, como ya se ha dicho, frente a la regla general en sede de rectificación de los asientos registrales que presupone el consentimiento del titular del asiento a rectificar o, en su caso, la oportuna resolución judicial firme dictada en juicio declarativo entablado contra aquel (cfr. arts. 1, 40, 82 y 220 de la LH), en este caso se pretende la rectificación en virtud de una resolución dictada en expediente meramente administrativo. Con todo, no puede negarse la eficacia rectificatoria de dicha resolución si ha agotado la vía administrativa, por más que sea susceptible de revisión en vía judicial, ya ante los tribunales contencioso-administrativos ya ante los tribunales ordinarios, pues, con carácter de regla general (no exenta de excepciones y de matizaciones importantes: vid. *ad exemplum* artículo 39.4.a) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, o artículo 29 del Reglamento de Costas), es necesaria y suficiente la firmeza en vía administrativa para que los actos administrativos que implican una mutación jurídico-real inmobiliaria sean susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad [vid., entre otros, arts. 9.2, 18.6 y 51.1. a) y g) del citado Texto Refundido de la Ley de Suelo, 53 de la Ley de Expropiación Forzosa y 27 del Reglamento Hipotecario, y Resoluciones de 22-6-1989, 14-10-1996 y 27-1-1998].

Resolución de 13-2-2014

(BOE 21-3-2014)

Registro de la Propiedad de León, número 4

FINCA REGISTRAL: IDENTIDAD.

Ha de revocarse la nota de calificación, puesto que existe plena correspondencia entre la descripción de la finca obrante tanto en el título adquisitivo como en el acta de notoriedad complementaria, entre sí y respecto de las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas que han de incorporarse por imperativo del artículo 3 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Por otro lado, a la vista de las anteriores consideraciones, también ha quedado acreditado que con la incorporación al folio registral de la referida descripción no se está llevando a efecto una rectificación que implique una alteración de la delimitación perimetral

de la finca o del volumen edificado, que ponga en duda su identidad, tal como se describe la misma en la inscripción primera (de hecho permanecen los mismos linderos y solo hay un cambio en la titularidad de dos de las fincas colindantes en favor del señor B. S.). Solo se persigue solventar las imprecisiones existentes en cuanto a la superficie de la finca, especificar los metros edificados en cada una de las dos plantas que ya se reflejan en el asiento registral (no hay tampoco inmatriculación de la construcción), y finalmente poner fin a la incoherencia que supone asignar una referencia catastral indebidamente contrastada y que dirige a una parcela catastral con una descripción y geometría incompatibles con los linderos fijos de la finca registral (vuelta a la calle E.), con la finalidad de conseguir una adecuada coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario, en aras de una mayor eficiencia en la prestación del servicio público de ambas Instituciones. Además, figurando ya inmatriculada una mitad indivisa de la finca ha de respetarse en principio la descripción obrante en el folio registral, lo cual no es óbice para complementar aquellas imprecisiones que pudieran existir, sobre todo si se tiene en cuenta la fecha de la inmatriculación.

Resolución de 13-2-2014

(BOE 21-3-2014)

Registro de la Propiedad de Alcira, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: PRECIO DE ADJUDICACIÓN EN LA SUBASTA.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 682 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta constituye —junto con el domicilio fijado por el deudor para la práctica de requerimientos y notificaciones— uno de los requisitos esenciales que han de constar en la escritura de constitución de hipoteca para que en caso de incumplimiento de la obligación garantizada puedan seguirse las particularidades del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados recogidas en los artículos 681 y siguientes de la Ley Procesal. Siendo la inscripción de la hipoteca uno de los pilares básicos de la ejecución hipotecaria (cfr. art. 130 de la LH), la fijación de un domicilio a efectos de notificaciones y la tasación, son elementos esenciales sobre los cuales gira la licitación, confiriendo distintos derechos al postor; al ejecutado y al ejecutante en función del porcentaje que la postura obtenida en la puja represente respecto del valor, en los términos recogidos por los artículos 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo determinante dicho precio para la evaluación acerca de si el valor de lo adjudicado ha sido igual o inferior al importe total del crédito del actor y de la existencia y eventual destino del sobrante, extremos estos expresamente calificables por el registrador al amparo de lo dispuesto en el artículo 132.4 de la Ley Hipotecaria. En los casos de escrituras otorgadas e inscritas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 y ejecutadas conforme a la legislación anterior, toda vez que no necesariamente contenían aquellas por disposición de ley manifestación expresa sobre la condición de la finca hipotecada relativa a ser o no vivienda habitual del deudor, habrá de pasarse por la declaración que sobre el extremo realice el secretario judicial que resuelve el procedimiento de ejecución directa como presupuesto básico en orden a fijar el valor de adjudicación salvo que surja un obstáculo del Registro, esto es, que del propio Registro resulte que la finca tiene carácter de vivienda

habitual del deudor. El criterio de que el domicilio señalado para notificaciones coincida con el de la vivienda habitual no puede ser mantenido ya que, como ya señaló esta Dirección General en Resolución de 26-1-2004, la fijación de un domicilio para requerimientos y notificaciones en la escritura de constitución de hipoteca tiene únicamente por objeto la aplicación de las particularidades procesales previstas en los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a la ejecución directa sobre los bienes hipotecados. Tampoco es suficiente para entender atribuida a una vivienda la condición de habitual el hecho de que en un embargo anotado se haya señalado como domicilio de uno de los embargados la finca objeto de anotación, pues no es dicha reseña una declaración específica realizada al efecto por el titular registral afecto por la traba realizada con el propósito de dejar constancia en el Registro de la situación de vivienda habitual, sino tan solo una circunstancia más —contingente y variable— relativa al domicilio, reflejada dentro de una determinada medida cautelar. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el registrador debe calificar por lo que resulte de los documentos presentados y de los asientos del Registro y, si bien es cierto (cfr. Resolución de 16-2-2012) que el registrador puede —en su función calificadora— consultar los Registros Públicos de carácter jurídico, como es el Registro Mercantil, no puede equipararse a este Registro el Padrón Municipal, pues ni existe un medio oficialmente establecido para coordinar el Registro de la Propiedad y el Padrón para lograr una calificación más acorde con el principio de legalidad, ni son los asientos del Padrón asientos de Registro cuya titularidad competa al cuerpo de registradores ni, en fin, los asientos del Padrón tienen la eficacia propia de los asientos de los Registros jurídicos pues, según señala el artículo 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, tiene el Padrón condición expresa de Registro administrativo. Y si bien es cierto que según el propio artículo 16 los datos del Padrón constituyen prueba del domicilio habitual del empadronado, no lo es menos que dicha prueba, por la propia naturaleza administrativa del Registro del que emana, no puede ser considerada plena, sino mera presunción que puede ser destruida por otros medios, entre los cuales no hay duda de que se incluye la manifestación en contra realizada tras la correspondiente investigación por el secretario judicial encargado de la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Resoluciones de 14 y 18-2-2014

(BOE 21 y 28-3-2014)

Registros de la Propiedad de Tortosa, número 3 y Sueca

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO AL TERCER POSEEDOR.

Conforme a los artículos 132 de la Ley Hipotecaria y 685 de la LEC, es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

Resolución de 17-2-2014
(BOE 21-3-2014)
Registro de la Propiedad de Tarancón

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DOCUMENTOS PRIVADOS. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Aunque la cuestión no está prevista expresamente en nuestra legislación hipotecaria, frente a la decisión del registrador de no extender un asiento de presentación cabe interponer los mismos recursos que frente a cualquier otra calificación, sin que resulte aplicable el régimen establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo. Entrando ya en las cuestiones de fondo suscitadas en el presente expediente, y en relación al primero de los defectos observados por el registrador, el mismo debe ser confirmado. En efecto, el artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en relación con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Dado que no concurre esta excepción en el presente supuesto en que se pretende que se proceda a la rectificación o anulación de diversas inscripciones ya practicadas, que se afirman extendidas erróneamente, sin aportar la documentación pública que las causó, sino una simple instancia privada soporte de dicha solicitud, debe aplicarse la regla general que proscribiera el acceso de los documentos privados incluso al Libro Diario del Registro. Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del art. 324 de la LH y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22-5-2000), que el objeto del expediente de recurso contra las calificaciones de los registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título ya inscrito, ni de la procedencia o no de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales. De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40, 82 y 83 de la LH).

Resolución de 17-2-2014
(BOE 21-3-2014)
Registro de la Propiedad de Tías

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO INTERRUPTO: CANCELACIÓN ASIENTOS CONTRADICTORIOS.

Se recurre en el presente recurso únicamente el segundo defecto de la nota de calificación, por lo que la cuestión a resolver es si el auto judicial por el que se resuelve un expediente de reanudación de tracto sucesivo interrumpido debe contener expresamente el pronunciamiento de cancelación de las inscripciones contradictorias o, por el contrario, tiene por sí virtualidad cancelatoria sin necesidad de mandato alguno. Esta cuestión formal ya ha sido tratada por este Centro

Directivo en anteriores ocasiones y su solución viene impuesta por la normativa hipotecaria vigente sobre esta cuestión, en particular en el artículo 286 del Reglamento Hipotecario. La Resolución de 7-3-1979 declaró que por mucho que se trate de un requisito de un rigor formal excesivo y no del todo justificado, constituye defecto subsanable el hecho de que el auto dictado para la reanudación del tracto sucesivo no contenga expresamente, como impone el artículo 286 del Reglamento Hipotecario, el pronunciamiento de cancelación de las inscripciones contradictorias. En la misma línea, se han pronunciado las Resoluciones de 29-8-1983, 24-1-1994, 4-10-2004 —que considera inexcusable que se ordene la cancelación de las inscripciones contradictorias— o en la misma línea, la Resolución de 16-3-2006. En este sentido es importante distinguir dos aspectos relevantes: que una cosa es que el ejercicio de una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar específicamente la nulidad o cancelación de los asientos contradictorios vigentes, pueda llevar implícita dicha petición; y otra muy distinta que el auto judicial que ha de resolver el expediente no deba cumplir todas las manifestaciones y requisitos formales y sustantivos exigidos por la normativa aplicable al procedimiento.

Resoluciones de 18-2 y 24-2-2014.

(BOE 28-3-2014)

Registros de la Propiedad de Almuñécar y Rute

HIPOTECA: NOVACIÓN MODIFICANDO EL VALOR DE TASACIÓN, PERO NO EL PACTO DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.

Se plantea la cuestión de si la exigencia de certificación de tasación de la finca y de redacción del pacto de vencimiento anticipado por impago de al menos tres mensualidades es aplicable a los supuestos de novación y ampliación de la hipoteca existente por incremento de la cuantía del préstamo. Y la contestación, atendiendo a la legislación vigente, tiene que ser necesariamente negativa. El artículo 682.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece como uno de los requisitos para la aplicación del procedimiento de ejecución directa «que en la escritura de constitución de hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por 100 del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario». El precepto se refiere únicamente a la «escritura de constitución de hipoteca» por lo que no puede extenderse a otros actos otorgados con posterioridad durante la vida de la hipoteca, ni se exige tampoco su actualización en ningún caso. La referencia literal a la «escritura de constitución» es más significativa, teniendo en cuenta que la legislación hipotecaria distingue perfectamente entre los títulos de constitución de los derechos reales y los demás títulos de reconocimiento, transmisión y modificación de los mismos, según resulta de la enumeración del artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria al diferenciar los títulos de constitución de otros de reconocimiento, modificación transmisión y extinción y resulta también del propio Código Civil, que en el artículo 1880 se refiere a lo relativo a la «constitución, modificación y extinción» de la hipoteca, como supuestos distintos, lo que confirma el artículo 144 de la Ley Hipotecaria, regulando la modificación de la obligación hipotecaria anterior, como supuesto diferente de la constitución de hipoteca contemplada

en el siguiente artículo 145 de la misma, por lo que la referencia específica a la «constitución» de la hipoteca en el artículo 682.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil no incluye el supuesto diferente de la modificación en diferentes variantes, entre ellas la mera novación modificativa, ni tampoco la ampliación del préstamo o crédito con paralelo incremento de la responsabilidad hipotecaria. Siendo ello así, y dado que respecto de venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, «el valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa» (cfr. art. 129.2.ª de la LH), idéntica solución se ha de aceptar en esta materia en caso de que la acción hipotecaria se ejercite mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado. Ello naturalmente siempre que, con motivo de esos otros actos, no se modifique expresamente el valor de tasación o el pacto de vencimiento anticipado contenido en la escritura de constitución, pues en tal caso, la modificación de la escritura de constitución en ese aspecto concreto determinaría que fuese necesario que se acompañase el certificado de tasación, pues entonces se estaría modificando expresamente uno de los elementos previstos en la escritura de constitución, que requeriría en tal caso que se cumplieran los requisitos relativos al valor de subasta cuando este se modifica. Y lo mismo cabe decir en el supuesto de que el pacto de ejecución judicial directa o extrajudicial no figurase en la escritura de constitución inicial y se integrase en la configuración del derecho real de hipoteca con ocasión de una novación o ampliación posterior, pues en tales supuestos el derecho al ejercicio de la acción hipotecaria por las vías judicial o extrajudicial previstas en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria surge en un momento ya posterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 y, por tanto, sujeta a sus requisitos específicos. Pero para poder proceder a la inscripción parcial de la escritura, con exclusión de la estipulación relativa a la nueva tasación, se precisa solicitud expresa, por ser dicha estipulación delimitadora del contenido esencial del derecho real de hipoteca (cfr. arts. 19 bis y 322 de la LH).

Resolución de 18-2-2014
(BOE 28-3-2014)
Registro de la Propiedad de Coria

CALIFICACIÓN REGISTRAL NEGATIVA: NECESIDAD DE MOTIVACIÓN.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (por todas la Resolución de 18 de noviembre de 2013), cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. art. 19 bis de la LH y Resoluciones de 2 de octubre de 1998; 22 de marzo de 2001; 14 de abril de 2010; 26 de enero de 2011, y 20 de julio de 2012, entre otras muchas). Es indudable que, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial los argumentos en que el registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los Fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de los hechos y razonamientos aducidos por el

registrador que pudieran ser relevantes para la resolución del recurso. También ha mantenido esta Dirección General (vid. la Resolución de 25 de octubre de 2007, cuya doctrina confirman las más recientes de 28 de febrero y de 20 de julio de 2012) que no basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de Resoluciones de esta Dirección General), sino que es preciso justificar la razón por la que el precepto de que se trate es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse (y lo mismo debe entenderse respecto de las citadas Resoluciones), ya que solo de ese modo se podrá combatir la calificación dictada para el supuesto de que no se considere adecuada la misma.

Resolución de 20-2-2014

(BOE 28-3-2014)

Registro de la Propiedad de Mijas, número 3

CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA RESPECTO DE CALIFICACIONES ANTERIORES. APORTACIÓN A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: CAUSA.

La independencia del registrador en el ejercicio de su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción y bajo su propia y exclusiva responsabilidad, hace que no esté vinculado, por aplicación de ese principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación, tanto respecto de calificaciones anteriores efectuadas por él mismo o, incluso, respecto del mismo documento por otro registrador. Esto ha sido reiteradamente reconocido por este Centro Directivo (por todas, valgan las Resoluciones de 18 de noviembre de 1960; 5 de diciembre de 1961; 20 de octubre de 1976 y 8 de mayo de 2012). Respecto a la manifestación hecha por los cónyuges en las escrituras reseñadas en los hechos, de que la finca resultante «les pertenece con carácter ganancial», esto no supone una atribución de tal condición a la finca agrupada. Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo que el acuerdo de los cónyuges solo será traslativo si en él hay donación o bien uno de los contratos que, seguidos de tradición, constituyen el título y modo de transmitir el dominio, conforme a lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil.

Resolución de 20-2-2014

(BOE 28-3-2014)

Registro de la Propiedad de Cazalla de la Sierra

ANOTACIONES PREVENTIVAS: CADUCIDAD.

El artículo 86 de la Ley Hipotecaria determina que las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquellas que tengan señalado en la Ley un plazo más breve, pudiendo prorrogarse por un plazo de cuatro años más siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento. Es pues la fecha en la que se consta en el Registro extendida la anotación y no otra, la que sirve de inicio al cómputo del plazo de caducidad, y es del asiento de anotación, no de la nota de despacho, del que se presume su exactitud y está bajo la

salvaguarda de los tribunales, como resulta de la literalidad del artículo 1 párrafo tercero de la Ley Hipotecaria cuando hace referencia a «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes...».

Resolución de 21-2-2014

(BOE 28-3-2014)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3

ANOTACIÓN DE EMBARGO PREVENTIVO: CADUCIDAD.

El artículo 81 de la Ley General Tributaria establece, respecto de la duración de las medidas cautelares —entre ellas el embargo preventivo de bienes y derechos—, un plazo de seis meses desde su adopción, pudiendo prorrogarse por otros seis meses. Ahora bien, estos plazos se refieren al embargo preventivo, que es la medida cautelar, no a la anotación preventiva de dicho embargo, cuya eficacia es tan solo la de hacer efectivo *erga omnes* el embargo trabado. Dicho precepto no dicta ninguna norma dirigida al registrador, no se señala un plazo de vigencia especial para la anotación de embargo preventivo, ni se establece la caducidad de la misma, por lo cual se debe aplicar el plazo general de caducidad de las anotaciones establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 22-2-2014

(BOE 28-3-2014)

Registro de la Propiedad de Elda, número 2

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001 Y SU ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN.

Según reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, Resolución de 22 de octubre de 2012), para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. De acuerdo a la misma doctrina citada, el registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Igualmente el Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil), en sentencia de 23 de septiembre de 2011, declara que, según resulta del apartado 2 del artículo 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. En el presente caso, el notario autorizante de la escritura de compraventa calificada no emitió ningún juicio sobre la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido en relación con las concretas facultades que se pretenden ejercitar, que tampoco reseña ni identifica en forma alguna. Por ello, partiendo de la premisa de la aplicabilidad al caso del reiterado artículo 98 de la Ley 24/2001 (premisas que, como se verá, no concurría) era correcto el planteamiento que hacía el registrador en su calificación en el sentido de que, a falta de cumplimiento por parte del notario autorizante del título calificado de los requisitos impuestos por el citado precepto, cabría la posibilidad alternativa de su subsanación por la vía de la aportación de las propias escrituras de apoderamiento. En cuanto al segundo obstáculo para la estimación del recurso, estriba precisamente en el hecho de que por razón de la fecha de otorgamiento de la escritura calificada (2 de marzo de 1992), el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, no era aplicable por la sencilla razón de que no había entrado en vigor. En efecto, como ha afirmado con anterioridad este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 20 de enero de 2004, 21 de octubre de 2011 y 1 de marzo de 2012) esta cuestión, la de la determinación del ámbito de eficacia temporal del citado precepto, ha de resolverse conforme a la normativa vigente en el momento de la autorización de la escritura calificada. No es posible seguir el criterio de que es la fecha de la inscripción la que ha de tenerse en cuenta puesto que las leyes citadas imponen una determinada forma de actuar al notario, por lo que no pueden aplicarse a los actos o negocios autorizados por este con anterioridad.

Resolución de 25-2-2014

(BOE 2-4-2014)

Registro de la Propiedad de Cazalla de la Sierra

VENTA EXTRAJUDICIAL: SUBASTA EN PORTAL ELECTRÓNICO.

El registrador deniega la inscripción solicitada porque, a su juicio, al haber entrado en vigor el mismo día 15 de mayo de 2013 la Ley 1/2013, que modifica el artículo 129 de la Ley Hipotecaria para establecer que la venta se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, con la necesaria determinación del procedimiento de dicha subasta en el Reglamento Hipotecario, «se podrá iniciar, pero nunca tramitar y concluir, ningún procedimiento nuevo de esta índole hasta que se apruebe el portal de subastas electrónicas referido y la correspondiente reforma del reglamento hipotecario». Indudablemente, son de inmediata aplicación desde la entrada en vigor de la reforma legal las modificaciones del procedimiento de la subasta extrajudicial en cuanto se establece una única subasta para todo tipo de inmueble y las introducidas con la expresa remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que aseguran que los tipos y condiciones de la venta pública del bien hipotecado ante notario estén sometidos a las mismas garantías que las establecidas para la subasta judicial. Respecto de aquellos extremos del procedimiento de venta extrajudicial cuya de-

terminación se remite al Reglamento Hipotecario —art. 129.2.e) de la LH—, debe entenderse que la regulación reglamentaria actualmente vigente, mientras no sea objeto de la correspondiente modificación, deberá ser aplicada en tanto en cuanto no sea contrario a la Ley 1/2013 o a la Ley de Enjuiciamiento Civil, e interpretada de conformidad con los principios del procedimiento regulado por las mismas, teniendo en cuenta además la aplicación supletoria de la Ley riuaria en lo no previsto específicamente. Este mismo criterio es el que debe seguirse respecto de la forma concreta de realización de la subasta, que deberá ser presencial mientras no se ponga en marcha el portal de subastas electrónicas que a tal efecto deberá disponer la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Resolución de 25-2-2014

(BOE 2-4-2014)

Registro de la Propiedad de Caravaca de la Cruz

SERVIDUMBRE DE PASO: PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la inscripción del derecho de servidumbre debe expresar su extensión, límites y demás características configuradoras, como presupuesto básico para la fijación de los derechos del predio dominante y las limitaciones del sirviente y, por tanto, no puede considerarse como suficiente a tal efecto, la identificación que de aquellas se efectúa cuando se convienen indeterminaciones sobre datos esenciales que afectan a las facultades de inmediato uso material que las servidumbres confieren, con la consiguiente vinculación, sin límites temporales en este supuesto, de la propiedad en una extensión superior a la exigida por la causa que justifica la existencia de la servidumbre. Ello sin perjuicio de que si el derecho real de servidumbre resultase suficientemente delimitado por los propios datos registrales y de configuración de los predios sirviente y dominante, pudiera practicarse la inscripción sin necesidad de aportar más datos identificativos. También ha reconocido esta Dirección General, la evidente dificultad que en ocasiones plantea la descripción de ciertas servidumbres, como ocurre con los caminos por los que haya de ejercitarse la de paso, y su más fácil expresión gráfica en un plano, concluyendo que se ha de permitir que en la inscripción a practicar se recojan los elementos esenciales del derecho y la misma se complemente en cuanto a los detalles a través de un plano cuya copia se archive en el Registro y al que se remita el asiento.

Resolución de 26-2-2014

(BOE 2-4-2014)

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 1

HIPOTECA: CANCELACIÓN ORDENADA JUDICIALMENTE.

Para cancelar una hipoteca por virtud de un mandamiento judicial es necesario que el procedimiento se haya dirigido contra el titular registral de dicho derecho real. El apartado 2.º del artículo 688 es más amplio que el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, pero lo cierto es que la finalidad de ambos preceptos es lograr la coordinación entre la ejecución hipotecaria y la cancelación judicial o extrajudicial de la propia hipoteca, por lo que la regla general es que para cancelar

una hipoteca por causas distintas de la propia ejecución, debe resultar previamente acreditado registralmente que ha quedado sin efecto la ejecución hipotecaria, pues de lo contrario se podría perjudicar a los posibles terceros adquirentes en la ejecución, que confían en la presunción de validez de los asientos registrales, en clara infracción del principio de confianza legítima en la validez de los pronunciamientos del Registro (cfr. art. 38.2 de la LH, que igualmente se inspira en esta necesidad de que no haya contradicción entre la sentencia que se dicte y el principio de legitimación registral).

Resolución de 27-2-2014

(BOE 2-4-2014)

Registro de la Propiedad de Castro Urdiales

OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDAD: SERVIDUMBRES DE USO PÚBLICO.

Como ha señalado la doctrina científica en feliz expresión, que las Resoluciones citadas incorporaron a la doctrina oficial de este Centro Directivo, las limitaciones públicas (procedentes del Derecho Administrativo sectorial) deberían ser limitaciones publicadas, reforzando la eficacia y oponibilidad *erga omnes* que le atribuye su origen legal mediante la cognoscibilidad que genera su publicación tabular mediante su constancia en las concretas fincas afectadas. Pero es igualmente cierto, como ha señalado este Centro Directivo [vid. Resoluciones de 11 de junio de 2013, 1.a) y 2.a)], que así como en el caso de los bienes de dominio público dicha corriente normativa terminó desembocando en un cambio total de paradigma, invirtiéndose la regla general, ahora enunciada en el artículo 36 de la Ley 33/2003, que impone un régimen de obligatoriedad general de la inscripción de todos los bienes de dominio público (recientemente reiterado en el preámbulo de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas), por el contrario en el caso de las servidumbres legales la citada tendencia normativa no ha culminado, por el momento, del mismo modo, de suerte que tales servidumbres, entendidas como delimitaciones del contorno ordinario del derecho de dominio de las fincas afectadas más que como gravámenes singulares, siguen en su mayoría produciendo sus efectos como limitaciones legales del dominio sin necesidad de inscripción separada y especial (cfr. arts. 26.1 y 37.3 de la LH). En el caso concreto que ahora interesa, la especificidad que define la naturaleza de los bienes afectados por las servidumbres impuestas por la Ley y el Reglamento de Aguas y para su protección estriba en su «contigüidad» o «proximidad» respecto del dominio público hidráulico. Y si bien es cierto que en los supuestos de mera «proximidad», esto es, cuando la finca situada en la zona afectada por la servidumbre colinde con otra finca de dominio privado medianera entre aquella y el cauce público de un río, la situación del predio sirviente en cuanto tal quedará sometido a un régimen de opacidad registral, por el contrario, en los casos de contigüidad al demanio la propia mención registral de colindancia con el mismo da a conocer por sí misma la sumisión de la finca de que se trate a la servidumbre legal. Y por ello precisamente, y a fin de evitar perjuicios a terceros de buena fe que confiados en los pronunciamientos del Registro pudieran adquirir edificaciones en situación de ilegalidad, la Ley de Suelo, desde la modificación introducida por el artículo 24 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, impone un nuevo control preventivo, impidiendo la inscripción de las declaraciones de obra nueva antigua cuando la comprobación

por el registrador sobre la no contradicción con las limitaciones derivadas de las servidumbres legales no obtenga un resultado positivo. Y en este sentido la actuación impuesta al registrador de «comprobación» de que el suelo sobre el que se declara la edificación antigua no está afectado por una servidumbre que limite el uso edificatorio o el *ius aedificandi* del titular de la finca debe traducirse, como ha sucedido en el caso ahora debatido, en una suspensión de la inscripción hasta tanto se acredita la correspondiente autorización administrativa o la innecesariedad de la misma por ubicarse la concreta edificación fuera de la zona afectada por la servidumbre o limitación legal del dominio, sin que este régimen legal tuitivo del dominio público hidráulico pueda quedar dispensado o suplido en este caso por la certificación catastral descriptiva y gráfica aportada, no solo por tener un objeto y finalidad distinta, sino porque, además la descripción de la edificación a que alude no coincide con la declarada en el título (según aquella tiene una superficie de 41 metros cuadrados, según este 61,91), ni por la fotografía incorporada al título y obtenida de la cartografía del Gobierno de Cantabria, que en cualquier caso, por sus características, no permite ubicar la construcción dentro de la parcela ni la distancia entre aquella y el cauce del río con el que linda esta.

Resolución de 1-3-2014

(BOE 4-4-2014)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 7

SUSTITUCIÓN VULGAR: INEFICACIA DEL LLAMAMIENTO AL SUSTITUTO.

En el presente caso en que la vocación del derecho de acrecer depende de la ineficacia de la vocación derivada de la sustitución vulgar, solo si se acredita la ineficacia de esta por la falta de descendientes del instituido premuerto es posible dar eficacia al derecho de acrecer que en el propio testamento se prevé su aplicación «si no hubiere lugar a tal sustitución». Dadas las consecuencias jurídicas que se producen, es necesario que las vocaciones efectivas se acrediten debidamente sin que basten las meras manifestaciones cuando no proceden de la persona a quien corresponde la designación que es el testador, ni se produzcan dentro de los procedimientos o documentación especialmente prevista para la eficacia de tales declaraciones. El medio normal previsto para la acreditación de este extremo es el acta de notoriedad a que se refiere el artículo 82 del Reglamento Hipotecario. Por lo que se refiere a otra de las alegaciones del recurrente, la de que deben servir como medio de prueba en este caso, las manifestaciones de los dos albaceas contadores partidores acerca de que no existían hijos del instituido premuerto al que se refería la sustitución vulgar, procede igualmente desestimar esta alegación, al no tener facultades expresas o especiales dichos albaceas para decidir sobre la ineficacia del llamamiento sustitutorio. En principio, los albaceas a los que no se les hayan conferido facultades «especiales» solo tienen las facultades comprendidas en el artículo 902 del Código Civil, ninguna de las cuales se refiere a la decisión acerca de la ineficacia de los llamamientos sustitutorios, para de ese modo dar eficacia al derecho de acrecer.

Resolución de 3-3-2014
(BOE 4-4-2014)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No cabe denegar la inscripción de un exceso de cabida inferior al 5 por 100, que además viene acreditado por medio de certificación catastral simplemente alegando que existen dudas sobre la identidad de la finca, sin otra justificación que el hecho de que la finca se formó por segregación.

Resolución de 3-3-2014
(BOE 4-4-2014)
Registro de la Propiedad de Cieza, número 1

ANOTACIONES PREVENTIVAS: CADUCIDAD.

El tenor del artículo 86 de la Ley Hipotecaria es claro al prever que a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento. Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo en orden a considerar que actúa la caducidad con automatismo, siendo por tanto innecesaria su cancelación en cuanto exteriorización de un hecho ya producido.

Resolución de 4-3-2014
(BOE 4-4-2014)
Registro de la Propiedad de Corcubión

OBRA NUEVA: LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN.

La Comunidad Autónoma de Galicia tiene competencias para determinar la exigencia o no de licencia de ocupación para determinadas edificaciones. Pero no entra dentro de sus competencias determinar cuáles son los requisitos necesarios para que las escrituras de obra nueva terminada sean inscribibles en el Registro de la Propiedad, pues como se ha expresado, ello es de competencia estatal. Para la inscripción en el Registro de la Propiedad de las escrituras de obra nueva terminada, el artículo 20 de la Ley de Suelo exige, además de otros requisitos, en su apartado 1.b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable.

Resolución de 4-3-2014

(BOE 4-4-2014)

Registro de la Propiedad de Córdoba, número 6

OPCIÓN DE COMPRA: CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.

Aun cuando ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento regulan la cancelación de los derechos reales, cargas y gravámenes extinguidos como consecuencia de la consumación del derecho de opción, esta cuestión ha de ser resuelta teniendo en cuenta los principios generales, y en especial los hipotecarios, que informan nuestro ordenamiento jurídico, como ya se puso de manifiesto en la Resolución de 7-12-1978. En el mismo sentido, al afectar el ejercicio del derecho de opción de forma tan directa a los titulares de derechos posteriores inscritos en la medida en que deben sufrir la cancelación del asiento sin su concurso, se requiere —como indicó la mencionada Resolución— que puedan al menos contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos, máxime cuando todas las actuaciones de los interesados tienen lugar privadamente y al margen de todo procedimiento judicial y con la falta de garantías que ello podría implicar para los terceros afectados.

Resolución de 5-3-2014

(BOE 4-4-2014)

Registro de la Propiedad de Les Borges Blanques

PRESENTACIONES SUCESIVAS DEL MISMO DOCUMENTO: CALIFICACIÓN INDEPENDIENTE.

Podemos concluir que el recurso de queja que asiste a todo interesado que considera que la actuación del registrador no se ha ajustado a las obligaciones que le impone la ley en el desarrollo de su función, debe tramitarse conforme a las normas establecidas para el recurso contra la calificación en lo que le sea de aplicación y sin perjuicio de la aplicación en su caso del régimen disciplinario previsto en los artículos 313 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Caducados los asientos de presentación anteriores de un documento, el artículo 108 del Reglamento Hipotecario permite volver a presentar dichos títulos que pueden ser objeto de una nueva calificación, en la que el registrador —él mismo, o quien le suceda en el cargo— puede mantener su anterior criterio o variarlo, si lo estimase justo. Como ha reiterado esta Dirección General, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación.

Resolución de 5-3-2014
(BOE 4-4-2014)
Registro de la Propiedad de Montblanc

PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR.

La cuestión que se debate es si en un supuesto de venta extrajudicial de finca hipotecada, el requerimiento de pago a la sociedad mercantil deudora, una vez intentado infructuosamente en el domicilio señalado a esos efectos en la hipoteca que se ejecuta, puede entenderse realizado mediante entrega de la cédula a quien en el Registro Mercantil consta como apoderado de la sociedad, el cual manifiesta que el lugar donde se realiza dicho requerimiento es el domicilio real de la sociedad, acepta la cédula y se da por notificado. Si el requerimiento de pago no puede hacerse en los términos previstos en el artículo 236.c) del Reglamento Hipotecario, el notario debe dar por finalizada su actuación y conclusa el acta. No obstante, esta Dirección General ha aceptado la validez del requerimiento de pago llevado a cabo fuera del lugar señalado en la inscripción de hipoteca en aquellos supuestos en los que, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional referida a los requisitos de los actos de comunicación procesal (vid. «Vistos»), se entiende que el destinatario acepta ser requerido y tiene cabal conocimiento del contenido y fecha del requerimiento (Resolución de 17-9-2012). Ciertamente es que sí quedó acreditada la entrega de la cédula y la asunción de los efectos de la notificación, pero la persona con la que debió entenderse el requerimiento para no considerarse causada indefensión debió haber sido, conforme lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley de Sociedades de Capital, el administrador de la sociedad deudora o una persona a quien se le hubiera conferido en legal forma dicha facultad. Y no puede ser considerada como tal a un apoderado de la sociedad en quien no concurre, por definición, la consideración de órgano de la sociedad sino de tercero, y respecto del cual no consta acreditada la atribución del poder de representación de la sociedad deudora para la recepción de notificaciones y requerimientos.

Resolución de 6-3-2014
(BOE 11-4-2014)
Registro de la Propiedad de Elda, número 2

OPCIÓN DE COMPRA: EJERCICIO.

En el presente expediente se debate sobre si por el ejercicio, mediante otorgamiento de escritura de venta, de una opción de compra inscrita en el Registro de la Propiedad pueden cancelarse diversas anotaciones de embargo tomadas con posterioridad a la inscripción de la opción pero con anterioridad al ejercicio de la misma, con la particularidad de que en el supuesto de hecho de este expediente concurren las siguientes circunstancias: a) quien ejerce el derecho de opción de compra es causahabiente del titular de la opción, que la adquirió por cesión estando ya anotados los embargos sobre la finca; b) el ejercicio de la opción se realiza igualmente con posterioridad a las anotaciones del embargo; c) el importe de la compra se retiene íntegramente para el pago de dos hipotecas anteriores a la inscripción del derecho de opción. En el supuesto de hecho de este expediente la opción se configuró desde su nacimiento como transmisible y como tal consta

inscrita, posteriormente se otorgó la oportuna escritura de cesión que igualmente tuvo su reflejo en el folio de la finca registral. La cláusula de transmisibilidad completa, pues la configuración del derecho concedido quedando advertidos los terceros de que la opción podrá ejercitarse tanto por el optante originario como por aquel de quien traiga causa. Por lo tanto, la transmisión del derecho de opción, así concebido, no significará la pérdida de rango con respecto a derechos que accedan al Registro después de la inscripción en el mismo de su constitución, ya que si la opción se ejercita debidamente en los términos pactados, su transmisibilidad fue uno de ellos, desarrolla sus efectos sin solución de continuidad desde su constitución e inscripción con carácter real. Es también doctrina reiterada que el principio de consignación íntegra del precio establecido por diversas Resoluciones —entre ellas las de 11-6-2002—, debe impedir pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo, pues implicaría, so pretexto de proteger a los titulares de los derechos posteriores a la opción, perjudicar al propio titular de la opción, que goza de preferencia registral frente a ellos.

Resolución de 6-3-2014
(BOE 11-4-2014)
Registro de la Propiedad de Olmedo

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO DE INTERPOSICIÓN CUANDO HAY VARIAS CALIFICACIONES SUCESIVAS. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA QUIEN NO ES EL TITULAR REGISTRAL.

Como ha declarado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 30-10-2012), en un supuesto en que la registradora alegaba que el recurso se había interpuesto fuera de plazo, en tal caso el recurso debería inadmitirse (si hubiera transcurrido el plazo legal de interposición computado desde la fecha de la notificación de la primera calificación, pero no desde la segunda) si del expediente no resultase que la nota reiterativa trae causa no en una nueva aportación del documento calificado en su día, sino de este junto con otro. Es decir, debería inadmitirse si la nota fuese efectivamente la misma. La cuestión que se debate en este recurso, por tanto, se centra en determinar si es inscribible una sentencia firme dictada en un procedimiento judicial ordinario seguido contra personas distintas de los titulares registrales por la que se declara el dominio de una participación indivisa de cuatro sextas partes de determinada finca a favor del actor en virtud de sendos contratos privados de compraventa. Este Centro Directivo ha reiterado en infinidad de ocasiones la intangibilidad de dichos principios y competencias, lo que no es obstáculo para mantener la doctrina expuesta más arriba consistente en que cuando surge un impedimento derivado del contenido de los libros del Registro como el que nos ocupa, la inscripción no es posible precisamente en aplicación de principios constitucionales como el de salvaguardia judicial de los derechos individuales. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Supremo en diversas ocasiones. Recientemente, la sentencia de la Sala Primera de fecha 21-10-2013, ante un supuesto en que se lleva a cabo la cancelación de un asiento en ejecución de sentencia sin que el titular haya sido parte en el procedimiento lo afirma sin ambages al decir: «Antes bien, debía tener en cuenta lo que dispone el artículo 522.1 LEC, a saber, todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros Públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas

y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica. Y como tiene proclamado esta Sala, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo número 295/2006, de 21 de marzo, no puede practicarse ningún asiento que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los vigentes sin el consentimiento del titular o a través de procedimiento judicial en que haya sido parte».

Resolución de 7-3-2014
(BOE 11-4-2014)
Registro de la Propiedad de Cullera

PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGALIZACIÓN DEL LIBRO DE ACTAS.

El artículo 415 del Reglamento Hipotecario es terminante al disponer que no podrá legalizarse un libro de actas en tanto no se acredite la íntegra utilización del anterior, se comunique su pérdida o extravío o destrucción o se denuncie su sustracción en los términos recogidos en la propia norma, circunstancia esta que no se ha producido.

Resolución de 7-3-2014
(BOE 11-4-2014)
Registro de la Propiedad de El Ejido, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO AL TERCER POSEEDOR.

Conforme a los artículos 132 de la Ley Hipotecaria y 685 de la LEC, es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

Resolución de 10-3-2014
(BOE 11-4-2014)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No es posible la inmatriculación de una finca adjudicada en una escritura de partición de herencia acompañada de acta posterior de notoriedad complementaria de título público —dejando aparte vicisitudes intermedias— habida cuenta de que el registrador expresa y justifica en su nota las dudas que le plantea que la finca, en su actual descripción, no forme parte de otras ya inscritas.

Resolución de 10-3-2014

(BOE 11-4-2014)

Registro de la Propiedad de León, número 4

RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL: EXPRESIÓN DE SI ES LEGAL O PACTADO.

Como ha reiterado esta Dirección General, el régimen económico-matrimonial de gananciales puede ser el régimen legal supletorio, en defecto de capítulos, cuando así lo determine la aplicación de las normas de Derecho interregional, o uno de los posibles regímenes convencionales. Y, si bien es cierto que en muchos casos no es tarea sencilla el determinar cuál es el régimen legal supletorio, es necesario que el notario, a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes —que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico—, despliegue la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es el régimen económico-matrimonial que rige entre los esposos. En tal sentido, establece el artículo 159 del Reglamento Notarial que si dicho régimen fuere el legal bastará la declaración del otorgante, lo cual ha de entenderse en el sentido de que el notario, tras haber informado y asesorado en Derecho a los otorgantes, y con base en las manifestaciones de estos (que primordialmente versan sobre datos fácticos como su nacionalidad o vecindad civil al tiempo de contraer matrimonio, su lugar de celebración o el de la residencia habitual y la ausencia de capítulos —cfr. arts. 9.2 y 16.3 del CC—), concluirá que su régimen económico-matrimonial, en defecto de capítulos, será el legal supletorio que corresponda, debiendo por tanto hacer referencia expresa a tal circunstancia —el carácter legal de dicho régimen— al recoger la manifestación de los otorgantes en el instrumento público de que se trate. Es decir, no cabe una manifestación genérica del régimen económico-matrimonial, sin especificar si es el legal supletorio o el convencional. Lo anteriormente expuesto es aplicable a cualquier otro régimen legal supletorio que resulte aplicable conforme a las normas de Derecho interregional.

Resoluciones de 7 y 20-3-2014

(BOE 11 y 25-4-2014)

Registros de la Propiedad de El Ejido, número 2, y Fuente Obejuna

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO AL TERCER POSEEDOR.

Conforme a los artículos 132 de la Ley Hipotecaria y 685 de la LEC, es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

Resolución de 11-3-2014

(BOE 25-4-2014)

Registro de la Propiedad de Gandía, número 1

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: SUELO NO URBANIZABLE PROTEGIDO.

Procede que esta Dirección se pronuncie ahora sobre este nuevo supuesto de hecho, es decir, si solicitada la inscripción de una obra nueva de edificación antigua, ubicada sobre una parcela de suelo no urbanizable y de especial protección, al amparo del artículo 20, número 4 de la Ley de Suelo, pueden entenderse cumplidos los requisitos previstos en el citado precepto y, en particular, si puede entenderse que concurre el requisito de que en relación a la edificación de que se trata no procede ya la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes. Como dice la Resolución de este Centro Directivo de 6-5-2013: «el legislador sigue exigiendo que el registrador califique la antigüedad suficiente para considerar posible la prescripción de las acciones que pudieran provocar la demolición y, además que compruebe que la edificación no se encuentra sobre suelo demanial o afectado por servidumbres de uso público». Y en esta calificación el registrador, como afirmó la Resolución de 11-12-2012, deberá «constatar, por lo que resulte del Registro [y, cabe añadir, del propio título calificado], que la finca no se encuentra incluida en zonas de especial protección», en aquellos casos en que la correspondiente legislación aplicable imponga un régimen de imprescriptibilidad de la correspondiente acción de restauración de la realidad física alterada, pues en tales casos ninguna dificultad existe para que el registrador aprecie la falta del requisito de la prescripción, dado que su ausencia no queda sujeta a plazo y su régimen resulta directamente de un mandato legal. Cosa distinta de ello es que, a falta de constancia de datos en el Registro y en la documentación presentada de los que pueda derivarse o deducirse que se esté en el caso concreto en presencia de un supuesto de obra o edificación sujeto a un régimen legal de imprescriptibilidad de las correspondientes acciones de protección de la legalidad urbanística, deba mantenerse el criterio, reiteradamente sostenido por este Centro Directivo, de que lo que se ha de probar para obtener la inscripción, por la vía ahora examinada, de las declaraciones de obras antiguas es la fecha de la antigüedad de la obra, con antigüedad superior al plazo establecido por la legislación para la prescripción de la acción de disciplina urbanística, pero no necesariamente la efectiva extinción, por prescripción, del derecho de la Administración para la adopción de tales medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística (vid. Resoluciones de 12-11 y 11-12-2012), sin necesidad por tanto de exigir una compleja prueba de hechos negativos, pero sin perjuicio de que si dicha prueba obra en el Registro o en la documentación presentada el registrador la tome en cuenta en su calificación. Por tanto, el registrador habrá de calificar la posible imprescriptibilidad de la acción de restauración de la realidad física alterada, con posible demolición de lo edificado, por lo que resulte del Registro y del documento calificado. Estando vigente el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en el momento del otorgamiento de la escritura calificada (atendiendo, en este caso, a la de rectificación que complementa la rectificadora), dicho texto legal deberá ser el canon normativo que se aplique para dilucidar la cuestión de fondo planteada (vid. Resolución de 17-1-2012). Incluso tratándose de actas o escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determinada norma de protección de legalidad urbanística, pero presentadas en el Registro de la Propie-

dad durante su vigencia, debe exigir el registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción (vid. Resolución de 1-3-2012). Ahora bien, este criterio no llega al punto de traducirse en un régimen de aplicación retroactiva de las normas materiales o sustantivas que regulan los requisitos de legalidad de la actividad edificatoria, como pueden ser las relativas a las licencias necesarias o las afectantes al régimen de prescripción de las acciones de restauración de la realidad física (cfr. Resolución de 6-5-2013), ámbito en el que rige el principio general de irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos. Como declaró la citada Resolución, el derecho transitorio en esta materia «determina la prohibición de aplicación retroactiva de aquella regla de legalidad material, dada su condición de norma sancionadora o restrictiva de derechos (cfr. art. 9, apdo. 3, de la Constitución, y DT 3.ª del CC); con exclusión, por ello, de cualquier aplicación limitadamente retroactiva del precepto, tan solo posible en el caso de las normas procesales o adjetivas (incluidas las de carácter registral), respecto de los hechos materiales realizados antes de la entrada en vigor de la ley nueva».

Resolución de 11-3-2014

(BOE 25-4-2014)

Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: LÍMITE DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.

En el presente expediente consta la existencia de titulares de cargas posteriores a la hipoteca que se ejecuta, lo cual determina que 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, sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente Fundamento de Derecho. 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. No habiendo derechos posteriores al ejecutado según la certificación registral y no habiendo comparecido en el proceso los titulares de derechos inscritos después de la nota de expedición de certificación de cargas, el juez actúa correctamente entregando el sobrante al ejecutado, pues, de lo contrario, se obligaría a aquel a una actitud inquisitiva entorpecedora de dicho procedimiento, que va en contra de las reglas generales del sistema y que ningún precepto establece.

Resolución de 12-3-2014

(BOE 25-4-2014)

Registro de la Propiedad de Teguise

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO SUSTANTIVO Y NO MERA-MENTE FORMAL.

La constitución de un derecho real exige una perfecta determinación del objeto sobre el que recae y de los elementos de su contenido, necesarios para el

pleno desarrollo o desenvolvimiento del derecho como tal derecho real. Es cierto que el principio de tracto sucesivo no es meramente formal, y que si del título presentado resultara que el titular registral no es verdadero propietario, el negocio no sería inscribible. Pero no es eso lo que ocurre en el presente título, en el que tan solo se dice que existen determinados contenciosos en los que se cede al comprador la posición procesal, pero sin reconocimiento alguno de la falta de titularidad en el transmitente. Es cierto que no cabe transmisión de una mera «titularidad registral», como ha tenido ocasión de manifestar esta Dirección General (cfr. Resolución de 19-10-2013) y no cabe acceder a la inscripción al amparo de la legitimación registral del transmitente, prescindiendo de vicisitudes anteriores a la venta que desvirtuaran aquella, pues si al Registro tan solo pueden acceder los actos válidos (art. 18 de la LH), esa validez no viene determinada por el pronunciamiento registral legitimador, sino por la existencia de verdadero poder dispositivo en el transmitente.

Resolución de 12-3-2014

(BOE 25-4-2014)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

CONCURSO DE ACREEDORES: ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN Y PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

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. Ahora bien, este criterio se ha de matizar y complementar con la reciente doctrina jurisprudencial sobre la forma en que el citado obstáculo registral pueda ser subsanado. En efecto, la Sala de lo Contencioso de nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestar recientemente en su sentencia de 16-4-2013, en relación con la Resolución de esta Dirección General de 1-3-2013, en la parte de su doctrina coincidente con los precedentes razonamientos jurídicos, que «esta doctrina, sin embargo, ha de ser matizada, pues tratándose de supuestos en los que la inscripción registral viene ordenada por una resolución judicial firme, cuya ejecución se pretende, la decisión acerca del cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal, así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictado la resolución que se ejecuta, ha de corresponder, necesariamente, al ámbito de decisión jurisdiccional». E, igualmente, será suya la decisión sobre el posible conocimiento, por parte de los actuales terceros, de la existencia del procedimiento jurisdiccional en el que se produjo la resolución determinante de la nueva inscripción. Será pues, el órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución de tal naturaleza el competente para —en cada caso concreto— determinar si ha existido —o no— la necesaria contradicción procesal excluyente de indefensión, que sería la circunstancia determinante de la condición de tercero registral, con las consecuencias de ello derivadas, de conformidad con la legislación hipotecaria. En el expediente que provoca la presente, los titulares de las cargas cuya cancelación se ordena no han sido parte en el procedimiento en que así se ha dispuesto, tal y como resulta de forma expresa de la documentación presentada. De la documentación resulta que dichos titulares no han sido ni emplazados ni citados, si bien constan como personados en el procedimiento de concurso del que deriva la

acción de reintegración en el que se ha dictado sentencia. Consta igualmente que en dicho procedimiento de concurso abreviado se notificó a todos los personados la admisión de la demanda incidental de rescisión. El recurrente considera que de la situación descrita no resulta indefensión alguna para los titulares de cargas cuya cancelación se ordena, que así lo confirma el artículo 193 de la Ley Concursal y que los titulares registrales pudiendo no han hecho uso de su derecho a ser parte. Dichas afirmaciones no pueden compartirse por esta Dirección General. El mero hecho de que los titulares registrales estén personados en el procedimiento principal de concurso o el hecho de que hayan sido notificados de la existencia de una demanda, no los convierte en partes del procedimiento cuyo resultado se pretende inscribir.

Resoluciones de 13-3-2014

(BOE 25-4-2014)

Registros de la Propiedad de Almadén y Ejea de los Caballeros

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del art. 324 de la LH y en la doctrina de nuestro TS, sentencia de 22-5-2000), que el objeto del expediente de recurso contra las calificaciones de los registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene, en consecuencia, por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título ya inscrito, ni de la procedencia o no de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales. De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los Tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40, 82 y 83 de la LH).

Resolución de 18-3-2014

(BOE 25-4-2014)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 24

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: ARRENDAMIENTO FINANCIERO.

Se trata de dilucidar en este recurso si inscrito un contrato de arrendamiento financiero —*leasing*— a favor de determinada sociedad, puede practicarse una anotación preventiva de embargo recayente únicamente sobre el derecho de opción de compra que lleva aparejado dicho contrato. En la actualidad la posición jurisprudencial y doctrinal mayoritaria, define el contrato de arrendamiento financiero como un contrato complejo y atípico, con causa unitaria, que exige la inclusión necesaria de la opción de compra residual como elemento esencial de la sinalagmática contractual, en el que el arrendador financiero es propietario de los bienes cedidos, mientras que el arrendatario financiero es titular de un derecho real de uso con opción de compra. No solo se trata de una cesión de uso de los bienes a cambio de una contraprestación de cuotas, añadiéndose la opción de

compra por el valor residual, sino que su finalidad práctica es la de producir una transmisión gradual y fraccionada de las facultades y obligaciones inherentes al dominio, transmisión que no se consumará hasta la completa realización por el arrendatario financiero de la contraprestación asumida, que incluye el ejercicio de la opción y el pago de su valor residual. Lo embargable es el derecho del que es titular el arrendatario financiero que, como se ha expuesto, es complejo y unitario, comprendiendo tanto el uso del bien derivado del arrendamiento como el derecho de opción de compra. No puede pretenderse el embargo aislado de una de las relaciones jurídicas que comprende el contrato, porque ambas van indisolublemente unidas, de forma que si se ejecutase el embargo de solo la opción se desconificaría el arrendamiento financiero, dando cabida a un tercero que ostentaría un derecho independiente del cumplimiento de las obligaciones, las del arrendamiento, que lo justifican y permiten su ejecución, aparte de que pudiendo ser el valor residual ínfimo, tal y como se ha dicho, se produciría un más que probable enriquecimiento injusto del adjudicatario, ya que el importe de las cuotas constituye parte del valor final del bien que se amortiza conforme se van satisfaciendo.

Resolución de 18-3-2014
(BOE 25-4-2014)
Registro de la Propiedad de Guadix

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: FINCA YA INMATRICULADA. SEGREGACIÓN DE FINCA: COMUNICACIÓN AL AYUNTAMIENTO QUE CONCEDIÓ LA LICENCIA SEGÚN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA DE ANDALUCÍA.

No procede la inmatriculación solicitada por estar ya previamente inscrita la finca, siendo la actuación procedente la reanudación del tracto sucesivo interrumpido respecto de las concretas fincas registrales señaladas por la registradora, y ello cualesquiera que fueran las razones que motivaran en su día la interrupción de la cadena de titularidades y la relevancia que pudiera tener en tal interrupción del tracto la apuntada cuestión del *nasciturus*, que el recurrente solo menciona en su escrito pero no desarrolla, la cual tampoco podría haber sido abordada en el presente recurso dado el objeto del mismo. Respecto al cumplimiento del requisito de remisión al Ayuntamiento de la escritura de segregación dentro de los tres meses posteriores a la concesión de la licencia, establecido por el artículo 66 de la LOUA, hay que tener en cuenta que la escritura había sido ya presentada con anterioridad, y obra en el expediente, por lo que aun cuando se ha incumplido por el Notario el requisito legal de que la autorización de la escritura pública no deber ser anterior a la preceptiva declaración municipal, no cabe duda de que la finalidad esencial perseguida en este punto por el artículo 66.5 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, que no es otra que permitir que el Ayuntamiento pueda comprobar si la escritura autorizada respeta fielmente los términos de la licencia o de la declaración de innecesariedad en su caso, está plenamente cumplida, pues esta última se concede con pleno conocimiento del contenido de aquella, y por tanto, existe perfecta adecuación entre lo permitido y lo ejecutado, aunque se haya invertido el orden temporal que exigía que la autorización municipal, como acto reglado de intervención preventiva en materia de disciplina urbanística, fuera previa a la autorización de la escritura.

Resolución de 19-3-2014

(BOE 25-4-2014)

Registro de la Propiedad de La Línea de la Concepción

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: ADQUISICIÓN DE LOS HEREDEROS DEL TITULAR REGISTRAL.

No puede decirse que exista efectiva interrupción del tracto cuando el promotor del expediente es el comprador de la heredera del titular registral, pues, si bien es cierto que el artículo 40.a) de la Ley Hipotecaria parece presuponer que hay interrupción cuando al menos «alguna» relación jurídica inmobiliaria no tiene acceso al Registro, no lo es menos, que en otros lugares de la propia legislación hipotecaria, se reconoce la inscripción directa a favor del adquirente de los bienes cuando la enajenación ha sido otorgada por los herederos del titular registral (cfr. art. 20 de la LH y 209 del RH).

Resolución de 19-3-2014

(BOE 25-4-2014)

Registro de la Propiedad de Requena

CALIFICACIÓN REGISTRAL: FORMA. EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: JUSTIFICACIÓN DEL DOMINIO DEL PROMOTOR.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. No obstante, aunque la argumentación en que se fundamenta la calificación haya sido expresada de modo ciertamente escueto, es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa. De conformidad con el artículo 285 del Reglamento Hipotecario, no puede exigirse a quien promueva el expediente que determine ni justifique las transmisiones operadas desde la última inscripción hasta la adquisición de su derecho, de modo que el auto por el que se ordena reanudar el tracto es, por sí solo, título hábil para practicar la inscripción en cuanto determina la titularidad dominical actual de la finca. Por lo que no puede exigirse al promotor del expediente de reanudación de tracto la acreditación de la cadena previa y sucesiva de transmisiones intermedias, ni los nombres de las personas que transmitieron las fincas al transmitente inmediato de las mismas. Teniendo en cuenta que la declaración judicial en el expediente es clara e indubitada, no cabe que la registradora entre en las razones del juez para formular su declaración debiendo atenerse al pronunciamiento judicial.

Resolución de 20-3-2014
(BOE 25-4-2014)
Registro de Valencia, número 13

PROPIEDAD HORIZONTAL: NECESIDAD DE LICENCIA PARA DIVIDIR ELEMENTOS PRIVATIVOS.

La cuestión que se plantea en este recurso es si para inscribir la segregación de una parte de un local comercial integrante de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, para formar un nuevo elemento privativo, se precisa o no la autorización administrativa correspondiente prevista en el artículo 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal, modificado por la Ley 8/2013, de 26 de junio, habida cuenta de que la escritura de segregación se otorga estando ya en vigor la citada reforma legal. Ciertamente, el parámetro interpretativo más habitual y pacífico es el de que cuando la ley establece requisitos de orden civil relativos a los consentimientos necesarios para la validez de un acto, su incumplimiento constituye por sí mismo defecto que impide la inscripción registral, y ello sin necesidad de que por cada requisito exista una proclamación expresa sobre sus repercusiones en la calificación registral, pues ya existe una previsión genérica en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria que ordena calificar, entre otros extremos, la validez de los actos dispositivos. En cambio se ha venido considerando también, de modo habitual y pacífico, que cuando la Ley, ya fuera estatal o autonómica, cada una en el ámbito de sus respectivas competencias, establece requisitos, no ya relativos a los consentimientos precisos de los interesados o afectados directos, sino autorizaciones administrativas, la omisión de estas últimas solo constituye impedimento para la inscripción registral si hay una previsión normativa expresa en tal sentido y que además ha de emanar del Estado, en tanto que titular de la competencia exclusiva sobre la ordenación de los instrumentos y registros públicos y como se ha acreditado en el caso objeto de esta Resolución existe esa expresa previsión en la normativa estatal: artículos 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal (aplicable a los supuestos de edificaciones sometidos a dicho régimen especial de propiedad), y 17.6 del Texto Refundido de la Ley de Suelo (referido a los conjuntos inmobiliarios), al que se remite expresamente el primero de ellos.

Resolución de 24-3-2014
(BOE 29-4-2014)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 2

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY 1/2013 A LA CONSTITUIDA ENTRE PARTICULARES.

Como cuestión previa, respecto a la alegación de la recurrente, de que al tratarse de una hipoteca voluntaria no procede la exigencia del certificado de tasación, se ha de aclarar que no procede esta, por cuanto los artículos 137, 138 y 158 de la Ley Hipotecaria establecen con absoluta claridad que las hipotecas pueden ser voluntarias y legales, siendo las voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se establezcan mientras que las legales son las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter. Por lo tanto, el carácter voluntario o legal de las hipotecas no depende de que las

partes sean particulares o entidades financieras. Queda fuera de duda, por tanto, que para poder inscribir los pactos de ejecución directa sobre bienes hipotecados o el pacto de venta extrajudicial en las escrituras de constitución de hipotecas, o en otras posteriores en que se pretenda incluir dichos pactos, resulta imprescindible que se le acredite al registrador, a través de la certificación pertinente, la tasación de la finca hipotecada «realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario», y que el valor (o precio) en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no sea inferior, en ningún caso, al 75 por 100 del valor señalado en la tasación realizada conforme a la citada Ley. El artículo 129.1.b) señala con claridad las exigencias de la Ley para la ejecución conforme el procedimiento de venta extrajudicial: «...mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca solo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada». Por lo tanto debe indicarse expresamente que el procedimiento extrajudicial pactado solo podrá ejecutarse en caso de falta de pago de capital o intereses, no bastando la mera remisión a la legislación hipotecaria. En la escritura objeto de este expediente, los plazos de devolución de la cantidad adeudada son de carácter semestral; siendo que la exigencia del artículo lo es por un número de cuotas tal que suponga el incumplimiento de un plazo equivalente, al menos, de tres meses, tratándose en este supuesto, de un plazo equivalente a seis meses, se cumple sobradamente la exigencia de la norma, por lo que no puede sostenerse este defecto en la nota de calificación.

Resolución de 24-3-2014

(BOE 29-4-2014)

Registro de la Propiedad de Mojácar

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Sobradamente ha sido señalado por las Resoluciones citadas en «Vistos» y numerosas más, que los embargos anotados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, caducan por el transcurso del plazo de cuatro años, contado desde la anotación practicada. La caducidad, *ipso iuris*, se produce por el transcurso fatal del término el cual vence el mismo día de la anotación, cuatro años después lo que supone el decaimiento del derecho pese a no ser el asiento formalmente cancelado. En el presente caso, la presentación del segundo mandamiento se produce cuando ya había transcurrido el plazo de cuatro años de la anotación anterior por lo que debe confirmarse el defecto, de naturaleza insubsanable, apreciado por el registrador.

Resolución de 25-3-2014

(BOE 29-4-2014)

Registro de la Propiedad de Leganés, número 2

CONDICIÓN RESOLUTORIA EN GARANTÍA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA: CANCELACIÓN.

La previsión del párrafo segundo del artículo 177 del Reglamento anulado, se recoge posteriormente en el artículo 82.5.o) de la Ley Hipotecaria en su

redacción dada por la Disposición Adicional 27.^a de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que regula, con las modificaciones oportunas para salvar los motivos de nulidad expresados en la sentencia citada, «la cancelación de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado a que se refiere el artículo 11 de esta Ley». No puede alegarse, como hace el recurrente que la rúbrica genérica de la citada disposición sirva para justificar su aplicación a la permuta, pues la expresión es idéntica a la que se hacía en el párrafo segundo del artículo 177 del Reglamento «condiciones resolutorias explícitas en garantía de precio aplazado a que se refiere el artículo 11 de la Ley», que conforme a lo expuesto en la exposición de motivos debió entenderse limitada únicamente a las compraventas de inmuebles.

Resolución de 26-3-2014

(BOE 29-4-2014)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 13

HERENCIA: PREVIA LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES. DERECHO DE TRANSMISIÓN: CÓNYUGE VIUDO DEL TRANSMITENTE.

La sentencia de 31-12-1998 estableció de forma clara «las consecuencias derivadas del tránsito de un régimen jurídico a otro como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales, al declarar que “los bienes que, hasta entonces, habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar (hasta que se realice la correspondiente liquidación) una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales. Sobre la totalidad de los bienes integrantes de esa comunidad postmatrimonial ambos cónyuges (o, en su caso, el supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común, que no permite que cada uno de los cónyuges, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado”. Por tanto, no cabe en modo alguno inventariar mitades indivisas de bienes anteriormente gananciales en las herencias de los partícipes en la disuelta sociedad de gananciales sin realizar la operación previa de liquidar aquella conforme a Derecho. Este Centro Directivo ha entendido (cfr. la Resolución de 22-10-1999) que aceptada la herencia del segundo causante —transmitente— por quienes suceden *iure transmissionis*, la legítima del cónyuge viudo de aquel no es un simple derecho de crédito frente a su herencia y frente al transmisario mismo, sino que constituye un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario, que afecta genéricamente a todos los bienes de la herencia hasta que, con consentimiento del cónyuge legitimario o intervención judicial, se concrete sobre bienes determinados o sea objeto de la correspondiente conmutación (cfr. arts. 806 y 839, párrafo segundo del CC. Por ello, la anotación preventiva en garantía de los derechos legitimarios del viudo que se introdujo en la Ley Hipotecaria de 1909 fue suprimida en la vigente Ley de 1946). Entre esos bienes habrían de ser incluidos los que el transmisario hubiera adquirido como heredero del transmitente en la herencia del primer causante, por lo que debería reconocerse al cónyuge viudo de dicho transmitente el derecho a intervenir en la partición extrajudicial que de la misma realicen los herederos. No obstante, esta doctrina ha de ser revisada a la vista de los pronunciamientos que se contienen en la

STS de 11-9-2013, según la cual: «...debe concluirse, como fijación de la doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida, que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis* en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *ius delationis* integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente».

Resolución de 26-3-2014

(BOE 29-4-2014)

Registro de la Propiedad de Salamanca, número 2

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

En el presente caso, queda constatado que se produjo una confusión en cuanto a la clase o categoría de expediente de dominio seguido, para concluir con la resolución favorable al promotor, puesto que inicialmente se aludía, en relación con la finca número 4 objeto de este recurso, a su inmatriculación cuando en realidad, al estar previamente inscritas las dos fincas que por agrupación (que, al parecer no llegó a inscribirse) pasaron a formar la que es objeto del expediente, lo realmente perseguido era la reanudación de su tracto interrumpido (sin entrar ahora en que respecto de una de aquellas fincas agrupadas en realidad tampoco existía ruptura del tracto al estar inscrita con carácter ganancial a favor de una de las promoventes y de su marido, puesto que este tema tampoco se ha planteado en la nota recurrida). En este contexto de falta de claridad, se añade el dato, ya aludido, de que el auto no contiene afirmación alguna en relación con el cumplimiento de lo exigido en los artículos 285 y 286 del Reglamento Hipotecario, específicos para el expediente de reanudación de tracto, y relativo a las citaciones al titular registral y a la persona de quien proceden los bienes. Como ya se ha dicho, en el auto se alude expresamente a la citación de los titulares de los predios colindantes y de las personas ignoradas, pero nada se dice sobre el llamamiento al titular registral.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 8-1-2014
(BOE 5-2-2014)
Registro Mercantil de León

SOCIEDADES MERCANTILES. CUENTAS. INFORME DE AUDITORÍA. OPINIÓN.

La opinión técnica del auditor debe manifestar sin ambages su valoración sobre si las cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera, resultado de las operaciones y, en su caso, flujo de efectivos, con manifestación expresa de las reservas o salvedades detectadas. Caben entonces cuatro tipos de opinión técnica: favorable, con salvedades, desfavorable o denegada. Ninguna de ellas resulta del informe en este caso en que se limita a la mera expresión de ausencia de opinión.

Un informe sin expresar opinión por «limitación absoluta en el alcance» tiene como efecto en el Registro Mercantil.

En los expedientes de nombramiento de auditor a petición de socio minoritario: el cierre del expediente.

En aumentos, reducciones, modificaciones estructurales: no es admisible al no ofrecer a socios y terceros información sobre los estados contables.

En depósito de cuentas: tampoco admisible por el mismo motivo anterior; porque puede implicar dejar al arbitrio de la sociedad el suministro o no de dicha información; y hacer ineficaz el cierre del Registro Mercantil.

Resolución de 10-1-2014
(BOE 5-2-2014)
Registro Mercantil de Vizcaya, número III

SOCIEDADES MERCANTILES. CUENTAS. INFORME DE AUDITORÍA. OPINIÓN.

Reitera la doctrina anterior (Resoluciones de 8-1-14, 5-9-13, 12 y 13-11-13) pero la modaliza para este caso concreto. Las incertidumbres que señala el auditor son: *a)* sobre la capacidad para continuar sus operaciones de forma que pueda realizar sus activos y liquidar sus pasivos por los importes y según la clasificación con que figuran registrados en las cuentas que han sido preparadas asumiendo que tal actividad continuará; *b)* que podrían existir, para los años abiertos a inspección, determinados pasivos fiscales, y *c)* por la falta de auditoría en ejercicios anteriores.

Como ninguno de estos motivos puede ser imputado a la sociedad, la denegación del depósito no solo desvirtuaría su finalidad, sino que sustraería a los socios y a los terceros una información mercantil relevante.

Parece pues, a la vista de esta resolución, que el registrador debe calificar y analizar los motivos concretos alegados por el auditor para no emitir opinión.

Resolución de 11-1-2014

(BOE 5-2-2014)

Registro Mercantil de Madrid, número XII

SOCIEDADES MERCANTILES. CUENTAS. CIERRE DEL REGISTRO. INSCRIPCIÓN PARCIAL.

En caso de cierre de la hoja por falta de depósito de cuentas no puede inscribirse el nombramiento de administrador, pero sí el cese, siempre que exista solicitud expresa, pues el registrador no puede actuar oficiosamente ignorando el principio de rogación.

Resolución de 13-1-2014

(BOE 17-2-2014)

Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número II

SOCIEDADES MERCANTILES. DISOLUCIÓN. CAUSA. ESTATUTOS. DISOLUCIÓN.

Es admisible la siguiente causa estatutaria de disolución «por la muerte de todos los socios actuales y cónyuges de los mismos». Fallecidos todos los socios y sus cónyuges, nada impide que la condición de socio se transmita y que los entonces socios decidan sobre la continuidad de la sociedad o sobre su disolución.

Resolución de 20-1-2014

(BOE 17-2-2014)

Registro Mercantil de Valencia, número III

SOCIEDADES MERCANTILES. NIE. SOCIO ÚNICO.

Es necesario que conste, como circunstancia identificativa del socio único (art. 38 RRM), su NIF o NIE (en caso de que sea extranjero) para el supuesto de tener que tributar por dividendos o al responder de forma subsidiaria conforme a la Ley 58/2013, de 17 de diciembre, General Tributaria, artículos 18.1, 4.2 y 23.1.

Resolución de 29-1-2014

(BOE 19-2-2014)

Registro Mercantil de Madrid, número XII

SOCIEDADES MERCANTILES. OBJETO SOCIAL. MUEBLES. VALORES.

La DGRN acepta «Adquirir, poseer y enajenar, con fines de inversión a corto, medio y largo plazo, valores de cualquier clase, bienes muebles e inmuebles...». El registrador rechazó los términos «muebles» y «valores». Considera que la actividad es lícita y posible. Las limitaciones de la Ley de Mercado de Valores se predicen exclusivamente de las empresas cuya actividad principal consista en prestar servicios de inversión con carácter profesional a terceros, pero no a las que realicen inversiones por cuenta propia. Ni tampoco es aplicable la normativa relativa a Instituciones de Inversión Colectiva.

Por otra parte, el artículo 20 de la Ley de Apoyo a los Emprendedores, relativo a la sectorización universal, exige que se expresen los códigos de la CNAE que correspondan al objeto social (parece que la resolución estima que el de todas las actividades), no solo con fines estadísticos, sino también para facilitar la labor de los profesionales que intervienen en el proceso de creación de empresas.

Resolución de 30-1-2014
(BOE 19-2-2014)
Registro Mercantil de Madrid, número XIII

SOCIEDADES MERCANTILES. CUENTAS. AUDITOR. MINORÍA. INFORME DE GESTIÓN.

Esta resolución rectifica la doctrina anterior en el sentido de que el mero hecho de estar obligada la sociedad a verificación contable porque la minoría así lo ha exigido, no acarrea la obligación de elaborar informe de gestión. Aún más, tras la Ley de Apoyo a los Emprendedores, pueden existir sociedades que se encuentren en situación de obligación de auditar cuentas por exceder de los mínimos legales, pero que pueden formular sus cuentas y estado de cambios en el patrimonio neto de forma abreviada por no alcanzar los nuevos mínimos y, por tanto, no obligadas a elaborar informe de gestión.

Resolución de 31-1-2014
(BOE 19-2-2014)
Registro Mercantil de Madrid, número I

SOCIEDADES MERCANTILES. PRIORIDAD. CALIFICACIÓN.

La calificación debe ser global y unitaria y el registrador debe tener en cuenta, no solo los documentos inicialmente presentados, sino también los auténticos y relacionados con estos aunque presentados después. Si figura presentado un mandamiento de anotación de demanda y de suspensión de eficacia de los acuerdos impugnados, se cierra el Registro a cualquier pretensión de inscribir dichos acuerdos. Si los acuerdos ya están inscritos, la anotación supone que se hace constar en el Registro la circunstancia de que sus efectos quedan en suspenso.

Resolución de 3-2-2014
(BOE 27-2-2014)
Registro Mercantil de León

SOCIEDADES MERCANTILES. REDUCCIÓN POR PÉRDIDAS Y AUMENTO DE CAPITAL POSTERIOR. INFORME DE AUDITORÍA.

Resolución de 4-2-2014
(BOE 27-2-2014)
Registro Mercantil de Málaga, número III

SOCIEDADES MERCANTILES. TRANSFORMACIÓN. S. A. INFORME DE EXPERTO INDEPENDIENTE.

Solo es exigible el informe de experto independiente cuando existe patrimonio no dinerario, lo que no sucede en el presente caso porque, a pesar de la afirmación del administrador sobre su inexistencia, del balance resulta su existencia (cuentas corrientes con empresas promotoras y similares, clientes, fianzas constituidas a largo plazo...). Por lo que, en este supuesto, es exigible dicho informe.

Resolución de 28-1-2014
(BOE 19-2-2014)
Registro de Bienes Muebles. Madrid, número XVII

RECURSO GUBERNATIVO. PLAZO EXTEMPORÁNEO.

Calificado un documento y presentado después con otro complementario para subsanar el defecto, el plazo para la interposición del recurso ha de computarse desde la segunda calificación, aun cuando esta coincida en su contenido con la primera por no considerar el registrador subsanado el defecto.

Resoluciones de 10 y 11-2-2014
(BOE 4-3-2014)
Registro Mercantil de Madrid, números VI y XI

TRACTO SUCESIVO. RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN: RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. CONCESIÓN DE PODERES Y SU REVOCACIÓN. PRINCIPIO DE PRIORIDAD: CALIFICACIÓN GLOBAL Y UNITARIA.

Conforme al principio de tracto sucesivo, la inscripción del cese de un administrador requiere la vigencia de la inscripción de su nombramiento, no siendo el recurso contra la calificación negativa el cauce hábil para cancelar asientos ya practicados, que están bajo la salvaguardia de los Tribunales.

La Junta General carece de competencia para otorgar y revocar poderes, siendo competente para ello el órgano de administración.

El principio de prioridad no tiene en el Registro Mercantil el mismo alcance que en el Registro de la Propiedad, debiendo tener en cuenta el registrador no solo los documentos inicialmente presentados, sino también los relacionados con estos, aunque consten presentados después, para calificar conjuntamente el documento y evitar así asientos inútiles e ineficaces.

Resolución de 13-2-2014
(BOE 21-2-2014)
Registro de Bienes Muebles. Zaragoza

RECURSO GUBERNATIVO. OBJETO.

La inscripción, una vez practicada, se halla bajo la salvaguarda de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud. No cabe el recurso, pues este tiene por objeto exclusivamente si la calificación es o no ajustada a derecho, no la determinación de la validez o no del título inscrito, ni la procedencia o no de una inscripción ya efectuada, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales.

Resolución de 25-2-2014
(BOE 2-4-2014)
Registro Mercantil de Valladolid

ADMINISTRADOR. RETRIBUCIÓN.

Cláusula debatida: «El cargo de administrador es gratuito. No obstante el consejero delegado tendrá derecho a percibir una retribución consistente en...». La cláusula relativa a la retribución de los administradores requiere:

- a) Una especificación relativa a si el cargo es o no retribuido
- b) La determinación del sistema/s de retribución que no quede al arbitrio de la junta.

En los supuestos de administración solidaria o mancomunada carece de justificación prever un trato desigual entre los administradores. En sistemas más complejos cabe que solo algunos administradores sean retribuidos si existe un factor de distinción como en el caso de consejero delegado.

Cosa distinta es la doctrina del vínculo que preconiza que el administrador remunerado no puede recibir ninguna otra remuneración por llevar a cabo la tarea de gestión y representación derivada de su nombramiento.

Resolución de 26-2-2014
(BOE 2-4-2014)
Registro Mercantil de Valencia, número III

CONVOCATORIA. AUMENTO DE CAPITAL. DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE.

Cuando, como consecuencia del acuerdo a adoptar, pueda verse comprometida la posición jurídica del socio, la Dirección General exige una mayor precisión en la convocatoria. En el supuesto contemplado, el error en cuanto a la cantidad del capital aumentado, al señalar como tal el capital más la prima, no puede considerarse que conlleve la nulidad del acuerdo.

La falta de previsión en el acuerdo social del plazo de ejercicio del derecho de suscripción preferente no puede provocar la nulidad, puesto que el administrador

en la ejecución ha observado estrictamente el sistema de garantías previsto en la ley notificando al socio la posibilidad de ejercitarlo en un mes.

Resolución de 27-2-2014
(BOE 2-4-2014)
Registro Mercantil de Navarra

DOCUMENTO EXTRANJERO. CALIFICACIÓN. REPRESENTACIÓN.

La cuestión es determinar cuál es el medio de acreditar las circunstancias que debe contener la inscripción cuando concurre elemento extranjero (en este caso, sociedad belga representada por apoderado con poder ante notario belga).

El hecho de acreditar la inscripción en el Registro Mercantil de origen mediante certificación del mismo es suficiente para apreciar la existencia y validez de la sociedad a cuyo nombre se actúa. Dicha circunstancia puede acreditarse por cualquier otro medio previsto en el ordenamiento, como el traslado por el notario español de los datos relativos a su inscripción. Pero, para que el documento público extranjero produzca un efecto semejante al documento español, es preciso que se acredite que se trata de un documento equivalente. El documento extranjero solo es equivalente al español si concurren en su otorgamiento los elementos que dan fuerza al español: Que sea autorizado por quien tenga en su país atribuida la competencia de otorgar la fe pública y que este dé fe, garantice la identificación del otorgante y su capacidad para el acto que contenga. Lo mismo ocurre con el título de representación. Fuera de los casos en que resulten de la expresada certificación, debe acreditarse su existencia, validez y suficiencia. El juicio de suficiencia del poder de representación por el notario español, no cubre la acreditación del derecho extranjero a efectos de apreciar la validez del título representativo, incluso cuando el título representativo extranjero conste inscrito en el Registro Mercantil correspondiente.

Resolución de 28-2-2014
(BOE 2-4-2014)
Registro Mercantil de Valencia, número III

CUENTAS. CIERRE REGISTRAL. JUNTA. CONVOCATORIA JUDICIAL.

Si la hoja social está cerrada por falta de depósito de cuentas, no puede inscribirse el nombramiento de administrador. Puede inscribirse el cese si existe en el documento previsión de inscripción parcial o tal solicitud se formula por el presentante o interesado.

La convocatoria judicial solo tiene como singularidad la legitimación para efectuarla y la libre designación del presidente y secretario de la junta, pero no la forma de trasladarla a los socios que ha de ser la estatutaria o, en su defecto, la legalmente prevista, sin posibilidad de sustituirla por otra, goce o no de mayor publicidad. La Resolución de 24-11-1999 admitió lo contrario porque se acreditó que se notificó judicialmente la resolución que convocaba la junta al único socio no asistente. En este caso, el plazo de antelación de quince días no ha sido respetado y no se acredita que le fuera notificado judicialmente con tal antelación.

Resolución de 1-3-2014
(BOE 4-4-2014)
Registro Mercantil de Madrid, número XVIII

AUMENTO. RESERVAS. AUDITOR.

En el aumento de capital con cargo a reservas, el balance no puede ser verificado por un auditor nombrado por la junta precisamente para tal ocasión. Salvo que la compañía tenga nombrado auditor de cuentas de la sociedad por estar obligada a verificación contable, la auditoría debe llevarse a cabo por auditor designado por el registrador. El auditor nombrado con ocasión de un balance que no es de cierre del ejercicio y que no se integra en las cuentas anuales, no es el «auditor de cuentas de la sociedad».

Resolución de 4-3-2014
(BOE 4-4-2014)
Registro Mercantil de Toledo

SOCIEDAD PROFESIONAL. OBJETO.

Una interpretación correcta de la Ley de Sociedades Profesionales debe llevar al entendimiento de que se está ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada, salvo que se declare expresamente que se trata de una sociedad de medios, o de comunicación de ganancias o de intermediación.

Resolución de 5-3-2014
(BOE 4-4-2014)
Registro Mercantil de Cádiz

RECURSO GUBERNATIVO. OBJETO.

La inscripción, una vez practicada, se halla bajo la salvaguarda de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud. No cabe el recurso, pues este tiene por objeto exclusivamente si la calificación es o no ajustada a derecho, no la determinación de la validez o no del título inscrito, ni la procedencia o no de una inscripción ya efectuada, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales.

Resolución de 11-3-2014
(BOE 25-4-2014)
Registro Mercantil de Madrid, número XIII

CUENTAS. AUDITOR. INFORME CON OPINIÓN DENEGADA.

No es cuestión sencilla determinar en qué supuestos un informe de auditor con opinión denegada por existencia de reservas o salvedades es hábil a los efectos del depósito de cuentas. La finalidad de la norma es dar satisfacción al interés de los socios y terceros o de un socio minoritario.

Para efectuar el depósito no puede admitirse un informe del que no pueda deducirse ninguna información clara y no puede rechazarse cuando pueda deducirse una información clara sobre el estado patrimonial de la sociedad. Ello obliga a hacer un análisis de las salvedades efectuadas.

En este caso debe admitirse, pues el auditor tuvo a su disposición la información que solicitó y la falta de opinión técnica se produce por la propia situación económica reflejada en el balance, de la que resulta la existencia de fondo de maniobra negativo y de fondos propios negativos que sitúan a la sociedad en causa de disolución, y dicha información es de extraordinaria trascendencia para socios y terceros.

Resolución de 14-3-2014
(BOE 25-4-2014)
Registro Mercantil de Málaga, número III

DOMICILIO. TRASLADO INTERNACIONAL.

Se trata del traslado de una sociedad de Gibraltar a España y si Gibraltar pertenece al Espacio Económico Europeo a efectos de determinar si es necesario informe de experto independiente. De los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea, no resulta su aplicación a Gibraltar.

Si, como alega el recurrente, la norma constitucional de Gibraltar dispone que sus relaciones exteriores son responsabilidad del Reino Unido, que es estado miembro de la Unión Europea, ello debe acreditarse conforme al artículo 36 del Reglamento Hipotecario, salvo que el registrador manifieste su conocimiento de la legislación extranjera.

La alegación de la existencia de un protocolo de adhesión no es admisible al no haberse acreditado ni ser un Tratado Internacional que, por estar suscrito válidamente por España, forme parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Resolución de 18-3-2014
(BOE 25-4-2014)
Registro Mercantil de Madrid, número XIII

CIERRE REGISTRAL. FALTA DEPÓSITO DE CUENTAS. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA.

Si la hoja social está cerrada por falta de depósito de cuentas, no puede inscribirse el nombramiento de administrador ni tampoco la modificación de la estructura del órgano de administración.

Vigente la nota marginal por baja en el índice no puede inscribirse la renuncia del liquidador, pues es consecuencia de un incumplimiento de obligaciones fiscales de las que puede ser responsable el liquidador, por lo que no debe facilitarse su desvinculación frente a terceros. Solo cabe practicar los asientos ordenados por la autoridad judicial o el alta en dicho índice.

Resolución de 19-3-2014

(BOE 25-4-2014.)

Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número II

ESTATUTOS. JUNTA. CONVOCATORIA. DOMICILIO.

El lugar de celebración previsto en los estatutos debe estar debidamente determinado, como cualquier otro contenido estatutario, para que tanto socios como terceros puedan conocer su ámbito y actuar con una razonable previsibilidad. Dicho lugar debe estar referido a un espacio geográfico determinado por un término municipal o espacio menor como una ciudad o un pueblo.

La designación de un término municipal como alternativo al lugar previsto legalmente no puede considerarse perjudicial para los derechos de los socios. Se admite pues la cláusula debatida que prevé que se celebre la junta en el término municipal donde tiene su domicilio o en el de Palma de Mallorca.

No cabe designar un lugar completamente desconectado del centro de imputación de las relaciones sociales o que hagan muy difícil el ejercicio del derecho de asistencia y voto.

Resolución de 20-3-2014

(BOE 25-4-2014)

Registro Mercantil de Pontevedra, número I

CONSTITUCIÓN. SOCIOS.

No cabe constituir una sociedad de capital por una comunidad de montes vecinales de mano común al carecer de personalidad jurídica como tal o no acreditarse que la tiene como asociación.

Resolución de 21-3-2014

(BOE 25-4-2014)

Registro Mercantil de Almería

CIERRE REGISTRAL. FALTA DEPÓSITO DE CUENTAS. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA.

Si la hoja social está cerrada por falta de depósito de cuentas, no puede inscribirse el nombramiento de administrador.

Vigente la nota marginal por baja en el índice, no puede inscribirse la renuncia del liquidador, pues es consecuencia de un incumplimiento de obligaciones fiscales de las que puede ser responsable el liquidador, por lo que no debe facilitarse su desvinculación frente a terceros. Solo cabe practicar los asientos ordenados por la autoridad judicial o el alta en dicho índice.

Resolución de 24-3-2014
(BOE 29-4-2014)
Registro Mercantil de Asturias

COOPERATIVAS.

Las cooperativas, en función de la especialidad de su régimen jurídico, están excluidas de la inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, excepto las que tengan por actividad el crédito, los seguros y previsión social [arts. 16 y 124 CCom. y 81.1.d) RRM]; y, por la Disposición Final 4.^a de la Ley de Comercio Minorista, las que tengan como actividad el comercio y superen el volumen de negocio determinado en aquella. No ocurre por tanto, en este caso, con una cooperativa de transportistas, pues no tiene por actividad el comercio de mercancías.

Resolución de 26-3-2014
(BOE 29-4-2014)
Registro Mercantil de Madrid

CIERRE REGISTRAL. CUENTAS. ACUERDOS. CERTIFICACIÓN. REQUISITOS. CALIFICACIÓN. LEGITIMACIÓN DE FIRMAS.

Si la hoja social está cerrada por falta de depósito de cuentas, no puede inscribirse el nombramiento de administrador. Sí puede inscribirse el cese si se solicita la inscripción parcial. Lo mismo cabe decir del cese del secretario.

En la certificación de los acuerdos del consejo deben constar los datos y circunstancias que afecten a su validez y, entre ellos, el nombre de los consejeros asistentes, pues deben tener sus cargos vigentes e inscritos; extremo este que debe calificar el registrador.

El registrador debe calificar el hecho de que la firma de un documento esté debidamente legitimada de modo que no quepa duda ni sobre la identidad del firmante ni sobre el hecho de que la persona que lleva a cabo la legitimación se refiere precisamente a esa persona.

No hay inconveniente en que la certificación sea expedida por el secretario en una fecha y el Visto Bueno del presidente en otra posterior, y que dichas fechas puedan ser también independientes del momento posterior en que se lleve a cabo la legitimación por el notario o persona autorizada.

Resolución de 3-3-2014
(BOE 4-4-2014)
Registro Mercantil de Córdoba

RESERVA DE DOMINIO. CANCELACIÓN.

En la compraventa inscrita con reserva de dominio deben respetarse las posiciones jurídicas del vendedor y del comprador. No puede alterarse el registro y cancelar la posición del comprador por el mero consentimiento del vendedor.

A pesar de lo alegado en el recurso (con documentos que no pueden tenerse en cuenta, pues no se presentaron al tiempo de la calificación) no se ha presentado resolución judicial por la que se adjudique el bien al actor o de la que resulte la transmisión a favor del vendedor.

ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Mala fe, abuso de derecho y relaciones familiares

Bad faith, abuse of right and familiar relations

por

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

RESUMEN: La mala fe se identifica con el dolo entendido este como acto consciente e intencional que requiere la voluntariedad y la antijuridicidad de la conducta. En derecho de familia, concretamente en cuestiones de infidelidad se entiende que la conducta del cónyuge infiel pese a la existencia de hijos fruto de dicha relación no es dolosa y no cabe aplicar el artículo 1902 del Código Civil. Aunque no se duda del carácter de obligación contractual, que tiene su origen en el contrato de matrimonio y que cada cónyuge viene obligado a cumplir.

ABSTRACT: *Bad faith is known and understood as a conscious and intentional act of fraud that involves wilful intent and unlawful conduct. In family law, particularly in matters of infidelity, it is understood that the unfaithful behaviour of the spouse, despite the existence of children as a result of this relationship, is not fraudulent, and the law art. 1902 CC cannot be applied. Although there is no doubt about the nature of the contractual obligation, which has its origin in the marriage contract and that each spouse is obliged to comply to.*

PALABRAS CLAVE: Mala fe. Relaciones familiares.

KEY WORDS: *Bad faith. Familiar relations.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CRITERIOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DE LA MALA FE EN GENERAL.—III. CALIFICACIÓN DE LA MALA FE.—IV. MALA FE: MAQUINACIÓN PARA BURLAR LOS EFECTOS

INDICADOS POR EL CONTRATO.—V. APUNTES SOBRE LA MALA FE Y EL ABUSO DEL DERECHO EN DERECHO DE FAMILIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA: A) MALA FE, MATRIMONIO E INFIDELIDAD CONYUGAL. B) MALA FE, RUPTURA MATRIMONIAL Y RELACIONES PATERNO-FILIALES. C) ABUSO DEL DERECHO, RUPTURA MATRIMONIAL Y VIVIENDA HABITUAL.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (del TEDH, TC, TS, AP) CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN¹

Hay un gran número de decisiones judiciales que se aproximan al problema del abuso del derecho y la mala fe en algunas cuestiones de Derecho de Familia y concretamente en el ámbito de las relaciones paterno-filiales.

Recordemos que el artículo 7.1 del Código Civil contiene la teoría de que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Como es sabido, este precepto se enmarca dentro del Título Preliminar del Código Civil, y, concretamente, dentro del capítulo en el cual se recoge la *eficacia general de las normas jurídicas*, y donde se establecen los *principios generales del Derecho* o *informadores* que han de presidir el ejercicio de los derechos.

La buena fe es el principio básico que debe regir las relaciones entre las partes de un negocio jurídico y que se configura como el *elemento básico de la obligación*. Así, el artículo 1258 del Código Civil impone a las partes el cumplimiento, no solo de lo pactado, sino de aquellas otras consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

A su vez, el artículo 7.1 del Código Civil es un precepto de *ius cogens*, que informa todo el ordenamiento jurídico, y consiguientemente impone al juzgador la necesidad de realizar una interpretación de las acciones si están basadas en la buena fe. De manera que si se puede considerar por las circunstancias concurrentes y se acredita en la fase probatoria que existe *mala fe* en la actuación de una de las partes, *habrá que aplicar el artículo 7.2 del Código Civil, que permite la adopción de las medidas judiciales que impidan la persistencia del abuso*.

II. CRITERIOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DE LA MALA FE EN GENERAL

La doctrina y la jurisprudencia consideran que la mala fe va mas allá de la mera conducta desleal realizada para la obtención de un beneficio, y lo identifican con el dolo, entendido este como acto consciente e intencional que requiere la voluntariedad y la antijuridicidad de la conducta, aunque no exija de modo necesario el ánimo de lucrarse.

Desde la STS de 25 de octubre de 1928, se reitera que el dolo, determinante en la celebración del negocio jurídico, cuyo elemento objetivo es un comportamiento engañoso informado por el ánimo de lograr la declaración mediante el artificio utilizado. Lo concibe el artículo 1269 del Código Civil en términos de gran generalidad, en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes induciendo a otro a celebrar un contrato.

El artículo 1269 del Código Civil se refiere al *dolo como vicio del consentimiento contractual*, comprensivo no solo de la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que

calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe. Se exige la concurrencia de dos *requisitos*²:

1. El empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión, y
2. La inducción que tal comportamiento ejerce sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado.

En este sentido se pronuncia unánimemente la jurisprudencia, habiendo declarado que *el dolo no se presume y debe ser acreditado por quien lo alega*, no pudiendo admitirlo por meras conjeturas o deducciones, y aunque el Código Civil no dice que se entiende por él ni cuáles son las características de la conducta dolosa, los *requisitos* comúnmente exigidos por la doctrina científica son los siguientes:

- a) Una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas.
- b) Que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia.
- c) Que dicha conducta sea determinante de la declaración.
- d) Que sea grave si se trata de anular el contrato.
- e) Que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes.

Para que la *intimidación* pueda provocar la invalidación de lo convenido, es preciso que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo, induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses. Consiste en la amenaza racional y fundada de un mal grave, en atención a las circunstancias personales y ambientales que concurren en el sujeto intimidado y no un temor leve. También debe de haber un nexo de causalidad entre la amenaza y el consentimiento otorgado.

III. CALIFICACIÓN DE LA MALA FE

Es sabido, que para la determinación de buena o mala fe que constituye una cuestión de hecho, debe ser apreciada por el juzgador de instancia.

La STS de 25 de febrero de 2013 expresa que «la constatación y calificación de la mala fe de los comportamientos implicados se realiza de forma lógica y precisa por ambas instancias que aprecian un claro propósito de vulnerar el principio general de buena fe contractual en su proyección de rectitud y honradez en los tratos celebrados y en la manera consecuente de proceder en su celebración, interpretación y ejecución o cumplimiento; pues difícilmente puede calificarse de otro modo la conducta de los que plenamente conscientes de la cesión de contrato formalizada, notificada, reconocida y expresada en los contratos en liza, celebren un contrato en daño de tercero, a través de un posterior contrato de compraventa, propiciando directamente la resolución de la cesión operada a los

únicos efectos, de repartirse el margen de beneficio que los cedentes del contrato debían de percibir tras operarse la citada cesión»³.

IV. MALA FE: MAQUINACIÓN PARA BURLAR LOS EFECTOS INDICADOS POR EL CONTRATO

Para la doctrina científica y la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS de 21 de abril de 1964 y, la más reciente, de 10 de julio de 2012⁴), la regla o principio general de la libertad contractual, que preside nuestro artículo 1255 del Código Civil, permite la posibilidad de que las partes puedan configurar su relación negocial sin la necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley y, a la vez, la posibilidad de modificar o sustituir la disciplina correspondiente a un determinado tipo de contrato; todo ello de conformidad con los concretos intereses negociales que, en cada caso, las partes quieran articular por medio de su relación negocial.

La *autonomía privada* se extiende a la facultad de configurar una *modificación contractual ya en orden a una unidad contractual, o bien, en relación a un marco complejo de contratos*, estableciéndose su correspondiente relación causal o interrelación entre los mismos.

En este contexto la alteración o adecuación de la regla de la eficacia relativa de los contratos (eficacia *inter partes: res inter alios acta*), consagrada en el primer párrafo del artículo 1257 del Código Civil, no representa un obstáculo para la interpretación normal y no excepcional, tanto de figuras inicialmente previstas, caso del contrato en favor de tercero, como para negocios atípicos, como el de cesión de contrato; en la medida en que mediante su realización se dé cauce a intereses legítimos y merecedores de tutela, de forma que estas figuras no deben presentar otros límites que los que generalmente se deriven del control social de la autonomía privada en materia contractual.

No obstante, la señalada atipicidad de la figura de la *cesión de contrato* requiere de una necesaria concreción y diferenciación de otras figuras próximas en el tratamiento de su peculiar eficacia y estructura negocial, caso del ya citado contrato en favor de tercero⁵.

V. APUNTES SOBRE LA MALA FE Y EL ABUSO DEL DERECHO EN DERECHO DE FAMILIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

A) MALA FE, MATRIMONIO E INFIDELIDAD CONYUGAL

Con anterioridad a la modificación del Código Civil de 2005 donde se descausalizó la ruptura matrimonial, era frecuente la alegación de la *mala fe en una de las partes y el incumplimiento de deberes conyugales* y no solo para la obtención de la separación matrimonial. La jurisprudencia de las Audiencias constata la desaparición del afecto marital entre los cónyuges ya que el demandado⁶, que se opone a la separación, advierte que su esposa actúa de mala fe en sus relaciones familiares e infringe los deberes conyugales del matrimonio. Tras decretarse en primera instancia la separación matrimonial con la consiguiente regulación de los efectos personales y patrimoniales que supone la ruptura matrimonial, el marido apela ante la Audiencia alegando que se «*declare no haber lugar a la separación entre los esposos por falta de causas y puesto que no se han incumplido los deberes conyugales*».

No olvidemos que tanto la STC de 15 de noviembre de 1990⁷, como la STS de 20 de febrero de 1997⁸ afirman que la fidelidad es un deber que nace *ope legis* del propio vínculo matrimonial y de la propia esencia del matrimonio, basado en el *consentimiento* de los contrayentes.

Las primeras sentencias eran reacias a aplicar el artículo 1902 del Código Civil, centradas en la infracción del deber de fidelidad con el plus añadido de existencia de hijos extramatrimoniales. Así la STS de 22 de julio de 1999⁹, pese a concretar que la cónyuge había sido infiel y el hijo no era del cónyuge, entiende que su *conducta no fue dolosa* y por tanto no cabe aplicar el artículo 1902 del Código Civil¹⁰.

La STS de 30 de julio de 1999¹¹ va más allá en sus afirmaciones al indicar que «la fidelidad conyugal es una *obligación contractual*, que tiene su origen en el contrato de matrimonio y que cada cónyuge viene obligado a cumplir» (FJ 2.º).

Según esta STS de 1999, el legislador ha elevado a la categoría de derecho positivo, el criterio moral y social de la fidelidad¹², pero no le otorga la posibilidad de indemnizar por el incumplimiento contractual en base a que «no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar»¹³. Pero realiza esta afirmación teniendo en cuenta que «es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82, pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos».

No obstante, es obvio que el deber de fidelidad se diferencia de los derechos de crédito, como también dice la sentencia, por la existencia preeminente del *elemento ético de manera que la conducta debida* —derivada de la obligación del contrato matrimonial— no posibilitaría ni un cumplimiento forzoso específico, ni un cumplimiento forzoso equivalente a expensas del patrimonio del cónyuge incumplidor.

La infidelidad, en sí misma, constituye un acto intencional. Sin embargo, se exige un *plus* adicional en el comportamiento, el cual viene referido a la conducta de la esposa respecto de la paternidad del hijo (o hijos), teniendo en cuenta que la mera ocultación consciente supone un engaño. También supone un engaño la mera actuación sin prever las consecuencias —posible nacimiento de un hijo, como fruto de esas relaciones extramatrimoniales—. Esta actuación, en sí misma, ya es negligente.

En relación con otros deberes conyugales como los de ayuda y socorro mutuos entre ambos cónyuges (arts. 67 y 68) de orden ético y afectivo, son deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna sino (anteriormente a la Ley de 2005) como causa de separación, divorcio y desheredación...¹⁴

A partir de la sentencia dictada por la SAP, de 2 de noviembre de 2004¹⁵, la doctrina jurisprudencial experimenta una evolución en relación con los planteamientos iniciales ya comentados. Se va abriendo la vía al resarcimiento de daños en virtud de la aplicación del artículo 1902 del Código Civil. Sentencia que consideró que la infidelidad no era indemnizable, pero afirmó que, si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de *causar daño, como en el supuesto del engaño al marido en relación con su no paternidad, sí puede haber lugar al resarcimiento del daño causado*. El incumplimiento del deber de fidelidad se configura como medio a través del cual se lesiona un interés digno de protección, cual es la integridad moral del esposo.

ROMERO COLOMA constata que «para que el daño moral sea indemnizable tras la infidelidad, se exige *el dolo de la esposa en la ocultación de la verdadera paternidad del hijo*, la mala fe en relación con su esposo, o ex esposo. Se trata de un planteamiento que choca con la dicción del artículo que se aplica, el 1902 del Código Civil, *pero se ha entendido de esta forma en sede de Derecho de Familia, quizá con el objetivo de evitar —o disminuir— la litigiosidad*»¹⁶.

Problema que ahora no existe tras el cambio de la Ley de 2005, donde se ha descausalizado la ruptura matrimonial.

No obstante, se ha detectado un aumento progresivo de los acuerdos pre-matrimoniales que delimitan todas las cuestiones relativas a las obligaciones o deberes conyugales (convenios expresos o inclusive tácitos)¹⁷. Incluso hay autores que mantienen la debilitación del deber de fidelidad matrimonial en la actualidad¹⁸. Y otros que tras apuntar la jurisprudencia contraria a la aprobación de la pretensión indemnizatoria del marido engañado ponen de relieve el precio de la infidelidad¹⁹.

Las SSAP de León, de 2 de enero de 2007²⁰, y de Barcelona, de 16 de enero de 2007²¹, que se limitan a reproducir en el mismo sentido que la anteriormente expuesta STS de 30 de julio de 1999, en sus Fundamentos Jurídicos que «el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil es *merecedor de un innegable reproche ético-social* (...) es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82, pero *sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos*».

B) MALA FE, RUPTURA MATRIMONIAL Y RELACIONES PATERNO-FILIALES

Otro ámbito donde el *abuso del derecho* ha sido un recurso a utilizar se encuentra en los acuerdos relativos a las relaciones paterno-filiales tras la ruptura matrimonial. Generalmente el tema de disputa se centra en la guarda y custodia de los hijos menores (ya sea en los primeros acuerdos del convenio o en la solicitud posterior de una modificación de medidas). Donde lo que menos prima es el interés de los menores y donde se puede comprobar la *mala fe y enfoque sesgado de la situación por las partes*²².

Mala fe existente en las relaciones paterno-filiales incluso desde el momento del reconocimiento de la paternidad como es el caso de la SAP de Murcia, Sección 1.ª, de 28 de febrero de 2006²³, donde la madre ha negado la paternidad del actor respecto a su hijo cuando la prueba biológica ha acreditado lo contrario.

C) ABUSO DEL DERECHO, RUPTURA MATRIMONIAL Y VIVIENDA HABITUAL

Tras pactarse en el convenio regulador de separación el otorgamiento de la ocupación de la vivienda familiar en favor de la esposa, esta no tiene que abonar cantidad alguna al exesposo por la utilización de la misma, ya que su uso estuvo fundamentado en la propia decisión de las partes, *sin que se acredite causa abusiva o de mala fe por parte de la actora en la ocupación de la vivienda*, y sin manifestación contraria en el convenio del divorcio, ni oposición posterior de la contraparte, cuyos propios actos revelan la falta de interés en la pretensión del uso del inmueble²⁴.

También se produce un abuso de derecho y mala fe en el supuesto en el que tras atribuirse judicialmente a la esposa separada el uso de la vivienda familiar; se constata la *mala fe del adjudicatario*, conocedor del gravamen que pesaba sobre la finca, ya que se anotó registralmente la carga con posterioridad a la adquisición del inmueble por un tercero en pública subasta²⁵.

VI. CONCLUSIONES

I. El artículo 7.1 del Código Civil contiene la teoría de que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, precepto que se enmarca dentro del Título Preliminar del Código Civil, y, concretamente, dentro del capítulo donde se establecen los *principios generales del Derecho* o *informadores* que han de presidir el ejercicio de los derechos.

II. Si se acredita que existe mala fe en la actuación de una de las partes, habrá que aplicar el artículo 7.2 del Código Civil, que permite la adopción de las medidas judiciales que impidan la persistencia del abuso. La determinación de mala fe que constituye una cuestión de hecho, debe ser apreciada por el juzgador de instancia.

III. Con anterioridad a la modificación del Código Civil de 2005 que descausalizó la ruptura matrimonial, era frecuente la alegación de la mala fe en una de las partes y el incumplimiento de deberes conyugales para la obtención de la separación matrimonial. La jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene que la fidelidad es un deber que nace *ope legis* del propio vínculo matrimonial, y de la propia esencia del matrimonio, basado en el *consentimiento* de los contrayentes. También afirma que si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño, como en el supuesto del engaño al marido en relación con su paternidad, sí puede haber lugar al resarcimiento del daño causado.

IV. El *abuso del derecho* ha sido un recurso a utilizar que se encuentra en los acuerdos relativos a las relaciones paterno-filiales tras la ruptura matrimonial: donde menos prima el interés de los menores es en relación con su guarda y custodia (ya sea en los primeros acuerdos del convenio o en la solicitud posterior de una modificación de medidas), y sí existe mala fe y enfoque sesgado de la situación por las partes.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO PERERA, Ángel: «El precio de la infidelidad», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 666/2005, Parte Tribuna, 2005, edición electrónica (<http://www.westlaw.es>).
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción», en *Diario La Ley*, núm. 7646, año XXXII, 7 de junio de 2011. Ref. D-234, Editorial LA LEY.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (a propósito de la STS de 14 de julio de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7582, Sección Doctrina, de 4 de marzo de 2011, año XXXII. Ref. D-97, Editorial LA LEY. LA LEY 1671/2011.
- SANCHO VILLARREAL: «El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción», en *Revista de Derecho de familia*, núm. 11, abril de 2001, pág. 77 y sigs.

VARGAS ARAVENA, David: «De la responsabilidad civil de los terceros por su interferencia en el incumplimiento de los deberes conyugales» en *Daños civiles en el matrimonio*, edición núm. 1, Editorial LA LEY, Madrid, octubre de 2009. LA LEY 7407/2011.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (del TEDH, TC, TS, AP) CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STC, Pleno, 184/1990, de 15 de noviembre de 1990, recurso 1419/1988. Ponente: Jesús LEGUINA VILLA. Número de sentencia: 184/1990. Número de recurso 1419/1988. La Ley 1511-JF/0000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de febrero de 1997, recurso 758/1993. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de recurso 758/1993. La Ley 2255/1997.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de julio de 1999, recurso 12/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Número de recurso 12/1995. La Ley 11277/1999.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de julio de 1999, recurso 190/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Número de recurso 190/1995. La Ley 11101/1999.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 4 de diciembre de 2000, recurso 3181/1995. Ponente: Antonio ROMERO LORENZO. Número de sentencia: 1103/2000. Número de recurso 3181/1995. La Ley 3127/2001.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de julio de 2012, recurso 109/2010. Ponente: Francisco JAVIER ORDUÑA MORENO. Número de sentencia: 428/2012. La Ley 151678/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 25 de febrero de 2013, recurso 994/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Número de sentencia: 58/2013. La Ley 148674/2013.
- SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 27 de mayo de 1999, recurso 915/1998. Ponente: Eladio GALÁN CÁCERES. La Ley 86170/1999.
- SAP de Segovia, de 30 de septiembre de 2003, recurso 237/2003. Ponente: Pilar ÁLVAREZ OLALLA. Número de sentencia: 186/2003. La Ley 151419/2003.
- SAP de Valencia, Sección 7.^a, de 2 de noviembre de 2004, recurso 594/2004. Ponente: María del Carmen ESCRIG ORENGA. Número de sentencia: 597/2004. Número de recurso 594/2004. La Ley 59/2005.
- SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 28 de febrero de 2006, recurso 535/2005. Ponente: Francisco CARRILLO VINADER. Número de sentencia: 96/2006. Número de recurso: 535/2005. La Ley 55530/2006.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de noviembre de 2006, recurso 268/2006. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número de sentencia: 643/2006. Número de recurso 268/2006. La Ley 237025/2006.
- SAP de León, Sección 2.^a, de 2 de enero de 2007, recurso 304/2006. Ponente: Alberto Francisco ÁLVAREZ RODRÍGUEZ. Número de sentencia: 1/2007. Número de recurso 304/2006. La Ley 1789/2007.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 16 de enero de 2007, recurso 430/2006. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. Número de sentencia: 27/2007. Número de recurso 430/2006. La Ley 154841/2007.
- SAP de Córdoba, Sección 2.^a, de 18 de diciembre de 2012, recurso 399/2012. Ponente: José María MORILLO-VELARDE PÉREZ. Número de sentencia: 325/2012. La Ley 229205/2012.

IX. LEGISLACIÓN CITADA

CC: 7,1.º y 2.º; 1. 258, 1269.

NOTAS

¹ 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.

² Su prueba incumbe a quien alega el vicio del consentimiento. El Tribunal de instancia deberá apreciarlo en su aspecto externo, aunque el dolo en su aspecto interno, subjetivo o ánimo de perjudicar es cuestión de derecho que puede ser revisada en casación.

³ STS, Sala Primera de lo Civil, de 25 de febrero de 2013, recurso 994/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUNA MORENO. Número de sentencia: 58/2013. La ley 148674/2013.

⁴ STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de julio de 2012, recurso 109/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUNA MORENO. Número de sentencia: 428/2012. La Ley 151678/2012.

⁵ En este sentido debe puntualizarse que la configuración básica de la cesión de contrato atiende a tres criterios, principalmente.

En primer lugar, en atención a su función económica y social y a la causa eficiente o concreta el objetivo pretendido, la base del negocio de la cesión de contrato se proyecta sobre el propósito común de las partes de transmitir al cesionario el contenido contractual de la relación negocial del cedente a los efectos de subrogarle en su misma posición contractual, de forma unitaria e íntegra, en el entramado de derechos y obligaciones dimanantes del contrato cedido.

En segundo lugar, el objeto de la cesión de contrato se limita al estricto contenido contractual dispuesto en el contrato cedido, sin alcanzar su propia ejecución o cumplimiento, de manera que no se atribuye al cesionario, de forma directa, un derecho subjetivo de exigir las prestaciones contractuales, ni tampoco se articula la transmisión de un derecho de crédito previamente adquirido.

En tercer lugar, por aplicación de la regla de la eficacia relativa de los contratos, requiere del consentimiento del promitente cedido, cuestión que puede venir causalizada en el mismo contrato cedido, o realizarse posteriormente mediante el correspondiente negocio de aceptación de la cesión de contrato proyectada.

⁶ Vid., por ejemplo, la SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 27 de mayo de 1999, recurso 915/1998. Ponente: Eladio GALÁN CÁCERES. La Ley 86170/1999.

⁷ STC, Pleno 184/1990, de 15 de noviembre de 1990, recurso 1419/1988. Ponente: Jesús LEGUINA VILLA. Número de sentencia: 184/1990. Número de recurso 1419/1988. LA LEY 1511-JF/0000.

«...razones de certidumbre y seguridad jurídica, y la propia coherencia con la decisión libremente adoptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los deberes y derechos que de la misma dimanen, abundan en la consideración de que no pueda entenderse caprichoso o irrazonable que el legislador no incluya a los unidos por vía de hecho de una pensión como la de viudedad que ha sido prevista en función de la existencia de un vínculo matrimonial entre causante y beneficiario...».

⁸ STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de febrero de 1997, recurso 758/1993. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de recurso 758/1993. La Ley 2255/1997.

⁹ Así, la STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de julio de 1999 (recurso 12/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Número de recurso 12/1995. La Ley 11277/1999) en su Fundamento Jurídico 2.º afirma que: «El precepto también ha sido vulnerado respecto a los *daños morales*, no solo en cuanto a su valoración, sino que ni tan siquiera la Audiencia se ha pronunciado sobre su existencia. Aunque el matrimonio fue declarado nulo, esa apariencia de matrimonio acarreó importantes consecuencias para el señor YYY, al que se

le atribuyó la paternidad de Jorge Ignacio por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio, y en consecuencia cargó con todas las obligaciones que le correspondían como consecuencia de esa apariencia de paternidad, obligaciones entre las que se encontraban las de prestar alimentos a dicho hijo. Después de haber mantenido económicamente a su hijo y de haberse creado el vínculo afectivo con él, se ve sometido a otro procedimiento: el de impugnación de paternidad, donde se reconocen las relaciones extramatrimoniales de la señora XXX, y su resultado: el nacimiento de Jorge Ignacio, con lo que se ha ocasionado al señor YYY unos daños morales innegables al haber sido humillado y lesionado en su honor y dignidad. La apreciación que realiza la Sala sobre el comportamiento doloso de doña XXX, no considerándolo acreditado al no estimar que con anterioridad a las pruebas de paternidad... en el año 1990 aquella tuviera conocimiento de que el padre de Jorge Ignacio no era el demandante, contradice los hechos alegados por la contraparte en el hecho quinto de su contestación a la demanda y la negación de la indemnización de los daños económicos y morales causados, supondría, en definitiva, la vulneración de la norma más genérica *alterum non laedere* consagrada en el artículo 1902».

¹⁰ Vid. el FJ 4.º: «...la imposibilidad de calificar de dolosa la actuación y conducta de la señora XXX en torno a ocultar al señor YYY la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio...».

¹¹ STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de julio de 1999, recurso 190/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Número de recurso 190/1995. La Ley 11101/1999.

¹² «El recurrente, no solo ha vivido en engaño permanente, sino que el resultado final del propio engaño ha sido la pérdida de los hijos, ya que los que consideraba como tales no lo eran, así como un sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro. La propia parte contraria lo sabe, pero no solo le pareció poco el daño causado, sino que le dio publicidad en el diario *El País*, circunstancia esta que incrementa el daño causado —el recurrente ha estado contribuyendo a las cargas del matrimonio que impone el art. 110 del CC al padre, y el 39.3 CE, cuando realmente no lo era, cuando era un tercero el padre y gracias al engaño de la esposa, el verdadero padre se ha visto eximido del deber de alimentar a sus hijos, habiéndolo hecho mi representado porque creía que los hijos eran suyos. Es decir, ha habido dolo en la conducta de la esposa— y —todos estos conceptos se reclaman como consecuencia de que ha habido un incumplimiento contractual, con dolo y mala fe por parte de la esposa, de sus obligaciones matrimoniales, y este incumplimiento tiene sus consecuencias legales, con independencia de que una de ellas sea la de estar incurso en causa de separación—».

¹³ Concreta el FJ 4.º que: «El daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal *a quo* haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1101 del mismo, y esto así, y dado lo dispuesto en el ritualario artículo 1715.3».

¹⁴ La SAP de Segovia, de 30 de septiembre de 2003 (recurso 237/2003. Ponente: Pilar ÁLVAREZ OLALLA. Número de sentencia: 186/2003. La Ley 151419/2003) ante una demanda de indemnización de perjuicios presentada por Soledad en contra de su cónyuge, por el sufrimiento ocasionado a la actora por «el abandono del hogar familiar por parte del marido demandado, dada la grave enfermedad que aquella padecía y padece», rechazó la demanda fundándose en que «el supuesto abandono por el marido del hogar conyugal no está contemplado en el Código Civil como comportamiento que dé lugar a indemnización alguna, sino exclusivamente su concurrencia es causa para solicitar la separación, el divorcio, o también se considera causa de desheredación». En el FJ dice que, «si bien es cierto que los deberes de ayuda y socorro mutuos entre ambos cónyuges están proclamados en los artículos 67 y 68 y son comprensivos no solo de lo que materialmente pueda entenderse como alimentación, sino de otros cuidados de orden ético y afectivo, se trata de deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna —con excepción del deber de alimentos, que en este caso no fue incumplido— sino, como decimos, son contemplados exclusivamente como causa de separación, divorcio y desheredación».

¹⁵ SAP de Valencia, Sección 7.ª, de 2 de noviembre de 2004, recurso 594/2004. Ponente: María del Carmen ESCRIG ORENGA. Número de sentencia: 597/2004. Número de recurso

594/2004. La Ley 59/2005. Sentencia que falla la indemnización a un hombre por el daño moral sufrido tras descubrir que no era el padre de tres de los cuatro hijos nacidos durante su matrimonio, sino que eran fruto de una relación extraconyugal de su esposa. Los demandados —la esposa y el padre biológico— actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos, y de forma dolosa en la ocultación de su no paternidad al demandante, siendo el posterior conocimiento de la verdad el desencadenante del daño sufrido por este. Resarcimiento del daño moral derivado del padecimiento psicológico sufrido —100.000 euros— pero no del reclamado por deterioro de la fama, honor, intimidad y prestigio profesional del demandante, ni del generado por la infidelidad de su cónyuge.

¹⁶ ROMERO COLOMA, Aurelia M.^a, «Mala fe de la esposa y responsabilidad civil en el marco conyugal», en *Abogados de Familia*, núm. 57, Sección Tribuna Abierta, tercer trimestre de 2010, Editorial La Ley. La Ley 8742/2010.

¹⁷ VARGAS ARAVENA afirma que «nos adherimos parcialmente a la doctrina dominante... creemos que los deberes y derechos conyugales, efectivamente, antes de contraer el vínculo matrimonial, no son susceptibles de ser derogados ni modificados sustancialmente; son deberes legales, ya que ellos constituyen el verdadero contenido del matrimonio en lo concerniente a sus efectos personales...», «...después de celebrado el matrimonio, creemos que es posible que los cónyuges dispongan de la obligatoriedad de los deberes y derechos conyugales; si bien sostener lo contrario es plenamente justificable en teoría, creemos que es desconocer cierta realidad sociológica que se halla en el ambiente actual —realidad social que, conforme al art. 3 núm. 1 del CC, constituye una herramienta de interpretación— es ser, quizá, un poco utópico e ilusorio. Si bien existen muchos matrimonios en la sociedad española cuyos cónyuges cumplen todos y cada uno de los deberes y derechos conyugales, no es menos cierto que existen otros en los cuales los cónyuges se han dispensado, anticipada o posteriormente, mediante pactos o convenios expresos o inclusive tácitos, y preferentemente verbales (dudamos que podamos encontrar un pacto escrito de esta naturaleza, pero aun así, no descartamos dicha posibilidad)...» (VARGAS ARAVENA, David, «De la irresarcibilidad de los daños entre cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales», en *Daños civiles en el matrimonio*, edición núm. 1, Editorial LA LEY, Madrid, octubre de 2009. La Ley 7405/2011).

¹⁸ Vid. SANCHO VILLARREAL, «El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción», en *Revista de Derecho de familia*, núm. 11, abril de 2001, pág. 77 y sigs.; quien afirma que «siempre se ha considerado que los cónyuges no pueden disponer, al menos inicialmente, mediante convenio de este deber —afirmación que es plenamente extensible a los demás deberes y derechos— que se configura como de orden público, aunque actualmente ese carácter se ha ido debilitando...».

¹⁹ Vid. CARRASCO PERERA, Ángel, «El precio de la infidelidad», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 666/2005, Parte Tribuna, 2005, edición electrónica (<http://www.westlaw.es>). «La jurisprudencia rechaza hoy que del incumplimiento del deber matrimonial de fidelidad pueda nacer una pretensión indemnizatoria para el marido engañado. Doctrina que tiene como justificación el propósito de no socavar por vía de indemnización (a favor del marido) la pensión compensatoria que pueda corresponder a la mujer separada. Y como excusa, un pretendido derecho personalísimo a desarrollarse libremente como adúltero... Pues se enseña con ella que tonto es el marido que se compromete demasiado con el cuidado y la educación de los hijos de su mujer, ya que muy bien pueden no ser suyos, y luego no habrá nadie que le compense por el chasco y la cara de tonto que se le queda», presagiando para el futuro que «los varones no querrán devenir maridos y los maridos no querrán tener hijos con sus mujeres. Solo estarán dispuestos a dejar embarazadas a las mujeres aquellos varones que ya por anticipado tengan previsto que no asumirán compromisos con la prole de la mujer con la que yacen. A estos les acabará dando igual si los hijos de esa mujer son suyos o de otros».

²⁰ SAP de León, Sección 2.^a, de 2 de enero de 2007, recurso 304/2006. Ponente: Alberto FRANCISCO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ. Número de sentencia: 1/2007. Número de recurso 304/2006. LA LEY 1789/2007.

²¹ SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 16 de enero de 2007, recurso 430/2006. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. Número de sentencia: 27/2007. Número de recurso 430/2006. LA LEY 154841/2007.

En dicha sentencia se pone de manifiesto que: «Si el embarazo se produjo tras diecisiete años de matrimonio, durante los cuales no quedó embarazada pese a los tratamientos y durante la época de la concepción mantuvo relaciones sexuales con Carlos, debió haberse planteado la posibilidad de que el padre de la niña no fuera su marido. La *diligencia que debe exigirse a la demandada* debe ponerse en relación, con el *contexto social actual, que le permite, cuanto menos haber podido excluir mediante una simple extracción de sangre, la paternidad de la persona con la que mantenía relaciones sexuales de forma paralela a las relaciones matrimoniales, persona con la que mantenía una relación personal*. La *culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa*. Puede afirmarse que Luisa no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual. No resulta cuestionable la concurrencia del nexo causal entre la conducta negligente de la madre que no hizo en su día las comprobaciones pertinentes en cuanto a la paternidad y el resultado producido cual es la extinción de la relación paterno-filial».

²² SAP de Córdoba, Sección 2.^a, de 18 de diciembre de 2012, recurso 399/2012. Ponente: José María MORILLO-VELARDE PÉREZ. Número de sentencia: 325/2012. La Ley 229205/2012.

²³ SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 28 de febrero de 2006, recurso 535/2005. Ponente: FRANCISCO CARRILLO VINADER. Número de sentencia: 96/2006. Número de recurso 535/2005. La Ley 55530/2006.

²⁴ La SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de noviembre de 2006 (recurso 268/2006. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número de sentencia: 643/2006. Número de recurso: 268/2006. La Ley 237025/2006) afirma que las cuotas ordinarias de la comunidad de propietarios de un inmueble sujeto al régimen de la propiedad horizontal han de ser íntegramente abonadas, en el caso de concurrir dos o más titulares del inmueble, por quien goza del uso material del mismo. Las cuotas de carácter extraordinario derivadas de derramas por reparaciones no corrientes, de rehabilitación de fachada o de instalación de servicios de la edificación, sí que habrán de ser compartidas por los propietarios del inmueble, no obstante la utilización del mismo por tan solo uno de los titulares.

²⁵ STS, Sala Primera de lo Civil, de 4 de diciembre de 2000, recurso 3181/1995. Ponente: Antonio ROMERO LORENZO. Número de sentencia: 1103/2000. Número de recurso 3181/1995. La Ley 3127/2001.

1.2. Familia

Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar

Requirements for the attribution of the use of the familiar housing

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Una de las medidas a adoptar en los supuestos de crisis matrimonial o de pareja es la atribución del uso de la vivienda familiar. A falta de acuerdo de los cónyuges en el correspondiente convenio regulador o de su homologación judicial, corresponde al juez decidir sobre las bases de los criterios fijados en el artículo 96 del Código Civil, según existan o no hijos, y, en su caso, de que los hubiere, sean menores, incapacitados o mayores de edad; y, en todo caso, la posible aplicación finalista del citado precepto evitando el automatismo de la atribución del uso de la vivienda familiar al hijo y al cónyuge custodio, y su implicación con otras medidas, es la materia sobre la que se va a centrar el presente estudio.

ABSTRACT: *One of the measures to adopting in the suppositions of matrimonial crisis or of pair is the attribution of the use of the familiar housing. For lack of agreement of the spouses in the corresponding regulatory agreement or of his judicial homologation, it corresponds to the Judge to decide on the bases of the criteria concentrated on the article 96 of the Civil Code as exist or not children, and, in his case, of which they will be, be minor, incapacitated or major of age; and, in any case, the possible application finalist of the mentioned rule avoiding the automatism of the attribution of the use of the familiar housing to the son and I guard the spouse, and his implication with other measures, it is the matter on the one that is going to centre on the present study.*

PALABRAS CLAVES: Vivienda familiar. Crisis matrimonial. Atribución del uso. Hijos menores y mayores de edad. Guarda y custodia.

KEY WORDS: *Familiar housing. Matrimonial crisis Attribution of the use. Minor and major children of age. Guard and custody.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.—III. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO.—IV. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y SU FUNDAMENTO: 1. EXISTENCIA DE HIJOS. 2. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO A CADA PROGENITOR SE LE OTORGA LA GUARDA Y CUSTODIA DE UNO DE LOS HIJOS. 3. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO NO EXISTEN HIJOS.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Una de las medidas patrimoniales o económicas que se adoptan en los procesos de nulidad, separación o divorcio ante situaciones de crisis matrimonial, es la atribución del uso de la vivienda junto con otras de la misma naturaleza —pensión de alimentos, liquidación del régimen económico, pensión compensatoria—, o de carácter personal como la guarda y custodia de hijos y el régimen de visita de los mismos.

La vivienda familiar es el lugar donde el grupo familiar tiene instalado su lugar de residencia permanente y en situaciones de crisis matrimonial o ruptura de pareja cumple la función de favorecer la continuidad de la vida familiar, aunque fragmentada, y asimismo, representa un mecanismo tutelador de los intereses de los hijos, cuya protección general presenta un rango constitucional impuesto por el artículo 39.1 y 2 de la Constitución Española. A falta de acuerdo entre las partes o cuando el convenio regulador no resulta homologado judicialmente, el uso de la vivienda familiar no solo puede ser atribuido en las medidas definitivas (arts. 774 de la LEC y 96 del CC), sino también en la fase de medidas provisionales (arts. 773 de la LEC y 103 del CC), o en las medidas provisionales previas o provisionales (art. 771 de la LEC y 104 del CC). Ahora bien, la cuestión que se plantea en relación con esta medida patrimonial descansa en determinar cuál de los cónyuges va a permanecer en el uso de la vivienda familiar, cuando no se ha llegado a un acuerdo al respecto o este no se ha aprobado por el juez, y en tales casos corresponde a la autoridad judicial resolver la cuestión atendiendo a los criterios que establece el artículo 96 del Código Civil.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis de tales criterios tal como se sustancia en la doctrina y jurisprudencia; no obstante, previamente haremos una breve referencia al concepto de vivienda familiar y a la naturaleza de la atribución del uso de la vivienda.

II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

Nuestro legislador ha optado por no ofrecer ninguna conceptualización de la vivienda familiar, sino que esa labor prefiere residenciarla en la doctrina y la jurisprudencia. Así ELORRIAGA DE BONIS (1995, 46) la define como «aquel espacio físico, digno y adecuado, que constituye el ámbito normal de las relaciones matrimoniales y de filiación», o «como el espacio físico donde se localiza el matrimonio y la familia»¹. Existe una coincidencia en considerar a la vivienda familiar como el local o edificación que es usado ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia (hijos). La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación. En esencia, es el lugar donde habitualmente y con continuidad se desarrolla la convivencia de la familia y le proporciona cobijo, además seguridad e intimidad (SERRANO ALONSO, 1986, 87 y 90; DE COSSIO Y MARTÍNEZ, 1997, 39 y 40)². Para HERRERO GARCÍA (1991, 588) por vivienda familiar ha de entenderse «el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar»³.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996⁴, conceptúa la vivienda familiar como «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio

indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que, las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y su crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso».

Desde una perspectiva, la vivienda familiar nace y se estructura cuando los cónyuges y los hijos se instalan a vivir en forma más o menos permanente en algún inmueble de su elección. Es lo que el profesor LACRUZ BERDEJO (1986, 28) denomina «familiarización», esto es, la afectación, con voluntad de estabilidad, de determinado bien a la necesidad de alojamiento del grupo familiar⁵; se trata entonces de una cuestión de hecho que «no proviene de un acto jurídico o acuerdo de voluntades encaminados a tal fin, al menos en la generalidad de los casos, puesto que la ocupación de la vivienda viene dada por la naturaleza y realidad de las cosas y no por contratos que la establezcan y la regulen» (ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 187)⁶.

Por su parte, el artículo 40 del Código Civil perfila un concepto de domicilio como lugar de residencia habitual de las personas naturales, y el domicilio conyugal como la sede jurídica de ambos cónyuges, el lugar donde se localiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio fijado por ambos cónyuges de común acuerdo y en caso de discrepancia por el juez (art. 70 del CC) (GETE-ALONSO Y CALERA, 1984, 349)⁷. Estamos ante domicilio conyugal cuando existe una relación matrimonial frente al domicilio familiar que, de forma más amplia abarca no solo aquel sino también donde conviven los miembros de una pareja con hijos o sin ellos, o familias monoparentales, e, igualmente, cuando disuelto el matrimonio no existe ya un vínculo conyugal (art. 93.2 del CC). El domicilio conyugal cumple una función de localización jurídica —por ello se concreta en un determinado ámbito espacial— y de identificación del matrimonio; mientras que la vivienda familiar será la base física del domicilio familiar (ESPIAU ESPIAU, 1992, 37)⁸.

En todo caso, existe una tendencia doctrinal mayoritaria tendente a hacer coincidir la vivienda familiar con el domicilio conyugal o domicilio familiar (ESPIAU ESPIAU, 1992, 21)⁹. Si bien, no faltan autores que niegan que la vivienda familiar constituya la sede del domicilio conyugal. Así GARCÍA CANTERO (1986, 71 y 72) piensa que «conviene deslindar ambas figuras en atención a la diferente finalidad que cumplen. Por de pronto, el domicilio tiene una función principalmente *ad extra* en las relaciones con los terceros, para realizar pagos y cobros, para recibir notificaciones, etc., por lo cual, en último término, podría sustituirse o reemplazarse por un buzón o un apartado de correos. En cambio, aunque no se excluyen esas funciones externas, lo fundamental en la vivienda y mobiliario familiares son las funciones *ad intra*, de convivencia entre sus miembros, de co-bijo y alimentación, de asistencia y formación. El domicilio legal no puede faltar nunca, la vivienda familiar sí, y, aunque exista, ser diferente del domicilio»¹⁰.

Por otra parte, la noción de domicilio conyugal se relaciona con la de domicilio familiar, al operar ambos sobre el espacio que sirve de residencia al grupo familiar, y, asimismo, determinan la existencia de un grupo de personas unificadas en ese lugar en razón de su domicilio (GETE-ALONSO Y CALERA, 1984, 349)¹¹. Además, el concepto de residencia habitual coincide con el domicilio y vivienda familiar, pues, el domicilio es precisamente el lugar de residencia habitual, y la vivienda la base territorial de aquel (ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 195)¹².

Para que la vivienda tenga el carácter de familiar es necesario que cumpla una serie de requisitos: 1) Ha de constituir el lugar donde habitualmente se

desarrolla la convivencia familiar o destinada a servir como asiento del hogar familiar (ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 214)¹³, o la residencia normal de la familia, con una continuidad presumible (HERRERO GARCÍA, 1991, 588)¹⁴; o, en fin, como espacio físico que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento. De ahí que se excluyan las segundas residencias, fincas de recreo —por muy habitualmente que sean utilizadas por la familia, por ejemplo, durante los fines de semana—, los locales destinados exclusivamente a uso profesional, o el piso adquirido a tal fin por uno de los cónyuges, pero aun no ocupado, el terreno sobre el que se proponen construir la casa (GARCÍA CANTERO, 1986, 73 y 74; CÁRCABA FERNÁNDEZ, 1987, 1506)¹⁵. La vivienda ha de estar efectivamente ocupada por la familia, sin que sea necesario que, tal ocupación haya tenido lugar durante un determinado periodo de tiempo, pues, tan habitual es la que está ocupada durante muchos años como la que se habita recientemente (RODRÍGUEZ LÓPEZ, 1982, 1606; ERDONÁIZ LÓPEZ, 1997, 82)¹⁶. 2) Debe ser un lugar habitable. Para ello no se requiere que se cumplan determinadas condiciones de habitabilidad mínimas por más que el artículo 47 de la Constitución Española se refiera a una vivienda digna como premisa. Solo se exige que se trate de un lugar destinado a vivienda. Es obvio que no todas las personas, según entiende la media de los ciudadanos, tienen una vivienda digna, pero por indigna que sea no deja de ser vivienda. En palabras de CÁRCABA FERNÁNDEZ (1987,1436), para que una vivienda sea digna y adecuada debe «albergar con decoro a un ser humano, lo que se consigue cuando reúne las condiciones suficientes para que en ella se pueda desarrollar la vida humana en sus más diversas facetas de una manera honrosa»¹⁷. Para TAMAYO CARMONA (2003, 34), cosa distinta es que la vivienda en cuanto destinada a servir de espacio donde las personas puedan desarrollar sus necesidades básicas, deba reunir la infraestructura mínima que, cumpla al menos los requerimientos de la normativa administrativa del ramo, so pena de desalojo¹⁸. En este contexto, plantea cierta problemática los anejos de la vivienda —los garajes y trasteros—. Se considera vivienda habitual familiar en cuanto forman parte del mismo inmueble (ALBALADEJO GARCÍA, 2007, 149)¹⁹. Sin embargo, no faltan algunas resoluciones que optan por la concesión de su uso independientemente de la vivienda, cuando pueden ser objeto de utilización separada²⁰. 3) Asimismo, ha de tener la vivienda la calificación de familiar, ha de estar ocupada efectivamente por la familia, y con carácter principal (ELORRIAGA BONIS, 1995, 216 y 217; TAMAYO CARMONA, 2003, 32)²¹. 4) La vivienda ha de ser inmueble. No obstante, se admite la existencia como vivienda de muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y que constituyan el alojamiento principal de la familia como las *roulottes*, casas-bote, remolques, tiendas de campaña o cualquier otro que haga las veces de un hogar habitual (ELORRIAGA BONIS, 1995, 213; HERRERO GARCÍA, 1991, 588)²².

Finalmente, en el caso de existir varias viviendas familiares habituales, por ejemplo, en el caso que uno de los cónyuges tenga que vivir en lugar distinto que el otro cónyuge o sus hijos por razones profesionales, o, cuando los hijos residen en otro lugar diferente por motivo de estudios²³. Hay dos posturas doctrinales, las que entiende que puede haber varias viviendas habituales (CÁRCABA FERNÁNDEZ, 1987, 1438)²⁴; frente a quienes solo consideran que hay una, presumiendo como única vivienda familiar la del lugar donde los cónyuges hayan fijado el domicilio conyugal (RODRÍGUEZ LÓPEZ, 1982, 1607; CUENA CASAS, 2012, 287)²⁵. No obstante, el artículo 233-20.5 del Código Civil catalán posibilita que en situaciones de crisis matrimonial, la autoridad judicial «pueda sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos».

III. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO

En torno a la cuestión, brevemente señalaremos que hay quienes defienden su naturaleza de *derecho real*, destacando su carácter *erga omnes* y su acceso al Registro de la Propiedad. Así, LACRUZ BERDEJO (2005, 102), reconociendo la difícil calificación jurídica del uso, estima que «podría acaso considerarse como un derecho de habitación temporal no vitalicio constituido, con arreglo a la ley, por decisión judicial»²⁶. Al mismo derecho real típico se refiere CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (1988, 1609), al señalar que «en principio, se tratará de un derecho real de usufructo inalienable, inembargable y personalísimo, o un derecho real de habitación con esas mismas características y extendido a toda la vivienda»²⁷. Otros, por el contrario, optan por defender su naturaleza personal. Así MURCIA QUINTANA (1998, 251) niega taxativamente que se trate de un derecho real, pues está «incardinado dentro de la contribución a las cargas de la familia, siendo, por tanto, de carácter fundamentalmente personal e intransferible»²⁸.

Si bien, no faltan posturas intermedias. Así, O'CALLAGHAN MUÑOZ (1986, 1333) condiciona la naturaleza jurídica del uso atribuido judicialmente al que tuviera el derecho de ocupación inicial de los cónyuges sobre la vivienda familiar. Así «será real siempre que la titularidad sobre la vivienda lo fuera; si no hay titularidad no nacerá derecho de ocupación alguna; y, de ser personal, se dará una cesión»²⁹; por su parte, ELORRIAGA BONIS (1995, 515 y 516), que ve en la institución rasgos propios tanto de los derechos personales como de los reales. Respecto de los primeros, destaca su temporalidad y la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda asignada en uso a uno de ellos; de los segundos, su oponibilidad *erga omnes* y acceso al Registro de la Propiedad³⁰.

Finalmente, hay quienes como SALAZAR BORT (2001, 136-139) precisan que se trata de una medida asistencial dedicada esencialmente a proteger el especial interés que, sobre la vivienda pueden tener los hijos en cuanto es necesario el mantenimiento de su entorno social para garantizar el normal desarrollo de su personalidad, pese al trauma que supone la separación o el divorcio de los padres³¹. O simplemente optan por calificarlo de derecho *sui generis* (DÍEZ-PICAZO, 1961, 897)³².

Este debate tiene también reflejo en el seno de nuestros Tribunales y en la Dirección General de los Registros y del Notariado. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992, señala que «debe configurarse como un derecho oponible a terceros que, como tal, debe tener acceso al Registro de la Propiedad y en estos términos constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares»³³. Asimismo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de octubre de 1999, lo califica como derecho real que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro de la Propiedad³⁴.

Por el contrario, consideran que no constituye derecho real, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 1994³⁵, sino una forma de contribución *in natura* al levantamiento de las cargas del matrimonio; o, como un *ius ad rem*, con accesibilidad al Registro de la Propiedad, tal como señala la sentencia del mismo Tribunal, de 14 de diciembre de 2004³⁶; o en fin, le otorgan una naturaleza *sui generis*, aunque reconociendo su posibilidad de acceder al Registro de la Propiedad y por ello mismo, ser oponible a terceros³⁷, o, simplemente destacan su naturaleza de derecho personal³⁸ o su carácter asistencial³⁹, o, para mayor confusión, su calificación como un derecho de constitución judicial o con el valor de decisión judicial oponible *erga omnes*, aunque no generadora

de un derecho real⁴⁰. Por su parte, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de febrero de 2004⁴¹, considera el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda. En esta línea se ha orientado, también, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 14 de enero de 2010⁴² que, califica el derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia no como un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta el interés más necesitado de protección, que, desde un punto de vista patrimonial no impone más restricciones que la limitación de disponer al otro cónyuge, lo cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso. Esta limitación es oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad.

En todo caso existe una base común en las diferentes posiciones doctrinales expuestas que, estamos ante un derecho oponible *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad (DE LA PUENTE ALFARO, 2006, 2372)⁴³. Así la resolución judicial que atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, permite el acceso al Registro de la Propiedad respetando el principio de prioridad⁴⁴. De forma que el derecho de uso atribuido judicialmente que no esté inscrito, no es oponible a tercero de buena fe, lo que tiene especial relevancia cuando tiene lugar una ejecución hipotecaria de un titular hipotecario anterior. Si bien, resulta de interés destacar que, tal atribución judicial del uso puede tener lugar en dos momentos distintos del procedimiento judicial: *a)* Como medida provisional durante la sustanciación del procedimiento principal sobre la base de lo dispuesto en el artículo 103.2 del Código Civil —mediante auto—, cuyo acceso al Registro de la Propiedad tendrá lugar mediante anotación preventiva de la demanda presentada; *b)* Como medida definitiva adoptada en la sentencia que pone fin al procedimiento judicial de nulidad, separación o divorcio (arts. 90 B y 91 del CC), dando lugar a una nota marginal a la inscripción del dominio del bien inmueble afectado, en la que se hará referencia a la atribución de uso y el disfrute respecto del bien inmueble en la parte que corresponda. En esta línea, el artículo 233-22 del Código Civil catalán regula expresamente la publicidad del derecho de uso de la vivienda familiar, estableciendo que el derecho de uso de esta atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad.

IV. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y SU FUNDAMENTO

La atribución del derecho de uso del artículo 96 del Código Civil opera cuando los cónyuges no han llegado a un acuerdo vía convenio regulador, o este no se ha homologado judicialmente, de forma que, corresponde al juez en proceso contencioso decidir sobre el uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial sobre la base de diversos criterios contenidos en tal precepto, así la existencia de hijos que quedan en compañía de un progenitor con la problemática que, conlleva según estos sean menores, incapacitados o mayores de edad, o, cuando unos hijos permanecen en compañía de un progenitor y los demás con el otro o, en fin, cuando se carece de descendencia y la vivienda es exclusiva de uno de los cónyuges. Asimismo, se fijan en dicho precepto los requisitos para la realización

de actos dispositivos sobre la vivienda familiar por el cónyuge titular, cuando su uso ha sido asignado al otro (art. 96.4)⁴⁵. En todo caso, se parte de un doble objetivo: en el supuesto de haber hijos, el interés de estos actúa como prioritario para la adopción de la medida e indirectamente, el interés del cónyuge al que se atribuye la guarda y custodia; y, en el caso de no haber hijos, se considera como determinante en la adopción de la medida el interés más necesitado de protección, para lo que el juez deberá atender a los motivos de distinta naturaleza (económicos, sociales, personales), que concurren en uno u otro cónyuge, procediendo a un estudio comparativo de la situación de cada uno antes de concretar la medida. Solo cuando no concorra en ninguno de los cónyuges un interés más necesitado de protección, se atenderá a la titularidad de la vivienda que, será, por tanto, en todos los casos el criterio subsidiario. Queda, sin embargo, huérfano de regulación, pese a la reforma operada en el artículo 92 por la Ley 25/2005, la atribución del uso de la vivienda cuando la custodia de los hijos es compartida.

1. EXISTENCIA DE HIJOS

En este caso, la Ley prescinde del criterio de titularidad, pues, resulta irrelevante qué cónyuge sea el propietario del inmueble. Puede ser de titularidad privativa o ganancial o pertenecer a ambos en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas (art. 392 del CC). Lo prioritario es la protección de los hijos; de ahí la importancia del principio de *favor filii*, principio recogido en Tratados y Resoluciones de organizaciones internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la carta de los Derechos del Niño; y, asimismo, contenida en nuestro texto constitucional, artículo 39.2, y, en numerosos preceptos del Código Civil (arts. 92, 03, 103, 110, 142.2, 154, 159, 170)⁴⁶. Este principio implica que todas las decisiones que se hayan de adoptar en relación a la situación del hijo menor de edad, deberán siempre buscar su interés, configurándose como una modalización de la potestad y como un criterio de solución de los conflictos interconyugales (DÍEZ-PICAZO, 1984, 129-130)⁴⁷. Asimismo, se concreta en el criterio de mantener la estabilidad del menor en su mismo entorno afectivo, social y escolar para no someterlo a más cambios del que ya en sí supone la separación o el divorcio de los padres, y que pueden afectar negativamente en su estabilidad emocional y en su desarrollo (LUQUE JIMÉNEZ, 2012, 58)⁴⁸. Por su parte, en un orden procesal, implica que las medidas que afecten a los hijos menores de edad y que se concreten en una sentencia de nulidad, separación o divorcio, han de ser acordadas por el juez, incluso de oficio y sin necesidad de someterse estrictamente al principio dispositivo y de rogación.

Por tanto, el interés familiar que se tiene en cuenta, a los efectos de decidir la atribución del uso a uno de los cónyuges, es el de los hijos menores de edad, por entender que es el de estos el más necesitado de protección⁴⁹. De este modo, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 del CC)⁵⁰. Si los hijos son encomendados al cónyuge titular, no se plantea ningún problema, al recaer sobre la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda y, en consecuencia, no emerge ningún derecho⁵¹; ahora bien, si el beneficiario del uso no es el titular, el fundamento de la privación del uso se encuentra en el especial cumplimiento de los deberes que a él le corresponde respecto de sus hijos, ya que la separación, nulidad y divorcio no eximen a los padres de sus

obligaciones para con ello (art. 92.1 del CC) entre las que está el cumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad, y la relación paterno-filial, la de facilitarles habitación y, además que esta siga desarrollándose en una vivienda determinada, que hasta ahora es la que constituía la vivienda familiar (MARTÍN MELÉNDEZ, 2005, 143-146)⁵².

Ahora bien, de la rígida dicción del artículo 96.1 del Código Civil a la vista de los términos que emplea «*corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*» podía entenderse que estamos ante un precepto de carácter imperativo de modo que el juez estuviera imposibilitado, en defecto de acuerdo de los esposos, o en caso de no aprobación del mismo, para atribuir el uso al cónyuge en cuya compañía no queden los hijos, aunque se estimara que, es el interés más necesitado de protección. Así tendría carácter vinculante para el juez y exigiría siempre que la atribución del uso, habiendo hijos, correspondiera al cónyuge en cuya compañía queden. Si bien, la cuestión no es pacífica y así frente a esta forma de operar, en la que se considera que el legislador ha establecido una presunción *iuris et de iure* (por disposición de ley), están los que consideran que estamos ante una presunción *iuris tantum*. Para los primeros, recordemos, el artículo 96.1 se pronuncia en términos taxativos cuando ordena que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, la vivienda familiar se atribuya a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, sin que procedan los jueces a una ponderación de los intereses concurrentes, amparándose para ello en la búsqueda de la justicia material, pues se trata de una decisión ya tomada por el legislador y operar de otra forma sería desconocer la ley. De ahí, la imperatividad apuntada que imposibilita su modulación, ni autoriza que la vivienda quede en posesión del cónyuge que carezca de la guarda y custodia, ya que se considera que siempre y en todo caso, el interés más digno de tutela, es el de los hijos del matrimonio y de manera indirecta o subsidiaria el del cónyuge en cuya compañía queden. Esto es, la atribución de la guarda y custodia de los hijos a un cónyuge determina automáticamente la medida relativa a la atribución del domicilio familiar. Por tanto, ante una situación de crisis matrimonial, y a los efectos de concretar la medida de la atribución del uso de la vivienda familiar, resulta evidente que «el interés más necesitado de protección» es objeto de una determinación legal *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario, incluso aunque la realidad demuestre que el interés más necesitado de protección es el del cónyuge no guardador (LETE DEL RÍO, 1994, 1150-1151; MONTERO AROCA, 2002, 62)⁵³. Frente a esta postura, otro sector doctrinal y jurisprudencial mayoritario considera que, aunque el artículo 96.1 contiene una presunción *iuris tantum* que, el interés más necesitado de protección es normalmente el de los hijos, esto no impide que, el juez si el uso se ha solicitado, además, por el cónyuge no guardador, deba considerar en cada supuesto concreto los distintos intereses en juego, de modo que si de dicha ponderación resulta que, la presunción de la norma no coincide con la realidad, podría adjudicarse el uso al cónyuge no guardador, siendo, no obstante, tal supuesto excepcional y siempre que las pruebas no dejen lugar a dudas sobre ello. Por tanto, aunque la Ley presuma que el interés prevalente es el del cónyuge que asume la custodia de los hijos comunes y mediatamente la de estos (*favor filii*), con esta forma de proceder ponderando todas las circunstancias concurrentes, se evita el automatismo de la atribución del uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge custodio, y se sigue una línea interpretativa teleológica y finalista del precepto que toma en consideración precisamente las circunstancias personales, sociales y económicas de la familia en el caso concreto (ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 484-486; BAENA RUIZ, 1992, 31-32; UREÑA MARTÍNEZ, 2011, 1826)⁵⁴.

Recordemos que se trata de una presunción *ius tantum* que admite prueba en contrario de la necesidad o de las circunstancias que hacen del interés del progenitor no custodio el más necesitado de protección. En este contexto estaríamos ante supuestos excepcionales que posibilitasen la no atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio, cuando este y los hijos tengan organizada su vida en otra vivienda independiente⁵⁵; o aquel tiene medios para ubicarse en otro inmueble distinto, evitando así que el progenitor propietario de la vivienda familiar se vea despojado del inmueble⁵⁶; cuando en ningún momento del procedimiento el progenitor custodio se ha opuesto a la petición del otro progenitor sobre que se le atribuya a él el uso de la vivienda⁵⁷; o cuando el progenitor custodio dispone de otra vivienda de su propiedad en la que viene residiendo con los hijos en condiciones similares o incluso superiores a las que ofrecía la vivienda familiar y el otro progenitor, titular de la vivienda familiar, carece de otra⁵⁸; o la vivienda familiar pertenece en régimen de comunidad no solo a los cónyuges, sino también a terceros —familiar del no custodio—, y el cónyuge al que se le atribuye la guarda y custodia de los hijos dispone de vivienda propia⁵⁹; o, en fin, el esposo no guardador desarrolla su trabajo en la vivienda familiar⁶⁰, o tiene problemas de salud⁶¹. De todas formas, evitando el automatismo en la aplicación de la medida atributiva del uso al cónyuge custodio, el artículo 81.2 del Código de Derecho Foral de Aragón dispone que «cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el interés para las relaciones familiares aconsejen su atribución al otro progenitor».

Por otra parte, a pesar de que del tenor literal del artículo 96.1 pueda deducirse otra cosa, el uso se concede al cónyuge titular por más que el criterio de atribución sea el de ostentar la custodia de los hijos comunes. Estos no son titulares de derecho alguno, aunque sí evidentes beneficiarios (MARTÍN MELÉNDEZ, 2005, 239-242; CUENA CASAS, 2011, 337)⁶². Aunque no faltan quienes consideran que los titulares del uso son el hijo y el cónyuge en cuya compañía quedan (MONTERO AROCA, 2002, 96-97)⁶³, o solo el hijo fundamentándolo en el derecho de alimentos de los hijos (LÓPEZ DE ALARCÓN, 1983, 370)⁶⁴. Asimismo, de acuerdo con el principio de igualdad de los hijos, la misma relevancia que se da a los intereses de los hijos comunes, ha de darse a los intereses de los no comunes, y propios del titular de la vivienda a la hora de determinar la atribución a su progenitor, por mantenerse respecto de ellos las mismas obligaciones derivadas de la procreación (MARTÍN MELÉNDEZ, 2005, 85)⁶⁵, y ello pese a que, algún ordenamiento como el catalán considera que, solo se refiere a los hijos comunes de los cónyuges y no a los que solo lo sean de uno de los cónyuges (art. 233-20.2 del CC) (PÉREZ MARTÍN, 2011, 512)⁶⁶.

En este contexto, como antes hemos indicado, el interés primariamente protegido por el artículo 96.1 del Código Civil no es el de cualquiera de los cónyuges o convivientes, ni tampoco el de aquel cónyuge a quien se atribuye la guarda y custodia de los hijos, sino el interés de los propios hijos, a los que se les debe garantizar una sede física en la que puedan desarrollar su vida tras la crisis matrimonial o de pareja. Así, el Tribunal Supremo señala que el interés que se protege no es el de la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de pareja⁶⁷. De forma que, cabe plantearse, pues el artículo 96.1 del Código Civil no distingue, si tal interés el de los hijos menores de edad o cabe entender extensiva la previsión legal a los hijos mayores de tal manera que su interés también se tenga en cuenta a la hora de atribución del uso de la vivienda familiar. Lo cierto es que, en el momento actual cada vez es más

frecuente que, al alcanzar la mayoría de edad los hijos continúen formándose y por tanto carezcan de independencia económica y deban continuar residiendo en el domicilio familiar, pero por otro lado, y precisamente, por su mayoría de edad pueden decidir convivir con el progenitor con el que hasta ahora no lo hacían, porque no tenía atribuida la guarda y custodia; de modo que, cabría plantearse si este progenitor podrá fundar en esta convivencia su reclamación para que se le atribuya el uso de la vivienda en un procedimiento de modificación de medidas, aplicando el artículo 96.1 del Código Civil. Al respecto hay dos posiciones doctrinales: 1. La mayoritaria, que es la que considera que en la redacción del citado artículo 96.1 se hace referencia también a los hijos mayores, pues, únicamente se exige que los hijos convivan con el cónyuge, de forma que, el requisito de la convivencia es el que opera como determinante, con independencia de cualquier otro; además, se entiende que la vivienda forma parte de los alimentos (arts. 142 y siguientes del CC); de ahí que es consecuencia obligada que la nulidad, separación o divorcio no exime a los padres de sus obligaciones con los hijos (art. 92 del CC), siendo precisamente una de ellas los alimentos (art. 154 del CC), comprensiva de la habitación (art. 142 del CC), por lo que tal obligación no cesa automáticamente cuando el hijo alcance la mayoría de edad, sino que se extiende por el periodo necesario para que aquellos puedan independizarse económicamente. Se añade que tal forma de proceder resulta, también de una interpretación armónica de los párrafos primero y tercero del artículo 96, pues, en aquel se habla solo de «hijos» no de «hijos menores» y, en este, igualmente, de «inexistencia de hijos» no de «inexistencia de hijos menores» —por lo que no distingue entre hijos menores y mayores de edad—, como de una interpretación analógica del artículo 93.2 del Código Civil. Asimismo, se alude a los antecedentes parlamentarios de la norma, pues se rechazaron enmiendas que pretendían limitar la protección del artículo 96.1 a los hijos menores; y, por último, se indica que cuando el Código Civil ha querido proteger solo a los hijos menores lo ha dicho expresamente, y no es este el supuesto (O'CALLAGHAN MUÑOZ, 1986, 193; DÍAZ MARTÍNEZ 2013, 1004)⁶⁸. 2. Frente a esta tendencia, se sitúa la que se puede calificar de minoritaria y entiende que el artículo 96.1 solo se refiere a los hijos menores en base a los siguientes argumentos (MARTÍN MELÉNDEZ, 2005, 175-191; TAMAYO CARMONA, 2003, 100-103; ROCA TRÍAS, 2011, 525)⁶⁹: a) El Código Civil se refiere solo a los hijos menores porque considera que su interés justifica la privación al otro cónyuge del uso de la vivienda familiar, por razón de la especial vinculación que el menor tiene con el lugar en el que desarrolla su vida, es lo que se denomina la «teoría psicológica del apego», que considera que, conviene tras la ruptura mantener en lo posible a aquel en entorno doméstico, afectivo, social, escolar, etc., que conoce; de modo que, el interés del hijo menor en la vivienda es verdaderamente un interés superior al que hay que proteger, garantizando la continuidad de los menores en el ambiente en que han crecido y se han educado, y consideran que estas premisas no concurren cuando el hijo es mayor de edad, puesto que, por su madurez, se encuentra en mejores condiciones para hacer frente a las crisis familiares; b) Además, los hijos mayores de edad ostentan, en su caso, un derecho de alimentos que conforme el artículo 142 del Código Civil comprenderá «lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, y asistencia médica...» y además «la educación, e instrucción... cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable», frente a la amplitud de los deberes frente a los hijos menores: «velar por ellos, alimentarlos y procurarles una formación integral, actuando siempre en su beneficio» (art. 154 del CC) y el deber de evitarles perturbaciones dañosas, perjuicios, o peligros

(art. 158 del CC), incluso si han sido privados de la patria potestad, pues el padre y la madre, también en estos casos, están obligados a velar por los hijos menores y prestarles alimentos (art. 110); y nada similar se encuentra en relación con los hijos mayores de edad; *c)* Además los propios artículos derivados del derecho de alimentos impiden fundar en ellos el artículo 96.1 del Código Civil porque conforme el artículo 149.1, la forma normal de cumplir con el deber de alimentos es, a través de una pensión pecuniaria y el mantenimiento del alimentista en la propia casa dependen de la voluntad del alimentante; y este mantenimiento que satisface el interés del hijo mayor de edad necesitado de alimento, puede llegar a suponer la salida del alimentante que ni de lejos se podría permitir; *d)* Los artículos 90 y siguientes del Código Civil no prevén ninguna medida en relación con los hijos mayores de edad, y tras la adición de un segundo párrafo al artículo 93 por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en los procesos matrimoniales solo cabe una pensión alimenticia a su favor. Además en el primer párrafo de dicho precepto se alude a «hijos» y es obvio que solo se refiere a hijos menores, ya que en el segundo párrafo, al regular los supuestos en que existan hijos mayores, se especifica tal circunstancia; *e)* El distinto tratamiento constitucional que unos y otros merecen, así el artículo 39.3 del Código Civil establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante la minoría de edad, frente a la asistencia que «legalmente proceda» que se contempla en el referido precepto cuando los hijos son mayores de edad; *f)* De considerar incluidos a los hijos mayores de edad, se daría un trato de favor a estos en situaciones de crisis matrimoniales frente a los hijos mayores de edad en situaciones de normalidad matrimonial, pues, estos últimos no pueden imponer a sus progenitores tenerlos en la vivienda familiar, ni mucho menos obligando a uno de los titulares a abandonarla; y *g)* Si se entendiera que los hijos del artículo 96.1 son también los mayores con derecho de alimentos, al decidir con quien desea convivir, implicaría que los cambios de opinión al respecto del hijo, implicaría la necesidad de acudir a sucesivos juicios de modificación de medidas.

Sobre tales bases, parece que el artículo 96.1 alude al interés de los hijos menores, al presumirse como interés más necesitado de protección. Sin embargo, respecto de los hijos mayores de edad habrá de probarse su necesidad. Por lo que el criterio de la convivencia con uno de los cónyuges del hijo mayor de edad, no debe ser lo determinante, pues, se dejaría en sus manos la decisión del uso de la vivienda, sino que además se ha de demostrar esa situación de necesidad o dependencia económica que, junto con otras circunstancias concurrentes, determinen que es un interés necesitado de protección. De manera que la atribución del uso de la vivienda al cónyuge con el que convivan puede suponer, además, el pago de la pensión alimenticia (MONTERO AROCA, 2002, 95)⁷⁰. No parece que exista ningún obstáculo en los mayores de edad que convivan en el domicilio familiar cuando carezcan de independencia económica, y, por supuesto, a los mayores de edad incapacitados⁷¹; y si tal interés necesitado de protección se prueba y se valora con el del otro progenitor y demás circunstancias del caso, evitándose con ello el automatismo de la medida, su protección operaría más por la vía del párrafo 3 del artículo 96 del Código Civil (RUBIO TORRANO, 2011, 13)⁷². En todo caso, aunque el hijo mayor de edad puede elegir libremente con qué progenitor desea convivir, en ningún momento le da derecho a pretender que su elección determine qué progenitor será el beneficiario del derecho de uso de la vivienda familiar, ya que el cambio de convivencia no supone ninguna alteración en el uso de la vivienda⁷³. Por otra parte, no hay que olvidar que es posible que el convenio regulador excluya la atribución del uso en el momento en que los hijos

alcancen la mayoría de edad, o se fije una determinada edad de los mismos para la vigencia de la medida; y asimismo, que el reconocimiento del derecho de uso de la vivienda conyugal en proceso matrimonial no obsta para la realización de la posible acción de división y la correspondiente liquidación de la sociedad de gananciales⁷⁴.

En este contexto se ha planteado la posible limitación temporal del uso de la vivienda ante el riesgo que se corre de «expropiar» al propietario, sin que exista defensa para este⁷⁵. Lo cierto es que el artículo 96 del Código Civil no establece la temporalidad del uso sobre la vivienda más que en el párrafo tercero cuando se trata de inexistencia de hijos (menores) y se atribuye la vivienda al cónyuge no titular. Si bien, tal ausencia de mención en el párrafo primero del citado artículo 96, no permite pensar que el derecho de uso es indefinido, sino más bien que, no es precisa la fijación de un plazo de duración por el juez o por los cónyuges en el convenio regulador. En todo caso, la duración del derecho de uso está en función del estado de necesidad —interés más necesitado de protección— que, le ha servido de fundamento. Asimismo, este derecho de uso no se extingue al llegar los hijos a la mayoría de edad al poder subsistir el deber de alimentos, siendo la vivienda una de las partidas cubiertas por el mismo (art. 142 del CC). Ello plantea la cuestión de si es posible limitar la duración del uso a un plazo determinado, o a la mayoría de edad de los hijos o a cualquier otra circunstancia. Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de abril de 2011⁷⁶, considerando que cuando existen hijos menores conviviendo en el domicilio familiar no es posible establecer *a priori* ninguna limitación temporal. Así señala que *«el artículo 96 del Código Civil establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras, incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 del CC); por ello, los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimoniales, o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (art. 233-30.1 del Código Civil catalán). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien»*. Si bien, no faltan pronunciamientos en el seno de las Audiencias Provinciales a favor de la limitación temporal de la medida, fijando un plazo de duración concreto —dos, tres, cinco años—⁷⁷, o, simplemente, hasta la mayoría de edad de los hijos⁷⁸, o alcancen independencia económica⁷⁹, e, incluso, se opta por fijar como criterio temporal la liquidación de la sociedad de gananciales⁸⁰ o venta de la vivienda familiar. Respecto de los hijos mayores de edad, se suele optar mayoritariamente por su limitación temporal, si bien, se tiene en cuenta entre otros criterios, su dependencia económica, su edad⁸¹.

Ahora bien, cabe que la vivienda familiar cuyo uso se atribuye a los hijos menores —por ser el interés más necesitado de protección— y al cónyuge en cuya guarda quedan los mismos, puede no ser propiedad de ninguno de los cónyuges, sino que la posesión la ostentan por la cesión gratuita de un tercero que es el titular de la vivienda —los padres de uno de los cónyuges—. Tal cesión exige determinar en cada caso si se trata de un comodato o precario. La falta de regu-

lación de la cuestión en el artículo 96 del Código Civil contrasta con la existente en el Código Civil de Cataluña en su artículo 233-2.2 para el que: «*si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimenticias o compensatorias*». De forma que si los cónyuges son considerados precaristas, puede el propietario reclamar la posesión del inmueble y el derecho de uso será inoponible (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 30 de abril de 2011)⁸². Asimismo, la sentencia judicial que atribuye el uso, no muta el título de posesión del bien atribuido a los cónyuges; por lo que, mediante la adjudicación del uso no se obtiene frente a un tercero una protección posesoria superior al que se deriva de su condición de precaristas. Así, una vez rota la convivencia, quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación del plazo por su titular es la propia de un precarista (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 14 de enero de 2010)⁸³.

Ahora bien, si la cesión gratuita del inmueble constituye comodato y el contrato se ha celebrado a favor de uno de los cónyuges, en caso de crisis matrimonial, corresponde determinar si el cónyuge no contratante, al que se atribuye el uso, se subroga en la relación que liga a su consorte con el tercero. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 18 de enero de 2010⁸⁴ que, pretende unificar doctrina —pese al voto particular que formularon los Magistrados Xavier O'CALLAGHAN y Antonio SALAS CARCELLER—, en el caso enjuiciado donde la demandante y su hermano son titulares dominicales de una vivienda en la que este estableció el domicilio conyugal al contraer matrimonio con la demandada, viene a considerar a esta precarista, pues entiende que su derecho de ocupación nace de la sentencia de separación y no de la condición de condominio que ostenta su esposo, pues no media ningún contrato que justifique su posesión y la cotitularidad que ostenta su *ex* cónyuge y, en consecuencia, no legitima la posesión del cónyuge usuario.

Por último, y sin ánimos de ser exhaustivos por razones de espacio, señalar que en ausencia de criterios legales de atribución del uso de la vivienda en los supuestos de custodia compartida, cabe la aplicación analógica del artículo 96.2 del Código Civil (LUQUE JIMÉNEZ, 2012, 84; CUENA CASAS, 2011, 393)⁸⁵.

2. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO A CADA PROGENITOR SE OTORGA LA GUARDA Y CUSTODIA DE UNO DE LOS HIJOS

A pesar de que la tendencia es la de no separar a los hermanos (art. 92.2.5 del CC), el artículo 96.2 prevé la posibilidad de que la custodia de los hijos se reparta entre ambos cónyuges (custodia repartida). Si bien, el legislador no establece ningún criterio que permita objetivamente atribuir el uso de la vivienda a uno u otro cónyuge, por lo que en este supuesto, por expresa previsión legal, la decisión queda encomendada al arbitrio judicial, esto es, al criterio razonable e imparcial del juez. El criterio del «interés más necesitado de protección» no se presume a favor de los hijos menores, sino que deberá acreditarse en cada caso, en cuanto no sirve para resolver el conflicto. Así, se ha estimado como parámetros que, permitan la concesión del uso de la vivienda a un determinado grupo familiar, y

resolver las posibles situación de conflicto que se plantee, entre otros: la situación y las posibilidades económicas del grupo familiar, ya que resulta evidente que el que tenga la situación más precaria, tendrá más dificultades para hacer frente a las necesidades de una vivienda; número de hijos que integran cada uno de los grupos familiares; estado de salud de los progenitores y, en su caso, de los hijos; posibilidades de acceso a una vivienda por cada grupo familiar y, en fin, la edad de los hijos (PÉREZ MARTÍN, 2011, 524)⁸⁶.

Ahora bien, si no queda acreditado un interés especial de protección en ambos grupos familiares, es perfectamente factible que si la vivienda familiar es privativa, se mantenga esta en poder y posesión del cónyuge titular, obviando la posibilidad de atribución del uso (RAMS ALBESA, 1987, 115)⁸⁷. Por ende, si la vivienda es de titularidad común, el uso es compartido, por lo que se puede optar por no otorgar a ningún grupo familiar el uso de la vivienda⁸⁸, o dividirla —si es posible su división material—⁸⁹, o, simplemente atribuir el uso de forma temporal y rotatoria o de forma alternativa a cada grupo familiar.

3. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO NO EXISTEN HIJOS

Si no hubiera hijos menores de edad o incapacitados, el párrafo tercero del artículo 96 dispone que «*no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado*». El empleo del verbo «podrá» confiere a la atribución un carácter discrecional y dejándola al arbitrio judicial, supedita esta a que el cónyuge no titular sea el interés más necesitado de protección y, además, así lo aconsejen las circunstancias del caso⁹⁰; de modo que, para la aplicación de esta medida no será suficiente con que concorra ese interés preferente, sino que se requiere algo más —la concurrencia de una serie de circunstancias—, para que, finalmente la atribución del uso prevalezca sobre la titularidad del bien inmueble que recae en el otro cónyuge. El criterio que fija, pues, el artículo 96.3 del Código Civil es más riguroso que el que establece el artículo 103.2 del citado cuerpo legal, que solo remite al juez para su toma de decisión sobre la atribución del uso de la vivienda al interés más necesitado de protección, precisamente por el carácter de medidas definitivas a las que se refiere el primero de los preceptos mencionados. En todo caso, el juez no puede pronunciarse de oficio sobre esta cuestión, sino que debe ser solicitada a instancia de parte, a diferencia de lo que ocurre cuando hay hijos menores de edad, donde el juez necesariamente debe pronunciarse sobre el uso de la vivienda familiar (MARTÍN MELÉNDEZ, 2005, 293)⁹¹.

En este contexto, la concreción de lo que representa el principio del interés más necesitado de protección y de las circunstancias personales y socioeconómicas en las que se puede encontrar el cónyuge no titular, corresponde al órgano judicial en una adecuada ponderación de los intereses en juego, pues, la aplicación del artículo 96.3 tiene carácter excepcional y, por ende, su interpretación debe ser sumamente restrictiva, máxime cuando la vivienda es propiedad de otro (MARTÍN MELÉNDEZ, 2005, 287)⁹². Entre las circunstancias a tener en cuenta hay que destacar la situación económica y patrimonial de los cónyuges —sobre todo cuando impiden al cónyuge no titular disponer de medios económicos que le permiten acceder a otra vivienda mediante compra o alquiler—; personas que, aparte de uno de los cónyuges, se verían en su caso, obligados a abandonar la vivienda junto a él. Es una realidad puesta de manifiesto, que permanezcan en

la vivienda familiar hijos mayores sin ingresos propios suficientes para independizarse, y cuya voluntad sea la de convivir con el cónyuge no titular; también las circunstancias personales del cónyuge que solicita la atribución del uso, en concreto, la edad, estado de salud, cualificación profesional; asimismo, si en la que constituía la vivienda familiar uno de los cónyuges desarrolla una profesión; posibilidades de uno y otro de disponer de una vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento, etc. (LUQUE JIMÉNEZ, 2012, 87-93)⁹³. Sobre tales bases, es patente que en la valoración de los intereses en juego no operamos sobre parámetros objetivos, sino que serán las circunstancias concretas de cada caso las que influyan en el tribunal a la hora de decidir la atribución del uso.

Ahora bien, es posible que el juez, después de valorar todas las circunstancias del caso, llegue a la conclusión de que no existe un interés más necesitado de protección, por lo que el uso deberá permanecer en manos del cónyuge titular de la vivienda. La titularidad cede solo cuando se pruebe que el interés del cónyuge no titular es el más necesitado de protección y, además, las circunstancias hacen aconsejable que sea el beneficiario del uso. Por tanto, el criterio del interés más necesitado de protección en palabras de MARTÍN MELÉNDEZ (2005, 288), «sigue siendo también el criterio principal en estos supuestos, estando el de la titularidad realmente subordinado a este»⁹⁴.

Por otra parte, la atribución del uso de la vivienda, cuando no existen hijos, no supone una duplicación o ampliación del derecho compensatorio del artículo 97 del Código Civil, sino que tiene como finalidad conceder al cónyuge no titular un tiempo determinado para que pueda acceder a una vivienda; de ahí, el carácter temporal de la medida «por el tiempo que prudencialmente se fije»⁹⁵. Como señala, PÉREZ MARTÍN (2011, 533) en el artículo 96.3 «subyace una prolongación del deber de socorro mutuo entre los cónyuges que en los supuestos de divorcio va más allá incluso de la disolución del vínculo matrimonial»⁹⁶. De no optarse por la temporalidad de la medida, la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular supondría una suerte de expropiación forzosa (ROCA TRÍAS, 1984, 69)⁹⁷. En todo caso, es preciso que se fije un plazo determinado, sin perjuicio de poder prorrogarse, si las circunstancias lo aconsejan⁹⁸, extremo admitido expresamente en el artículo 233-20.5 del Código Civil catalán.

Aunque el artículo 96.3 se refiere a la vivienda familiar de titularidad privativa de uno de los cónyuges, también esta norma resulta aplicable cuando ambos cónyuges son titulares de la vivienda, bien tenga esta carácter ganancial o común, o pertenezca en *pro indiviso* a ambos cónyuges, pues, al que se le otorga el uso —por ser el interés más necesitado de protección— no es titular de la totalidad del inmueble. De forma que, puede atribuirse el uso de la vivienda ganancial o en copropiedad a uno de los cónyuges, sin perjuicio del establecimiento de un límite temporal para ello⁹⁹, y sin que ello condicione o predetermine el resultado de las operaciones particionales inherentes a la liquidación de la sociedad de gananciales, que podrá determinar la adjudicación del patrimonio conyugal a cualquiera de los cónyuges, ni, asimismo, la acción de división de la cosa común que corresponde a cualquier comunero (art. 400 del CC)¹⁰⁰. También resulta posible que no proceda la atribución del uso de la vivienda familiar que ostentan en común o *pro indiviso* a ninguno de los cónyuges, por no existir hijos menores de edad ni circunstancias que acrediten que alguno está más necesitado de protección, pues, ambos disponen de medios de vida independientes¹⁰¹; resultando que, en tales casos, se puede proceder a la venta de la vivienda familiar, o a su adjudicación a uno de ellos tras la correspondiente liquidación, o en fin, a falta de acuerdo, al ejercicio de la correspondiente acción de división. O, asimismo,

puede optarse por conceder un uso conjunto a ambos cónyuges, cuando los datos fácticos a enjuiciar revelen que tal solución es la más aconsejable. Es un supuesto, sin duda, que exigirá el acuerdo de las partes, y que puede suponer un uso alternativo¹⁰² o rotativo¹⁰³, o un uso compartido por plantas¹⁰⁴ o por turnos¹⁰⁵.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CUENA CASAS, M. (2011): «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, *Los regímenes económicos-matrimoniales*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, págs. 275-418.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013): «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. I, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 1000 a 1006.
- ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995): *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, Aranzadi.
- ESPIAU ESPIAU, S. (1992): *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, Bosch.
- LUQUE JIMÉNEZ, M.^a DEL C. (2012): *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T. (2005): *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, P. 1, 2 y 3 CC)*, Navarra, Thomson Civitas.
- MONTERO AROCA, J. (2002): *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del art. 96 del CC)*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. (2011): «La vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia, T. Procedimiento Contencioso*, vol. I, *Aspectos sustantivos*, Valladolid, Lex Nova, págs. 501-554.
- ROCA TRÍAS, E. (1984): «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *VV.AA.: Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, Tecnos.
- RUBIO TORRANO, E. (2011): «El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, págs. 11 a 13.
- SALAZART BORT, S. (2001): *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de septiembre de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 2013.

- RDGRN de 5 de junio de 2008.
- SAP de Zamora, Sección 1.^a, de 22 de enero de 2003.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 19 de noviembre de 2007.
- SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 13 de abril de 2011.
- SAP de Madrid, Sección 12.^a, de 29 de marzo de 2010.
- SAP de Córdoba, Sección 2.^a, de 2 de marzo de 2012.
- SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 19 de julio de 2012.
- SAP de Castellón, Sección 2.^a, de 13 de noviembre de 2012.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 12 de diciembre de 2013.

NOTAS

¹ ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995), *Régimen jurídico de la vivienda familia*, Pamplona, Aranzadi, págs. 46 y 194.

² SERRANO ALONSO, E. (1986), «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, Universidad de Navarra, págs. 87 y 90; DE COSSIO Y MARTÍNEZ, M. (1997), *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid, McGrawHill, págs. 39-40; GARCÍA CANTERO, G. (1986), «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, Universidad de Navarra, págs. 70-71; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B. (1988), «Protección legal de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 588, septiembre-octubre, págs. 1586-1587; SERRANO GÓMEZ, E. (1999), *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid, Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, págs. 11-12.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994/1030), la considera como «un bien familiar, no patrimonial al servicio del grupo o del ente pluripersonal que en ella se asiente, quien quiera que sea el propietario»; en igual sentido, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (*AC* 1993/1050); de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de septiembre de 1996 (*AC* 1996/1537); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 23 de abril de 1998 (*AC* 1998/4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.^a, de 2 de marzo de 1999 (*AC* 1999/4917); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 21 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/62709); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 25 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004/25749), y de la Audiencia Provincial de Asturias, de 24 de noviembre de 2003 (*JUR* 2003/277780). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de febrero de 1996 (*AC* 1996/263); de la misma Audiencia y Sección, de 8 de septiembre de 1997 (*AC* 1997/1914); de nuevo de la misma Audiencia y Sección, de 23 de abril de 1998 (*AC* 1998/4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.^a, de 2 de marzo de 1999 (*AC* 1999/4917), y de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1.^a, de 22 de enero de 2003 (*JUR* 2003/67263), se contemplan la vivienda familiar como un bien adscrito, no a uno de los componentes de la familia, sino como un bien al servicio del conjunto familiar.

³ HERRERO GARCÍA, M.^a J. (1991), «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CORDECH, T. II, Madrid, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, pág. 588.

Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011), «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, volumen coordinador por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 3.^a ed, Madrid, Colex, pág. 204, entiende por vivienda habitual «el lugar habitable en que se desarrolla actualmente y con habitualidad, la convivencia familiar».

⁴ *RJ* 1996/9020. Para la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 30 de diciembre de 1995 (*AC* 1995/2306) el concepto jurídico de vivienda familiar viene

definido «por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquella y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 28 de septiembre de 2007 (SP/SENT/143737) señala que «la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja, y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que, a su vez, constituye el núcleo básico de la convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en el ámbito rural o urbano, y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cual es su intimidad personal y familiar».

⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1986), «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, Universidad de Navarra, pág. 28.

⁶ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 187.

⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª DEL C. (1984), «Comentario al artículo 70 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. 1.º, Madrid, Tecnos, pág. 349.

⁸ ESPIAU ESPIAU, S. (1992), *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, pág. 37. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 27 de enero de 1995 (AC 1995/165); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/1537), entienden la vivienda familiar como «la sede física en la que se desarrolla la convivencia familiar por decisión común de ambos cónyuges o por designo de la autoridad judicial».

⁹ ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 21; GIMÉNEZ DUART, T. (1981), «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, pág. 88; SANTOS BRIZ, J. (1986), «Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y del ajuar familiares. Su aplicación en los distintos supuestos procesales», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Pamplona, Universidad de Navarra, pág. 211, quien precisa que «es difícil concebir que la vivienda de una familia no sea el domicilio de la misma, es decir, el lugar de su residencia habitual para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles (art. 40 del CC). Puede considerarse también como equivalente a «vivienda», el concepto de «hogar»; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 199; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. (1988), *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y régimen económico*, Madrid, Civitas, pág. 299. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 31 de mayo de 2012 (La Ley 72585/2012); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 16 de enero de 1992 (AC 1992/36); y de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 13 de abril de 2011 (JUR 2011/185632).

El artículo 231-3 del Código Civil catalán dispone que «los cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio familiar. Ante terceras personas, se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges, o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia conviven habitualmente».

¹⁰ GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 71-72. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 9 de febrero de 1998 (AC 1998/359).

¹¹ GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª DEL C., «Comentario al artículo 70 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 349; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 197.

¹² ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 195. Para las sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 1940 (RJ 1940/1019); de 26 de mayo de 1944 (RJ 1944/799); de 18 de septiembre de 1947 (RJ 1947/1049); de 25 de septiembre de 1954 (RJ 1954/2348); y de 21 de abril de 1972 (RJ 1972/1859); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 22 de enero de 2000

(AC 2000/383), la residencia habitual supone como elemento fundamental «no la permanencia más o menos larga e ininterrumpida en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse la persona efectiva y permanente en un lugar».

¹³ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 214. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 27 de noviembre de 1993 (AC 1993/2235).

¹⁴ HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588.

¹⁵ GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 73-74; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987), «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 581, año LXIII, julio-agosto, pág. 1606; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 588-589; LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.* (2010), *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid, Dykinson, pág. 129; COSTAS RODAL, L. (2009), «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, pág. 1566, para quien, sin embargo, quedan incluidas las viviendas con pequeña industria doméstica; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 3.^a ed., Madrid, Colex, pág. 204; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007), *Curso de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, 11.^a ed., Madrid, Edisofer, pág. 149; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C. (1997), «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», en *Aranzadi Civil*, vol. I, pág. 80. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050), que dispone que la vivienda familiar no alcanza a la vivienda de recreo.

¹⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1982), «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificaciones)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 553, noviembre-diciembre, pág. 1606, señala que «el requisito de la habitualidad es algo que mira al presente y al futuro aún más que al pasado. No hay fijado un tiempo mínimo de ocupación de la vivienda para estimarla habitual. Tan habitual será la ocupada desde hace muchos años como la habitada recientemente».

Sin embargo, ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C. (1997), «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», en *Aranzadi Civil*, vol. I, pág. 82, señala que la atribución del carácter habitual a una vivienda en el sentido del artículo 1320, viene dado por la concurrencia de dos requisitos: «uno subjetivo, cual es que en ella tenga su asiento y cobijo la familia, es decir, un ente necesariamente pluriindividual; otro temporal, puesto que solo será verdaderamente habitual una casa cuando se habite durante un plazo de tiempo razonablemente estable». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.^a, de 9 de febrero 1998 (AC 1998/359), dispone que, no pierde el carácter de vivienda familiar por haber permanecido cerrada y actualmente arrendada.

¹⁷ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1436.

¹⁸ TAMAYO CARMONA, J. A. (2003), *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Navarra, Thomson-Aranzadi, pág. 34. En este sentido, ORTEGA Y DÍAZ-ÁMBRONA, J. A. (1986), «Constitución y vivienda familiar», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, Universidad de Navarra, págs. 46-47, quien, desde la perspectiva constitucional, la vivienda familiar admite dos tratamientos diferentes: como bien físico o material y como objeto inmaterial o ideológico. En cuanto bien material da pie al examen en sus fundamentos o presupuestos a regulaciones jurídicas muy variadas desde la urbanística, a los regímenes de producción de vivienda (iniciativa privada, protección oficial, promoción pública, etc.), pasando por los sistemas de adquisición (créditos a la vivienda) y uso (derechos del usuario, calidad de vida y medio ambiente). Y, en cuanto objeto ideológico o bien inmaterial se inserta en el ejercicio de determinados derechos como la intimidad, la inviolabilidad de domicilio.

¹⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007), *Curso de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, 11.^a ed., Madrid, Edisofer, pág. 149. La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, de 19 de julio de 2004 (*JUR* 2004/256367), señala que la cochera no forma parte de la vivienda como anejo inseparable.

²⁰ La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de enero de 1994 (*AC* 1994/156) concede el uso del trastero al marido porque tiene en él ubicado su taller de carpintería; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 17 de enero de 2005 (*JUR* 2005/64353), atribuye el uso de la vivienda a la esposa y el garaje al marido.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/317478), niega que el garaje forme parte de la vivienda familiar, cuando se trata de fincas registrales distintas.

²¹ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 216-217; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 32; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 81.

²² ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 213; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987), «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, núm. 581, julio-agosto, pág. 1436; ÁLVAREZ OLALLA, M.^a DEL P. (1996), *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Pamplona, Aranzadi, pág. 423; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 204.

²³ La Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, contempla expresamente esta posibilidad en sus artículos 7.1 —modificado por la Ley 41/2013, de 4 de junio—, y 27.2.f).

²⁴ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1438, considera que, dado que la ley no prohíbe, nada impide que haya más de dos viviendas; DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006), *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 10.^a ed., Madrid, Tecnos, pág. 140; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 589; de la misma autora (1984), «Algunas consideraciones en torno a la protección de la vivienda familiar», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor don José Beltrán de Heredia y Onís*, Salamanca, pág. 303, señala que ha de reconducirse la cuestión a lo que las partes han decidido; LUCINI CASALES, A. (1990), «La vivienda en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 596 al 601, año LXVI, pág. 92, quien admite su posible existencia, aunque entiende que la determinación final depende del arbitrio judicial; ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (1987), «La aplicación del artículo 1320 del Código Civil en caso de una segunda vivienda habitual», en *Actualidad Civil*, vol. 1, pág. 1362; COSTA RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1566. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (*AC* 1993/1050).

²⁵ RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1982), «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificaciones)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 553, noviembre-diciembre, pág. 1607; CUENA CASAS, M. (2011), «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, pág. 287; ÁLVAREZ OLALLA, M.^a DEL P., «Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, pág. 429; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 149; MURCIA QUINTANA, E. (2002), *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del CC)*, Madrid, Civitas, págs. 55-56, precisa que esa segunda vivienda no adquiere el *status* de vivienda familiar en el sentido del artículo 1320 del Código Civil. Asimismo, esa segunda vivienda cumplirá o cubrirá ciertas cargas familiares y, en este sentido, podrá decirse que es una vivienda de la familia, pero salvo que por los cónyuges se determine que sea vivienda familiar, no alcanzará dicha categoría, ya que no debemos olvidar que los requisitos para poder hablar de la vivienda familiar, desde la perspectiva del citado artículo 1320, tienen su origen y razón de ser en ambos cónyuges, no en uno solo, ni en los hijos habidos en el matrimonio.

²⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2005), *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 2.^a ed., revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid, Dykinson, pág. 102.

²⁷ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 1609. Para MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a DEL M. (1999), *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, pág. 166, es «un verdadero derecho real inmobiliario en cuanto modifica, desde luego, las facultades de dominio sobre un bien inmueble (arts. 2 de la LH y 7 del RH)».

²⁸ MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del CC)», *op. cit.*, pág. 251. Asimismo, MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T. (2005), «Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición», en *Actualidad Civil*, núm. 19, primera quincena de noviembre, pág. 2336, señala que, «el que este derecho sea un derecho personal se ve corroborado por la exigencia de consentimiento del no titular o, en su defecto, de autorización judicial, para que el titular pueda realizar actos de disposición sobre la vivienda, según dispone el artículo 96.4 del Código Civil».

²⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1986), «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, vol. 1, pág. 1333.

³⁰ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 515-516. En el mismo sentido, CERVILLA GARZÓN, M.^a D. (2005), *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, pág. 43, que, si bien, señala es un derecho más cercano a los derechos reales que a los personales, no procede afirmar su carácter de derecho real pleno, ya que, de ser así, no sería preciso el consentimiento del usuario que exige el artículo 96 del Código Civil. Así, pues, concluye que, también presenta rasgos de derecho personal, por lo que su naturaleza híbrida o de categoría intermedia es irrefutable.

³¹ SALAZAR BORT, S. (2001), *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, págs. 136-139.

³² DIEZ-PICAZO, L. (1961), «La situación jurídica del matrimonio separado», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo, pág. 897, afirma que estamos ante «una situación jurídica original»; SERRANO GÓMEZ, E. (1999), *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid, Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, págs. 23-24 y 30, ante «un derecho real limitado peculiar».

³³ *RJ* 1992/10136. En la misma línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 1994 (*RJ* 1994/7722), de forma más contundente considera que, es un derecho real familiar de eficacia total; y de 22 de abril de 2004 (*RJ* 2004/2713), el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.^a, de 20 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5815); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.^a, de 5 de mayo de 2000 (*JUR* 200/210394); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.^a, de 4 de diciembre de 2001 (*AC* 2002/297); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, de 2 de abril de 2003 (*JUR* 2003/142698); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.^a, de 18 de enero de 2006 (*AC* 2006/671).

³⁴ *RJ* 1999/7680. Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007/6167); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, de 2 de abril de 2003 (*JUR* 2003/142698).

³⁵ *RJ* 1994/2945. Vid., también las sentencias Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994/10330); y la Sección 1.^a, de 18 de enero de 2009 (*RJ* 2010/1274); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 7 de junio de 1994 (*AC* 1994/1027).

³⁶ *RJ* 2004/1234.

³⁷ Vid., en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.^a, de 23 de enero de 1997 (*AC* 1997/197).

³⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de junio de 1993 (*AC* 1993/1901); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.^a, de 21 de marzo de 1996 (*AC* 1996/475); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.^a, de 27 de mayo de 2004 (*JUR* 2004/186909).

³⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 15 de diciembre de 1994 (AC 1994/2304); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 21 de marzo de 1996 (AC 1996/475); y de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 28 de septiembre de 2000 (JUR 2001/19256).

⁴⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10330); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.ª, de 29 de marzo de 2010 (AC 2010/1211).

⁴¹ RJ 2004/2376. En el mismo sentido, las Resoluciones de la DGRN, de 5 de junio de 2008 (RJ 2008/3155); de 27 de agosto de 2008 (RJ 2008/8285); de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009/634); y de 18 de noviembre de 2009 (RJ 2010/1667).

⁴² RJ 2010/2323. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2010 (La Ley 171465/2010).

⁴³ Vid., por todos, DE LA PUENTE ALFARO, F. (2006), «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698, año LXXXII, noviembre-diciembre, pág. 2372; y las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10136); y de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/2713); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 18 de noviembre de 1998 (AC 1998/2535). Por su parte, el artículo 233-22 del Código Civil catalán posibilita la inscripción del derecho de uso en el Registro del Propiedad, o, si se ha atribuido como medida provisional, su anotación preventivamente en tal Registro.

⁴⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/2713).

⁴⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 7 de marzo de 1994 (AC 1994/521), donde se precisa que la atribución del uso no supone restricción alguna al poder de disposición; y de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 15 de enero de 2010 (JUR 2010/210815), la protección que proporciona al usuario es de carácter absoluto, ejercitable *erga omnes*.

⁴⁶ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, de 20 de enero de 1998 (AC 1998/3185); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 8 febrero de 2002 (JUR 2002/124758).

⁴⁷ DIEZ PICAZO, L. (1984), «El principio de protección integral de los hijos (*tout pour l'enfant*)», en VV.AA., *La tutela de los derechos del menor*. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Córdoba, Junta de Andalucía, págs. 129-130.

⁴⁸ En esta línea, LUQUE JIMÉNEZ, M.ª DEL C. (2012), *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral, pág. 58.

⁴⁹ Señalan las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 7 de julio de 2004 (RJ 2004/5108); y de 1 de abril de 2011 (RJ 2011/3139), la protección del interés del menor opera con independencia de que los padres estén o no casados.

⁵⁰ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 13 de marzo de 1995 (AC 1995/758); de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 10 de diciembre de 1997 (AC 1997/2439); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 27 de febrero de 1998 (AC 1998/326); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 29 de junio de 1998 (JUR 1998/89243); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, de 23 de julio de 1999 (AC 1999/1964); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 15 de junio de 2006 (AC 2007/508); de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 18 enero de 2007 (JUR 2007/143036); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 5 de noviembre de 2008 (JUR 2009/146097); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 18 de febrero de 2010 (JUR 2010/156079); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 20 de mayo de 2011 (JUR 2001/280515); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 2 de marzo de 2012 (JUR 2013/54589); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 19 de julio de 2012 (JUR 2012/281166); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 13 de noviembre de 2012 (JUR 2013/47001); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 12 de diciembre de 2013 (JUR 2014/5669).

⁵¹ Vid., la Resolución de la DGRN, de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009/634).

⁵² MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T. (2005), *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (arts. 96.1, 2 y 3 del CC), Navarra, Thomson Civitas, págs. 143-146. Por su parte, entiende PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989), *Derecho de Familia*, Madrid, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, pág. 518 que, la finalidad tuitiva de la patria potestad implica el deber de velar, en el sentido de que «el padre tiene que prever y proveer» con especial cuidado de todo lo concerniente a «la persona y los intereses más personalísimos del hijo» y a su «vida social».

⁵³ LETE DEL RÍO, J. M. (1994), «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Matrimonio y divorcio. Comentario al Título IV, del Libro I del Código Civil*, obra coordinada por José Luis LACRUZ BERDEJO, Madrid, Civitas, págs. 1150-1151; MONTERO AROCA, J. (2002), *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del art. 96 del CC)*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 62; ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, pág. 208; BENAVENTE MOREDA, P. (1988), «Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio del cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma», en *Anuario de Derecho Civil*, págs. 891-893; si bien, TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia», *op. cit.*, pág. 104, aun siendo partidario de la aplicación automática del artículo 96.1 del Código Civil, si existen hijos menores, matiza que «solo cuando el interés de los hijos pase por continuar en la vivienda, la atribución es incontestable», lo que supone que para evitar la atribución en función de los hijos cabría, no probar que, el cónyuge no custodio tiene mayor interés que ellos en la vivienda, sino que es contrario al interés de los hijos continuar en la misma. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 30 de septiembre de 2011 (*RJ* 2011/7387); las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de febrero de 1992 (*AC* 1992/335); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 3 de abril de 2003 (*JUR* 2003/188382); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.^a, de 29 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004/60488); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 12 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/120406); y de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.^a, de 25 de julio de 2011 (*AC* 2011/2113).

⁵⁴ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 484-486; SALAZAR BORT, S., «La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *op. cit.*, págs. 90-92 y 147-149; BAENA RUIZ, E. (1992), «La vivienda familiar», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, págs. 31-32; MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, págs. 150-152; LUQUE JIMÉNEZ, M.^a DEL C., «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», *op. cit.*, págs. 78-81; UREÑA MARTÍNEZ, M. (2011), «Comentario a la sentencia de 14 de abril de 2011», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87, septiembre/diciembre, pág. 1826; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013), «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. I, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 1004. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 5 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012/10135) al cónyuge no custodio —titular exclusivo de la vivienda— al tener el menor y el cónyuge custodios cubiertas de manera adecuada y digna las necesidades de alojamiento, al disponer de otra vivienda; las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.^a, de 13 de julio de 2000 (*JUR* 2000/286767); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.^a, de 1 de julio de 2003 (*JUR* 2004/24306).

⁵⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 22 de enero de 2010 (*JUR* 2010/105155).

⁵⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.^a, de 28 de junio de 2000 (*AC* 2000/1677).

⁵⁷ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 12 de enero de 2005 (*JUR* 2005/64786).

⁵⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.^a, de 20 de septiembre de 2000 (*AC* 2000/1796); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 23 de septiembre de 2010 (*JUR* 2010/398247).

⁵⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 24 marzo de 2000 (*JUR* 2000/183050).

⁶⁰ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª, de 24 de febrero de 2000 (*JUR* 2000/109735); y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 23 de marzo de 2000 (*JUR* 2000/280768).

⁶¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, de 30 de abril de 2003 (*AC* 2003/502); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 1 de julio de 2003 (*JUR* 2004/24306).

⁶² Vid., MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, págs. 239-242; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 337; RAMS ALBESA, J. (2000), «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinadores: Joaquín RAMS ALBESA y ROSA MORENO FLÓREZ, T. II, vol. 1.º, Barcelona, Bosch, pág. 1018. Asimismo, vid., las Resoluciones de la DGRN de 19 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007/6167); y de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/634).

⁶³ MONTERO AROCA, J., «El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales», *op. cit.*, págs. 96-97; GARCÍA CANTERO, F., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 410; GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1984), «Notas sobre la protección civil del menor en las crisis conyugales», en *La tutela de los Derechos del menor*. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS. Córdoba, Junta de Andalucía, págs. 174 y 190; COBACHO GÓMEZ, J. A. (1984), «El uso de la vivienda familiar y el interés de los hijos», en *La tutela de los Derechos del Menor*. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS. Córdoba, Junta de Andalucía, pág. 90.

⁶⁴ LÓPEZ DE ALARCÓN, M. (1983), *El nuevo sistema matrimonial español. Nulidad, separación y divorcio*, Madrid, pág. 370. Por su parte, MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, pág. 235, precisa que no puede admitirse que los hijos sean exclusivos titulares, por dos razones: «a) Porque la propia letra del precepto excluye tal posibilidad al decir que “corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”, a no ser que se entendiera, que se atribuye la titularidad solo a los hijos, y que la mención al cónyuge simplemente se hace por beneficiarse estos, en la práctica, de tal atribución al tener que convivir con aquellos; b) Porque cree que el fundamento de la atribución en el artículo 96.1 del Código Civil no está en el derecho de alimentos de los hijos, sino en el propio matrimonio de los esposos, que originó en cada uno de ellos la expectativa de residir en la vivienda familiar, siendo los hijos y su interés, únicamente el criterio de atribución del uso de la misma».

⁶⁵ MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, pág. 85; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 384.

⁶⁶ Igualmente, considera que lo determinante es la existencia de hijos comunes, PÉREZ MARTÍN, A. J. (2011), «La vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia*, T. I, *Procedimiento contencioso*, vol. I, *Aspectos sustantivos*, Valladolid, Lex Nova, pág. 512. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 1 de septiembre de 2010, al señalar que «el artículo 96 del Código Civil se refiere a hijos comunes y se da el caso de que la hija es fruto de una anterior relación de la esposa, por lo que no es un elemento a tener en cuenta para decidir la atribución del uso de la vivienda familiar».

⁶⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 1 de abril de 2011 (*RJ* 2011/3139).

⁶⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1986), «La vivienda familiar durante el tratamiento de las crisis matrimoniales», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, Universidad de Navarra, pág. 193; DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1004; ROCA TRÍAS, E. (1984), «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, pág. 588; LUCINI CASALES, A., «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», *op. cit.*, págs. 115-116; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 479 y 480; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2006), «Atribución del uso de la vivienda», en *Actualidad Civil*, vol. 3, pág. 350; ABAD ARENAS, E. (2009), «Atribución del uso

de la vivienda cuando existen hijos. Alusión a los hijos mayores de edad convivientes», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 98, año 10, febrero, pág. 25; CERVILLA GARZÓN, M.^a D. (2005), *La atribución del uso de la vivienda no familiar al cónyuge no titular*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, pág. 40; SERRANO GÓMEZ, E., «La vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *op. cit.*, pág. 22. Vid., Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a, de 19 enero de 2012 (*RJ* 2012/4208); las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 17 de abril de 2000 (*AC* 2000/1933); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 10 de junio de 2003 (*JUR* 2003/190102); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 20 de octubre de 2003 (*JUR* 2003/271593); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.^a, de 7 de febrero de 2013 (*JUR* 2013/97607); y de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.^a, de 1 de octubre de 2013 (*JUR* 2013/356307).

⁶⁹ MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, págs. 175-191; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia», *op. cit.*, págs. 100-103; ROCA TRIAS, E. (2011), «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I, Navarra, Civitas Thomson Reuters, pág. 525, aunque señala que también puede ser que se acuerde el uso por tiempo posterior; GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Notas sobre la protección civil del menor en las crisis conyugales», *op. cit.*, pág. 199; COBACHO GÓMEZ, J. A., «El uso de la vivienda familiar y el interés de los hijos», *op. cit.*, pág. 90; GONZÁLEZ POVEDA, P. (1995), «Vivienda familiar. Criterios para la atribución de su uso en los procesos matrimoniales», en *VV.AA., Problemas candentes en los procesos de familia*, Madrid, Dykinson, pág. 174. Esta postura ha tenido refrendo en el Alto Tribunal. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011 (*RJ* 2011/5677), del Pleno, distingue los dos párrafos del artículo 96 del Código Civil en relación con la atribución de la vivienda que constituye el domicilio familiar cuando los hijos sean mayores de edad. Dice que en el primer párrafo se atribuye el uso de la vivienda a los hijos «como concreción del principio *favor filii*, pero cuando sean mayores de edad, rigen otras reglas. Así se dice «como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96 del Código Civil más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiéndose que el artículo 96 del Código Civil no depara la misma protección a los mayores. Como segundo argumento contrario a extender la protección que depara el artículo 96.1 del Código Civil más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 del Código Civil, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar, y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien, incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para la habitación, o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor de edad aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar, mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del Código Civil (...). En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda

familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o hijos mayores y por tanto, única y exclusivamente a tenor del párrafo 1.º, sino del párrafo 3 del artículo 96 del Código Civil». Aplicando la anterior doctrina con posterioridad, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 30 de marzo de 2012 (*RJ* 2012/4584), que declara que las hijas del matrimonio que son mayores de edad, no ostentan la titularidad del derecho de uso respecto de la vivienda que fue el domicilio familiar.

⁷⁰ MONTERO AROCA, J., «El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales», *op. cit.*, pág. 95.

⁷¹ Vid., en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 30 de mayo de 2012 (*RJ* 2012/6547).

⁷² RUBIO TORRANO, E. (2011), «El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, pág. 13; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 385-386. Vid., los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, de 19 de enero de 2012 (*RJ* 2012/42089), y de 26 de abril de 2012 (*RJ* 2012/6363); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 22.ª, de 11 de febrero de 1999 (*AC* 1999/31); de la misma Audiencia, Sección 18.ª, de 17 de abril de 2000 (*AC* 2000/1933); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 22 de mayo de 2013 (*JUR* 2013/231274).

⁷³ En este sentido, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 11 de noviembre de 2013 (LA LEY 179525/2013), tras establecer como doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar, en caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3.º del artículo 96 del Código Civil, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Señala que la aplicación de esta doctrina en el caso de autos lleva al Tribunal a estimar el recurso de casación, pues, «la decisión del hijo mayor de convivir con el padre no debió considerarse factor determinante a la hora de privar a la esposa de su derecho a usar el domicilio familiar, como venía haciéndolo hasta ese momento, una vez acreditado que las circunstancias en ella concurrentes lo hacían aconsejable por ser su interés el más necesitado de protección, no solo porque ya estaba en casa, sino porque carece de sentido que quien salió de la misma vuelva para ocuparla en un tiempo tasado, y que quien estaba salga por la decisión del hijo de trasladarse a vivir con su padre, cuando no está enfrentado a su madre con la que de hecho ha venido conviviendo hasta que decidió residir en la vivienda de su padre».

⁷⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 13 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/89); y de 12 de junio de 2012 (*JUR* 2012/294222).

⁷⁵ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 29 de marzo de 2011 (*RJ* 2011/3021); y de 5 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012/10135).

⁷⁶ *RJ* 2011/3590. Asimismo, las sentencias de este mismo Tribunal, de 21 de junio de 2011 (*RJ* 2011/236085); de 30 de septiembre de 2011 (*RJ* 2011/7387); de 26 de abril de 2012 (*RJ* 2012/6102); de 21 de mayo de 2012 (*RJ* 2012/6532); de 13 de julio de 2012 (*RJ* 2012/8358); de 17 de octubre de 2013 (*RJ* 2013/7255); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, de 12 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012/11367); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 25 de julio de 2012 (*JUR* 2012/357810).

⁷⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 17 de junio de 2013 (*RJ* 2013/4375), uso por el hijo y la esposa durante tres años; las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 5 de julio de 2008 (*JUR* 2000/294402), dos años desde que el hijo menor vive de forma independiente; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2010 (*JUR* 2011/8053), límite temporal máximo de cuatro años; y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 24 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/293241), a dos años.

⁷⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.ª, de 29 de marzo de 2010 (*AC* 2919/1211), cuando el hijo del matrimonio cumpla veinticinco años; y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 8 de marzo de 2013 (*JUR* 2013/123011), hasta que el hijo alcance los veintitún años.

⁷⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 18 de febrero de 2011 (AC 2011/1052).

⁸⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 19 de noviembre de 2013 (RJ 2013/7447); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 21 de mayo de 2007 (JUR 2007/304001); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 10 de octubre de 2012 (JUR 2012/374587); y de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 22 de marzo de 2013 (RJ 2013/175721).

⁸¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 1.ª, de 20 de octubre de 2009 (JUR 2010/28500); y de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 15 de marzo de 2013 (JUR 2013/168992).

⁸² RJ 2011/3724.

⁸³ RJ 2010/2323. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 10 de octubre de 2011 (RJ 2011/6839); y de 15 de marzo de 2013 (RJ 2013/2174).

⁸⁴ RJ 2010/1274. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 15 de marzo de 2013 (RJ 2013/2174), dispone al respecto que: «(...) En definitiva, mantener a los hijos en la vivienda de sus abuelos supone consagrar una situación de precario que les ha permitido convivir durante la tramitación del procedimiento (...). La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura a los menores y esto no se produce desde el momento en que podrían ser desalojados en cualquier momento por la exclusiva voluntad del tercero propietario mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que está legitimado por la inexistencia de contrato con la ocupante. Ello perjudicaría a los menores cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda». Además, puede hacer efectivo el uso en la vivienda de la que dispone el matrimonio —propiedad del esposo— y que constituyó el domicilio conyugal.

⁸⁵ LUQUE JIMÉNEZ, M.ª DEL C., «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», *op. cit.*, pág. 84; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 393. En cuanto a los criterios que han de tenerse en cuenta para adoptar el régimen de guarda y custodia compartida de los hijos, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 29 de abril de 2013 (LA LEY 37196/2013).

⁸⁶ PÉREZ MARTÍN, A. J., «La vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 524. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 12 de febrero de 2002, teniendo en cuenta que la vivienda es privativa del esposo, y que la esposa posee otra vivienda, se atribuye el uso de la vivienda al padre y al hijo que convive con aquel; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, de 25 de octubre de 2005 (JUR 2006/1796); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 14 de enero de 2010, la esposa se fue a vivir con su madre, con la que reside junto con sus hijos desde un principio, y con la que sigue viviendo, al tener cubiertas sus necesidades de vivienda, se estima aconsejable otorgarle al padre y al hijo con el que convive el uso de la vivienda familiar.

⁸⁷ RAMS ALBESA, J. (1987), *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, Tecnos, pág. 115; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 386.

⁸⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 30 de septiembre de 2010.

⁸⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 21 de mayo de 2003 (JUR 2003/152332).

⁹⁰ En cuanto a las parejas de hecho, señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998/1272), que el artículo 96 ni es directamente aplicable, ni implica la aplicación analógica de la norma, sino que lo que se aplica es el principio general consistente en la protección del conviviente perjudicado. Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal, de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7148), rechaza la aplicación analógica —analogía legis— por la falta de identidad entre el matrimonio y la unión estable.

⁹¹ MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, pág. 293.

⁹² MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, pág. 287; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 398.

⁹³ LUQUE JIMÉNEZ, M.^a DEL C., «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», *op. cit.*, págs. 87-93; MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, págs. 295-296; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 399-400; PÉREZ MARTÍN, A. J., «La vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 535-536. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.^a, de 4 de mayo de 2004 (*JUR* 2004/294912); y de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 11 de septiembre de 2013 (*AC* 2013/1776).

⁹⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del CC)», *op. cit.*, pág. 288. Por otra parte, añade la autora, que «el hecho de que el titular sea mantenido en el uso de la vivienda, se desprende que tendrá cubiertas sus necesidades de alojamiento, lo que deberá influir, en su caso, en la determinación de la cuantía de la pensión de alimentos o pensión compensatoria que pueda estar obligada a pagarle el otro esposo» (pág. 368).

⁹⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 12 de noviembre de 1998 (*AC* 1998/2472), plazo máximo de dos años; de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, de 8 de julio de 1999 (*AC* 1999/1782), hasta la liquidación de la sociedad de gananciales; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 1 de septiembre de 2000 (*AC* 2000/1478), fija un periodo de diez años; de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, de 21 de abril de 2008 (*AC* 2008/1393), durante el plazo de dos años; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 20 de mayo de 2013 (*JUR* 2013/231883), hasta la liquidación de la sociedad de gananciales; y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.^a, de 25 de julio de 2013 (*JUR* 2013/349453), por un plazo de cinco años; por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 15 de septiembre de 2003 (*JUR* 2005/73179), que opta por una atribución por tiempo definido.

⁹⁶ PÉREZ MARTÍN, A. J., «La vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 533.

⁹⁷ ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 609.

⁹⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 19 de noviembre de 1999 (*AC* 1999/8048); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 27 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/120430).

⁹⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 1994 (*RJ* 1994/7722); las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 14 de mayo de 1999 (*AC* 1999/1397), limitación temporal a dos años y posterior asignación por un año de forma alternativa a ambos esposos; de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, de 8 de julio de 1999 (*AC* 1999/1782), limitación temporal hasta la liquidación de la sociedad de gananciales; de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.^a, de 21 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/21807); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.^a, de 16 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/74405), vivienda de cotitularidad de los cónyuges, limitación temporal al plazo de dos años; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.^a, de 18 de julio de 2005 (*JUR* 2005/218910); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.^a, de 29 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/13094) por tres años; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 16 de octubre de 2007 (*JUR* 2008/1133), hasta un año; de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.^a, de 11 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/288395), siempre de manera temporal se podrá atribuir el uso de la vivienda al cónyuge no titular; de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.^a, de 26 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/47219), hasta el plazo máximo de un año; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.^a, de 13 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012/320850), hasta un máximo de dos años; y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.^a, de 30 de enero de 2013 (*JUR* 2013/111158), limitación temporal de ocho años.

¹⁰⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 8 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/231952).

¹⁰¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.^a, de 4 de febrero de 1998 (AC 1998/156); y de 24 de abril de 1998 (AC 1998/4461), se encuentran ambos cónyuges en situación económica similar.

¹⁰² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 14 de noviembre de 2012 (RJ 2012/10432), alternativamente por periodo de un año; las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 2.^a, de 20 de junio de 1997 (AC 1997/2599); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 2.^a, de 13 de marzo de 2000 (JUR 2000/138069); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.^a, de 25 de octubre de 2006 (JUR 2007/166116), durante años alternos, hijos mayores con total independencia económica que conviven con la madre por razón de mera comodidad o conveniencia; de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.^a, de 23 de septiembre de 2013 (JUR 2014/46026), uso alternativo de la vivienda por periodos de dos años; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 11 de febrero de 2010 (JUR 2010/134434), por periodos anuales hasta la liquidación del patrimonio común; de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, de 10 de junio de 2010 (JUR 2010/391202), uso alternativo por periodos iguales; de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9.^a, de 7 de octubre de 2010 (JUR 2011/23707), alternativamente por periodos de seis meses; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 28 de noviembre de 2012 (JUR 2013/34927), uso alternativo, sucesivo por periodos anuales; y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 5 de noviembre de 2013 (JUR 2014/4724).

¹⁰³ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.^a, de 31 de diciembre de 2004 (JUR 2005/146882), uso durante seis meses al año cada uno.

¹⁰⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 9 de febrero de 1994 (AC 1994/339).

¹⁰⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección única, de 13 de febrero de 2001 (AC 2001/348); y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.^a, de 14 de septiembre de 2005 (JUR 2005/275344).

La controvertida eliminación de la facultad de corrección de los progenitores

The Questionable elimination of parents' power of correction

por

M.^a PAZ POUS DE LA FLOR

*Profesora Titular de Universidad del Departamento de Derecho Civil
Grupo de Investigación Protección de la Persona
Universidad Nacional de Educación a Distancia*

RESUMEN: El Código Civil español, para adaptarse a los requerimientos internacionales, ha suprimido la facultad de corrección razonable y moderada de los padres sobre sus hijos. Esta expresa eliminación legal plantea diversas controversias jurídicas y prácticas, como puede ser la calificación penal que merezcan determinadas actuaciones correctivas con fines educativos y, en todo caso, el grado de intensidad suficiente para estar tipificadas entre los delitos o faltas del Código Penal.

ABSTRACT: *To adapt to international requirements, the Spanish Civil Code has eliminated parents' authority to administer reasonable moderate correction to their children. The express elimination of this authority from the law poses several legal and practical controversies, such as the appropriate classification under criminal law of given types of corrective action administered for educational purposes and, at all events, the degree of intensity that suffices in order for corrective action to be regarded as a felony or misdemeanour under the Penal Code.*

PALABRAS CLAVE: Facultad de corrección. Potestad doméstica. Castigo corporal. Violencia familiar.

KEY WORD: *Power of correction. Domestic authority. Corporal punishment. Family violence.*

SUMARIO: I. EL NUEVO PANORAMA LEGISLATIVO SOBRE LA FACULTAD DE CORRECCIÓN DE LOS PROGENITORES SOBRE SUS HIJOS: PLANTEAMIENTO CRÍTICO Y CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. CUESTIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN CIVIL DE LA FACULTAD DE CORRECCIÓN DE LOS PADRES A SUS HIJOS Y SU ÁMBITO DE APLICABILIDAD: 1. DE «CORRECCIÓN Y CASTIGO MODERADO» SEGÚN LA REDACCIÓN INICIAL DEL CÓDIGO CIVIL A LA «CORRECCIÓN MODERADA Y RAZONABLE» DE 1981 HASTA LA TENDENCIAL SUPRESIÓN DEL AÑO 2007. 2. LA APARENTE SUPRESIÓN DE LA FACULTAD DE CORRECCIÓN DE LOS PROGENITORES SOBRE SUS HIJOS; CUESTIONES SOBRE SU VIGENCIA Y SU ALEGACIÓN Y APRECIACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA MENOR. 3. CONSIDERACIONES SOBRE LA TITULARIDAD DE LA FACULTAD DE CORRECCIÓN Y SU APLICABILIDAD ENTRE CARGOS TUTORIALES, PROFESORADO Y ABUELOS Y LAS FAMILIAS «RECOMPUESTAS».—III. LA FACULTAD DE CORRECCIÓN DE LOS PADRES EN EL ÁMBITO PENAL: CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL: 1. INCIDENCIA DEL COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO EN LA ELIMINACIÓN EXPRESA DE LA FACULTAD DE CORRECCIÓN. 2. LA RENOVACIÓN PENAL

EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—IV. NOTAS SOBRE LA LEGISLACIÓN FORAL NAVARRA, ARAGONESA Y CATALANA Y LA CONSERVACIÓN DE LA FACULTAD DE CORRECCIÓN DE LOS PADRES SOBRE SUS HIJOS.—V. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: EL CASO A. *VER-SUS* REINO UNIDO Y LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES AL MENOR QUE HABÍA SUFRIDO REITERADOS GOLPES DE SU PADRASTRO SIN CONDENA.—VI. LA FACULTAD DE CORRECCIÓN DE LOS PROGENITORES Y EL DERECHO AL AUXILIO DE LA AUTORIDAD: REFLEXIONES CRÍTICAS FINALES.—VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL NUEVO PANORAMA LEGISLATIVO SOBRE LA FACULTAD DE CORRECCIÓN DE LOS PROGENITORES SOBRE SUS HIJOS: PLANTEAMIENTO CRÍTICO Y CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La patria potestad es, según la mejor doctrina, el conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos que, por razón de su minoría de edad, se encuentran de forma natural bajo su guarda, protección y custodia¹.

La finalidad de la patria potestad y su ejercicio material —por lo menos en la época contemporánea—no es otra que el *beneficio de los hijos*², noción presente tanto en la sociedad en sí como en el postulado del conjunto de normas civiles reguladoras de menores y relaciones paterno-filiales.

Sin embargo y pese a los anteriores principios, noticias como «Un acusado de maltratar a su hijastro declara que solo quería corregirlo tras sustraer una bici», o «Prohíben a un padre acercarse a sus dos hijos durante un año porque les pegó»³, aparecen con cierta frecuencia en diarios y prensa escrita. Y, si de una parte, los medios de comunicación deberían dar cuenta de cualesquiera hechos violentos hasta que la mentalidad y cultura social acepten que, como comportamiento generalizado, el maltrato no puede ser el cimiento de la formación y educación de los hijos, lo cierto es que resulta, al tiempo, necesario contrastar si nuestros legisladores, con la modificación del artículo 154 del Código Civil, han incurrido o no en ciertos excesos en su afán protector de los menores. Téngase en cuenta que la supresión de la facultad de corrección limita el ejercicio de la patria potestad de los padres, cuando menos, en su entendimiento tradicional.

Pues bien, el planteamiento de este trabajo de investigación pretende contrastar si la facultad de corrección de los padres respecto a sus hijos menores sujetos a patria potestad, ha sido o no debidamente regulado en el ámbito civil y en el penal. En este sentido, tendremos en cuenta la modificación de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, que afecta al artículo 154 del Código Civil. Por lo que se refiere al ámbito penal, abordaremos el nuevo 153, regulador del llamado delito de maltrato ocasional —que eleva las faltas a la categoría de delito, siempre y cuando se produzcan en el ámbito familiar— resultado de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴.

En definitiva, es obligado cuestionarse críticamente si en nuestro ordenamiento ha desaparecido la facultad de los progenitores a corregir a sus hijos en el ejercicio de su función educadora o si, antes bien, estas reformas legislativas han creado una inseguridad jurídica que nos obliga a determinar dónde están los

límites marcados por ambas leyes cuando los progenitores hacen uso del ejercicio de su potestad o, incluso si no será un exceso de celo «legalista» estimar que todo tipo de corrección formativa o educativa pueda ser calificada de infracción penal; y, por fin, qué resoluciones están adoptando nuestros Tribunales ante los supuestos de hecho ventilados en materia de la ahora controvertida facultad de corrección moderada y razonable de padres a hijos.

II. CUESTIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN CIVIL DE LA FACULTAD DE CORRECCIÓN DE LOS PADRES A SUS HIJOS Y SU ÁMBITO DE APLICABILIDAD

1. DE «CORRECCIÓN Y CASTIGO MODERADO», SEGÚN LA REDACCIÓN INICIAL DEL CÓDIGO CIVIL A LA «CORRECCIÓN MODERADA Y RAZONABLE» DE 1981 HASTA LA TENDENCIAL SUPRESIÓN DEL AÑO 2007

La configuración de la facultad de corrección de los progenitores —previa a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional— se remonta a lo que tradicionalmente el Código Civil, en su redacción originaria, ya reconocía *ius corrigendii* del artículo 155, hoy artículo 154 del mismo cuerpo legal.

En esa primera redacción, el artículo 155 del Código Civil reconocía «al padre, y en su defecto a la madre, respecto de sus hijos no emancipados, la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente»⁵. Es decir, se contemplaba no solo la facultad de corregir sino también la de castigar, aun cuando ambas debían ejercerse moderadamente. Sin embargo, dichas facultades no perdurarían más en el tiempo, pues a raíz de la promulgación de la Constitución Española de 1978, el precepto se vendría a declarar inconstitucional al vulnerar el contenido del artículo 14 de la CE, que declara la igualdad de ambos padres en el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos menores⁶, y en consecuencia recibió una nueva redacción en virtud de la Ley 11/1981, de 13 de mayo⁷.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, abordó una profunda reforma de las instituciones en cuestión, si bien en lo referente a nuestra materia, interesa destacar de forma sistemática:

- 1.º) Que el contenido de la facultad de corrección pasó del artículo 155 del Código Civil al artículo 154 del mismo cuerpo legal.
- 2.º) Se elimina la facultad de castigar, reservando a los progenitores la facultad de corregir.
- 3.º) La facultad de corrección corresponde a ambos progenitores, al padre y la madre, de forma conjunta y en principio inseparable, como garantía del principio constitucional de igualdad de ambos sexos y, por último,
- 4.º) Se introduce un nuevo límite adjetivo a la facultad de corrección, y es que además de moderada, habrá de ser razonable.

De manera que la redacción del artículo 154 del Código Civil, pasaría a ser la siguiente: «La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: (...) podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos».

Sabido es que la patria potestad compete a ambos titulares, que en la generalidad de los casos serán padre y madre, si bien, el legislador con la aprobación

de la Ley 13/2005, de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio de personas del mismo sexo, aborda de nuevo el texto del artículo 154 del Código Civil donde, en consonancia con el contenido del nuevo derecho, es sustituido el término «los padres» por «los progenitores».

Poco habría que esperar para que, de nuevo, este precepto se vea rectificado por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional⁸, conforme a la cual:

«Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto siempre a su integridad física y psicológica.

Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

- 1.º) Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 2.º) Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad».

Apréciase que, con la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, se constata un singular retorno del término «progenitores» por «padres», que según lo expresado por el profesor LASARTE no merece mayor consideración: «Así pues, vueltas y revueltas del legislador para decir lo mismo que, a nuestro juicio, se encuentra ahora estupidamente formulado, pues el abandono de la referencia a los “padres” por parte de las leyes de 2005, caracterizadas por su entreguismo al movimiento homosexual, no dejaba de ser una manifestación de cierta estulticia por parte de quienes participaron en su redacción, como si pudiera suprimirse la existencia y la condición de los padres de manera generalizada, cuando los padres y madres representamos sociológica y estadísticamente cerca del noventa y ocho por ciento de quienes tienen capacidad directiva sobre los diversos grupos familiares»⁹.

Por otra parte y por primera vez se hace referencia a la «personalidad del hijo». Este es un término novedoso que, sin embargo, ha llevado a la doctrina a distintas valoraciones, pues si «personalidad» se entiende de conformidad al valor técnico del propio Código Civil, podría crear cierta inseguridad jurídica, ya que no faltan supuestos en que concretar la personalidad de un menor y la medida en que debe ser respetada en cada momento, es cuando menos, controvertido. Por el contrario, otro sector doctrinal valora positivamente la nueva redacción, toda vez que aprecian que la «personalidad» se acomoda al contenido y ejercicio de la patria potestad que un Estado moderno requiere, y sirve de conexión al libre desarrollo de la personalidad que nuestra Constitución preconiza¹⁰.

Baste para estas líneas la anterior consideración jurídico-doctrinal, dado su alcance y significación, si bien por cuanto atañe a este trabajo, la principal consideración legislativa sobre la Ley 54/2007, es si realmente ha producido la abrogación de la facultad de corrección de los padres¹¹.

2. LA APARENTE SUPRESIÓN DE LA FACULTAD DE CORRECCIÓN DE LOS PROGENITORES SOBRE SUS HIJOS: CUESTIONES SOBRE SU VIGENCIA Y SU ALEGACIÓN Y APRECIACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA MENOR

En principio, parece indudable que la Ley ha optado por la supresión de la facultad de corrección, reduciéndose a «que los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad». Ciertamente es que el legislador se veía forzado a eliminarla a la vista de los requerimientos del Comité de Derechos del Niño en sus sesiones celebradas en octubre de 1994¹², donde se aludía a que su mantenimiento podía contravenir el artículo 19 de la Convención sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989¹³.

Sin embargo, teniendo a la vista las distintas aportaciones doctrinales y resoluciones judiciales dictadas en la materia, podemos adelantar que el derecho de corrección sigue actualmente en vigor.

En la doctrina civil, esta modificación del artículo 154 del Código Civil, como apuntábamos, ha sido objeto de diversas consideraciones. En general, las opiniones han sido bastante críticas, empezando por la fórmula empleada por el legislador «respeto a su integridad física y psicológica». Una fórmula ambigua, que no aclara qué conductas sí deben permitirse a la hora de educar a los hijos y cuáles no, como señala ALGARRA¹⁴. Hay que reconocer que determinadas situaciones difícilmente se pueden resolver mediante sanciones o recurriendo a un «cachete» al menor por desobedecer a sus padres, si bien también cabe cuestionarse si es ¿suficiente motivo? para multar civilmente o condenar penalmente a los progenitores en cuestión. Por supuesto, queda excluido cualquier atisbo de violencia o aprobación de malos tratos.

En este sentido, hay autores que consideran que el derecho de corrección deriva del deber de obediencia que tienen los hijos hacia los padres, reconocido en el artículo 155 del Código Civil. Dice HURTADO, «la existencia de este deber de obediencia implica que debe haber un correlativo derecho de corrección que haga efectivo dicho deber, pues en otro caso hay que entender que dicho deber de obediencia quedaría en papel mojado»¹⁵. Empero a nuestro juicio, esta afirmación requiere ser matizada, pues el problema habitualmente controvertido es si un correctivo físico ejercido por los padres, por leve y puntual que sea y teóricamente en favor del propio interés del menor, debe incluirse o no en la facultad de corrección. Es decir, ¿es justificable la corrección como imposición del criterio paterno?

En la doctrina civil existe una convicción generalizada de que «las relaciones entre padres e hijos se encuentran impregnadas generalmente de dosis de afecto y cariño que rara vez exigen acudir al esquema de derechos y obligaciones legalmente consagrados»¹⁶. Ciertamente es que en las relaciones paterno-filiales, desde un punto de vista puramente normativo, se exige un mayor cúmulo de obligaciones a los padres que a los hijos —no hay más que comparar lo dispuesto en los arts. 155 del CC respecto de los hijos (deber de obediencia y respeto, y contribuir a las cargas familiares mientras convivan con ellos— y el artículo 154 del Código Civil, que grava a los padres con velar, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, proporcionarles una formación integral, representarlos, administrar sus bienes... Por consiguiente, parece que la obediencia filial es la única carga que han de pagar los hijos por el conjunto de deberes impuestos a los padres en cuanto titulares de la patria potestad.

Evidentemente, no puede defenderse, ni cabe amparo legislativo, cuando se emplea la violencia o el maltrato hacia una persona justificado en que se aplica el derecho de corrección; pero el simple correctivo aislado, de manera excepcional,

sin causar vejaciones ni lesiones agravantes, se ve considerado como un derecho que debe permitirse a los padres a la hora de educar a los hijos en los exclusivos casos en que la conducta del menor lo haga inevitable. Este es el sentir mayoritario de la doctrina, sea por estimar que la facultad de corrección derivada del deber de educación de los padres en interés del menor; por razones históricas, consecuencia del ejercicio de la patria potestad, etc.¹⁷.

Asimismo, conviene valorar si las sanciones civiles que nuestros Tribunales fallan por los excesos cometidos en el ejercicio de la facultad de corrección se dirigen, principalmente, a la privación de la patria potestad, cuestión distinta es el ámbito penal, donde dichos excesos, adicionalmente, serán calificados como delito según tendremos ocasión de contrastar más adelante.

Aun así, si parece excesivo sancionar con la privación de la patria potestad de una manera generalizada, ha de apreciarse la posibilidad de que el juez adopte otras medidas que aparten al menor de posibles daños o perjuicios. Por supuesto, dicha privación será justificable cuando se demuestre el abuso o exceso en el ejercicio de la facultad de corrección. En este sentido, es legítimo cuestionarse si quizás esta medida sancionadora (privación de la patria potestad) es la que llevó a los legisladores a introducir en el artículo 154 del Código Civil el apartado «Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad».

Lo cierto es que planteado de dicha forma, parece que la Ley delega en la «autoridad» la facultad de corrección que tienen los padres, es decir, desde su entrada en vigor, si un menor no obedece sistemáticamente a sus padres y ante la posible sanción civil de privación de la patria potestad, deberían los progenitores acudir al auxilio de la autoridad. Y son muchos los argumentos que desembocan en la calificación de esta medida como escasamente razonable o eficaz¹⁸.

En cuanto a las resoluciones judiciales dictadas por nuestros Tribunales podemos poner de manifiesto que la facultad de corrección no depende, exclusivamente, de su expresa regulación legal para reconocer su existencia. Así, destacamos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 28 de julio de 2009, en el caso de una madre que es acusada por zarandear a su hijo, con la finalidad de corregir su conducta, sujetándolo para que no cruzase la calle. La Audiencia considera este hecho como una «mera corrección filial, que constituye una conducta atípica para la sanción penal, porque es conforme a derecho... el padre y la madre pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con respeto pleno para su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes ni que atenten contra sus derechos..., o lo que es lo mismo a la determinación de cuáles son las conductas autorizadas en el ejercicio de la función educativa inherente al ejercicio de la potestad de los padres»¹⁹.

Este criterio se había venido manteniendo en otras sentencias como las dictadas por la SAP de Córdoba, de 9 de marzo de 2004²⁰, pionera en la materia; la SAP de Barcelona, de 9 de marzo de 2007²¹; la SAP de Córdoba, de 17 de enero de 2008²²; la SAP de Asturias, de 10 de abril de 2008²³, entre otras²⁴.

Ahora bien, resulta llamativo que esta línea jurisprudencial, iniciada en el año 2004, se haya venido consolidando en el ámbito civil hasta que las sentencias de la SAP de Asturias, de 7 de marzo de 2011²⁵ y de Madrid, de 15 de junio de 2012²⁶ y 20 de junio de 2012²⁷, han puesto de relieve que la patria potestad cumple en la nueva redacción del artículo 154 del Código Civil el ejercicio de una *función* o *servicio*, más que un derecho o facultad de los padres. Se trata, en el primer caso, de un padre que asestó dos bofetadas en la cara y patadas a su hijo de once años de edad con ocasión de haber dejado la luz encendida como dice el niño o por haber perdido el móvil como señala el padre: la Audiencia considera

«que no se apreciaba, sin embargo, una desproporción en la reacción del padre, que se insiste no es justificable, pero que en todo caso viene presidida por una equivocada, en la elección de soluciones, intención de corregir que refleja una concepción que, esperamos ya superada, pero que históricamente presidió buena parte de las relaciones paterno-filiales».

Y es que las sentencias abogan por considerar que en este momento «la historia de la patria potestad constituye, en conjunto, un proceso de debilitación de la autoridad paternal. Concebida antiguamente como un poder sobre los hijos ejercido por los padres, la patria potestad ha pasado a ser contemplada como un servicio, una función en favor de los hijos; función cuyos actos deben estar dominados y encaminados, siempre, al interés del menor.

Y, añade, aún más «el interés prevalente del menor es el que debe presidir el análisis de la conveniencia y oportunidad de la medida, de acuerdo con el fin perseguido por esta... y se hará de acuerdo con las normas de cultura imperantes y las reglas pedagógicas».

Por tanto, según dicha doctrina de la jurisprudencia de las Audiencias o jurisprudencia menor, debemos entender que la potestad concebida en la nueva redacción del artículo 154 del Código Civil, se ha convertido en la prestación de un *servicio* o *función* en favor de los hijos. Es cierto que no existe formalmente el derecho de corrección en el ámbito civil —tal y como se reconocía con anterioridad— y, a la vista de dicha inexistencia formal, no cabe su aplicación como causa justificativa de determinados actos, pero esto no supone que no pueda apreciarse su aplicación en el ámbito penal. Esta argumentación es a lo que se está recurriendo en el momento actual. Ya que, la tendencia de la jurisprudencia penal, continúa la misma línea mantenida en la jurisdicción civil previa a la eliminación de la facultad de corrección del Código Civil, como veremos.

3. CONSIDERACIONES SOBRE LA TITULARIDAD DE LA FACULTAD DE CORRECCIÓN Y SU APLICABILIDAD ENTRE CARGOS TUTORIALES, PROFESORADO Y ABUELOS Y ENTRE LAS FAMILIAS «RECOMPUESTAS»

Por último, ha de advertirse que las anteriores consideraciones serán aplicables a los tutores respecto de sus pupilos, tal y como refleja la redacción operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, al artículo 268 del Código Civil: «Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica. Cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela podrán recabar el auxilio de la autoridad»²⁸.

En cualquier caso, ni la nueva redacción del artículo 154 ni el artículo 268 del Código Civil, reconoce expresamente la facultad de corrección de padres o tutores respecto de hijos menores no emancipados o pupilos, sometiendo la actuación de padres y tutores al «auxilio de la autoridad», caso de que los hijos o pupilos manifiesten una actitud rebelde o de desobediencia.

Adicionalmente, un sector de la doctrina planteó si la facultad de corrección de los artículos 154 y 268 del Código Civil podría extrapolarse al profesorado en el ejercicio de su profesión. La solución a nuestro parecer no es sencilla. Por cuanto la jurisprudencia menor de nuestras Audiencias se ha manifestado en algunas ocasiones en favor de estimar a los profesores la condición de titulares de este derecho de corrección, como ocurre en la SAP de Jaén, de 15 de octubre de 2007²⁹; y, por el contrario, otras no lo admiten, tal y como se deduce en la SAP de Barcelona, de 19 de septiembre de 2005³⁰.

En idéntico sentido se muestra la doctrina penalista, quienes admiten la facultad de corrección a los profesores, siempre que hubiese una delegación expresa o tácita de los padres o, simplemente por que se ven amparados por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación³¹, y otras leyes específicas del ámbito educativo, como el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, sobre los derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia en centros docentes no universitarios³². Otros, por el contrario, consideran que la facultad de corrección reside, exclusivamente, en los padres y que carece de existencia un derecho o facultad de corrección sobre los hijos ajenos, basándose en la propia jurisprudencia³³.

Idéntica cuestión podría plantearse con respecto a los abuelos; es cierto que la Ley 42/2003, de 21 de noviembre³⁴, reconoce a los abuelos el derecho de visita de los nietos, siempre que esté presente el interés del menor, de conformidad a lo establecido en el artículo 160 del Código Civil. Pero, esta ley solo otorga en favor de los abuelos el derecho de visitas, toda vez que entendemos que tanto el deber de educar como el de procurar a los hijos una formación integral es competencia exclusiva de los padres como titulares de la patria potestad. No podemos obviar que la incorporación de la mujer al mercado laboral ha provocado que muchos abuelos se hayan tenido que involucrar de forma activa a la formación y educación del menor, pero en ningún caso podrán sustituir y reemplazar la potestad de los padres sobre sus hijos.

Asimismo, en las llamadas familias reconstruidas o recompuestas, conviven hijos de uno solo de los miembros de la pareja, si bien en este caso, tampoco parece que les corresponde a los padrastros o a la pareja conviviente, el derecho de corrección sobre los menores, ya que por idéntico motivo que respecto a los abuelos, la potestad educativa corresponde exclusivamente a los padres.

No obstante, hemos de advertir que la Comunidad Autónoma catalana en el artículo 236.14 de su Código Civil³⁵, faculta al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que en cada momento tenga la guarda del hijo, a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente en pareja estable, prevalece el criterio del progenitor. Y si hubiera un riesgo inminente para el menor, el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que tiene la guarda del hijo puede adoptar las medidas necesarias para el bienestar del hijo, de todo lo cual debe informar sin demora a su cónyuge o conviviente y al otro progenitor.

Por fin y en cualquier caso y a modo de recapitulación, cabe concluir en este punto que los sujetos pasivos de la facultad de corrección son los hijos menores de edad no emancipados y los pupilos sujetos a la patria potestad y tutela. Y que la potestad, derecho o facultad de corrección corresponde, exclusivamente, a los padres o tutores que no se encuentren privados de la patria potestad o inhabilitados para el ejercicio de la tutela³⁶.

III. LA FACULTAD DE CORRECCIÓN DE LOS PADRES EN EL ÁMBITO PENAL: CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

1. INCIDENCIA DEL COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO EN LA ELIMINACIÓN EXPRESA DE LA FACULTAD DE CORRECCIÓN

Antes de abordar las cuestiones directas sobre la normativa penal en nuestro país, conviene recordar los efectos que sobre las distintas políticas legislativas

europas son fruto de los requerimientos del Comité de Derechos del Niño. En su día, este Comité había mostrado su preocupación ante la posibilidad de que, amparándose en la facultad de corrección que hasta ese momento se concedía a los padres en algunas legislaciones, se estuviera atentando de forma directa contra el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989³⁷.

En este sentido, no olvidemos que la Convención internacional supuso la adhesión y acuerdo universal de todos aquellos Estados que se adherían al respeto de los derechos de la infancia, obligándose a establecer cuantos mecanismos legales resultasen necesarios para proteger y respetar los intereses de los menores.

Sin embargo, en lo que a la facultad de corrección de los padres se refiere, el Comité se encontró con que muchos países habían sugerido que cierto grado de castigo corporal, razonable y moderado, podía estar justificado en nombre del interés superior del menor. El Comité rechazó esta consideración, e insistió en la eliminación de cualquier castigo físico justificado en la facultad de corregir³⁸.

2. LA RENOVACIÓN PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Como ya se ha mencionado, la evolución legislativa de la facultad de corrección ha seguido una historia paralela, aunque autónoma, en el ámbito civil y penal. Nuestros sucesivos Códigos Penales, a excepción del Código Penal de 1848, siempre han contemplado el ejercicio de esta facultad como causa eximente de la responsabilidad criminal, y así se ha mantenido en el Código Penal de 1995, en virtud del artículo 20.7.^a por cuanto quedará eximido de responsabilidad criminal quien «obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo».

Sin embargo y pese a la mencionada causa exculpante, lo cierto es que en primer lugar, habrá de ser determinada la esfera de actuaciones amparadas en la facultad de corrección de los padres sobre sus hijos menores, y, en segundo lugar, discriminarlas de entre las acciones u omisiones que, en ningún caso, podrán considerarse integradas entre ellas y que quedarán sometidas a las prescripciones del Código Penal³⁹. A estos efectos, tendremos que acudir a cuanto prevé el artículo 153 del Código Penal⁴⁰, modificado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección Integral Contra la Violencia de Género⁴¹.

Antes de dicha reforma, doctrina⁴² y jurisprudencia criminal⁴³, estimaban que la interpretación más ajustada al tenor literal y al espíritu del artículo 153 del Código Penal, referente a la facultad de corrección de los padres, no era constitutiva de un delito de violencia familiar o doméstico, «por entender que la violencia habitual no tiene ánimo de corregir ni ninguna finalidad educativa, es una violencia gratuita, que se emplea sistemáticamente, como comportamiento normal del agresor, y que en ningún caso puede venir justificada por el ejercicio del derecho de corrección, pues un comportamiento de violencia habitual, aunque fuera con ánimo de corregir y sin producir lesiones, no se puede valorar como moderado ni razonable. Por tanto, los supuestos de violencia habitual, tipificados como delito, quedaban fuera del ámbito de aplicación del *ius corrigendo*»⁴⁴.

A raíz de la reforma, lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico adquiere tintes ciertamente rigurosos, pues si nos atenemos a la literalidad de la norma, la mera advertencia o una simple corrección verbal en palabras malsonantes a un hijo, puede considerarse constitutiva de infracción penal, calificable como delito

y, sin que cupiese la aplicabilidad de la eximente del artículo 20.7.º del Código Penal, como hasta ahora se apreciaba.

Sin ninguna duda, ni se quiere amparar el ejercicio de la violencia en la facultad de corrección ni se pretende tampoco que bajo el escudo protector de esta facultad se incluyan acciones u omisiones que comporten violencia física. Pero, hasta qué punto un «maltrato» ocasional estaría justificado por la facultad de corrección, sin sanción penal, ya que en definitiva en la tarea educativa y formativa, hay múltiples ocasiones en que la corrección de los menores puede comportar actitudes que no sean precisamente fáciles de transmitir ni de aprender sin otro refuerzo para los padres que la dulzura y las buenas palabras.

Tan es así que la doctrina penal se muestra partidaria de admitir que un acto meramente ocasional, aislado de violencia, si es estrictamente necesario, proporcionado y con una finalidad educativa, estaría justificado y no incluido entre aquellas conductas constitutivas de falta o delito, pues de no ser así, se llegaría al absurdo de penalizar a la mayoría de los padres⁴⁵. Para justificar tal afirmación, de nuevo recurrimos al argumento del principio de intervención mínima del Derecho Penal; la interpretación teleológica de la norma recogida en el artículo 153 del Código Penal y el principio de insignificancia y el ejercicio legítimo de un derecho.

Como decimos, el principio de intervención mínima se basa en que la tipificación penal ha de estar presente de forma exclusiva ante aquellas acciones u omisiones más graves⁴⁶. Por su parte, la interpretación teleológica supone atender a la finalidad protectora de la norma para constatar que en ausencia de lesividad, se excluirá la aplicación de la norma sancionadora⁴⁷. En cuanto al ejercicio legítimo de un derecho, implicaría que ese «azote» o «cachete» estará incluido en la facultad de corrección y, por tanto, exento de responsabilidad criminal, de conformidad al artículo 20.7.º del Código Penal⁴⁸.

El principio de la insignificancia parte de la circunstancia de que corregir a un hijo propinándole un «cachete» sin causarle lesión alguna, no puede considerarse una conducta típica, y por tanto, al no ser relevante para el Derecho Penal, no está incluida en ningún supuesto tipificado⁴⁹.

No obstante, no faltan autores que estiman que ni tan siquiera las actuaciones aisladas constitutivas de faltas, deberían estar amparadas por el ejercicio de la facultad de corrección o educación; las razones que justifican tal criterio son tanto la escasa utilidad pedagógica de este tipo de actos como la propia indefensión de la víctima⁵⁰.

En cualquier caso, hay que reconocer que con la actual regulación del artículo 153 del Código Penal, cualquier maltrato a un hijo podría considerarse delito; sin embargo, apelando al sentido común, no podemos obviar que al menos nuestros Tribunales han sido coherentes y ponderados en la aplicación e intervención penal en los conflictos familiares de mínimas proporciones. En estos, el ejercicio de la facultad de corrección habrá de estar presidida por la razonabilidad y moderación en los supuestos subsumibles en actos u omisiones insignificantes que aconsejan su calificación de atípicos.

En este sentido se inclinan las sentencias más recientes de la Audiencia Provincial de Madrid, de 15 de junio de 2012⁵¹ y de 20 de junio de 2012⁵²; SAP de Asturias, de 7 de marzo de 2011⁵³; SAP de Barcelona, de 28 de julio de 2009⁵⁴ y SAP de Ciudad Real, de 23 de marzo de 2009⁵⁵, entre otras.

Llegados a este punto y por su utilidad, conviene traer a colación alguna de las reflexiones de la mejor doctrina alemana sobre su propia situación normativa, en particular las propuestas señaladas por ROXIN para solventar algu-

no de los efectos indeseados fruto de la tipificación penal en el Derecho alemán: 1.^o) En los casos de los padres que solo utilizan, o lo hacen con mucha frecuencia, la violencia en la educación, la respuesta penal sería la correcta y necesaria. 2.^o) En los casos donde se ha incurrido en violencia de manera esporádica, con carácter excepcional, sería aconsejable crear una causa de exclusión personal de la punibilidad, pues en estos casos la intervención penal podría ser perjudicial y contraproducente para la familia, incluso podría provocar la ruptura de la misma. Por tanto, en estos casos debe tener prioridad las finalidades extrapenales frente a la necesidad penal. Ahora bien, esto no quiere decir que con esta solución el castigo físico sería lícito, sino que por razones extrapenales (familiares), no se penaría el castigo no grave⁵⁶.

Planteamiento que es ratificado por TORRES PEREA, «aunque una bofetada o un azote del padre al hijo no puede ser penalmente valorada de forma distinta que una bofetada o azote entre adultos, en aras del principio de uniformidad de la norma; y aunque se haya suprimido por completo el castigo físico, en los casos de escasa entidad. No es adecuado acudir a las sanciones penales tradicionales para evitar una criminalización automática de la familia»⁵⁷.

Tanto Alemania y España han intentado adaptarse a las prescripciones y recomendaciones internacionales sobre los derechos de los menores, suprimiendo la referencia legal al derecho de corrección y centrando su actuación en sancionar penalmente los castigos corporales y los tratos degradantes, pero sin tener en cuenta la posibilidad de incurrir otras conductas atípicas de naturaleza no violenta ejecutadas en virtud de la facultad de corrección.

Volviendo a nuestro ordenamiento y por lo que se refiere a la crónica social y de nuestros tribunales, no quisiéramos cerrar este epígrafe sin dedicar unos párrafos a los términos y hechos dirimidos por la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 22 de enero de 2009⁵⁸, dada la repercusión que tuvo en los medios de comunicación y, porque parece que es una línea que también están adoptando nuestros Tribunales penales en sus resoluciones.

La narración de los hechos consiste en una madre sordomuda que recrimina a su hijo de diez años y este, como respuesta, le tira una zapatilla para después ir corriendo a encerrarse en el cuarto de baño, yendo la acusada tras él. La madre, al abrir la puerta de un empujón y el menor caer al suelo, de donde le levanta agarrándole del cuello y propinándole un tortazo por detrás que hizo que, a su vez, se golpease y sangrase de la nariz. El Tribunal encontró a la madre responsable criminalmente de un delito de malos tratos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad, siendo condenada a 45 días de prisión y la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de su hijo durante un año y 45 días.

La opinión pública se quedó ciertamente perpleja, pues si bien los Tribunales aplicaron la norma penal, no es menos cierto que algunos sectores de la sociedad no acaban de entender ni asumir, desde una tradición y costumbre en las que se aceptan como normales e incluso habituales conductas, como puede ser una bofetada, azote o cachete, se condene a los padres. Esto provocó la recogida de firmas solicitando que la acusada no fuese a prisión y, el propio Tribunal, ante tal iniciativa popular, propuso el indulto con la suspensión de ejecución de la condena de conformidad a lo establecido en el artículo 4 del Código Penal, justificando que en el caso de autos, la aplicación de tal medida podría producir consecuencias perjudiciales para los dos hijos menores de la acusada, que se encontraban a su cargo durante la mayor parte del tiempo, al trabajar el padre durante la semana fuera de la localidad donde está sito el domicilio familiar⁵⁹.

Téngase presente que dicha prohibición solo afectaría a uno de los dos hijos de la madre condenada con lo que se produciría una separación nada aconsejable de los hermanos, pudiéndose llegar a una situación de desamparo por la aplicación imperativa y rigurosa de la norma penal, ya que, en este caso, se trataba de un hecho aislado y leve, produciéndose un resultado contrario a su finalidad, que es la educación y protección de la víctima.

De modo que para determinar el alcance de la facultad de corrección que los padres ejerciten sobre los hijos con finalidad educativa, debería tenerse en cuenta el ordenamiento jurídico, los usos y el medio social, así como las concepciones ético-sociales imperantes en el momento en el que se realizan los hechos constitutivos de delito o falta, y atemperar así los rigores de la aplicación automática de las normas y la imposición de una pena que, en casos como los descritos, ni rehabilita al autor ni beneficia o protege a la víctima de ningún riesgo.

IV. NOTAS SOBRE LA LEGISLACIÓN FORAL NAVARRA, ARAGONESA Y CATALANA Y LA CONSERVACIÓN DE LA FACULTAD DE CORRECCIÓN DE LOS PADRES SOBRE SUS HIJOS

En Navarra, la Ley 1/1973, de 1 de marzo, modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, en su Ley 63 recoge entre las facultades de los padres con respecto a sus hijos, la de corregirlos razonable y adecuadamente. Esta facultad forma parte del conjunto de otros deberes como «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurar su debida formación»⁶⁰.

Por su parte, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, entre las que se encuentra la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona.

Este nuevo texto legal recoge en el artículo 65 los deberes y derechos que forman parte esencial de la autoridad familiar, entre los que se encuentra la facultad de corrección, la cual debe ser ejercida de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a la dignidad del menor y sin que se incluya la posibilidad de imponerles sanciones humillantes, ni intentar contra sus derechos⁶¹. Y lo hace siguiendo los criterios del artículo 62.1 de la derogada Ley 2006.

En cuanto a la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Código Civil de Cataluña (Libro Segundo, Persona y Familia) en su artículo 236.17, regulador de las relaciones entre padres e hijos, se recoge el derecho de corrección, cuando dice «Los progenitores pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad»⁶².

Ciertamente se conserva la redacción del artículo 143.3 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña, que permitía al padre y la madre corregir a los hijos de forma proporcionada, razonable y moderada, siempre respetando plenamente su dignidad. Con todo, la particularidad es que en la nueva redacción se ha optado por sustituir el término padre y madre por progenitores, como lo hizo en su momento la legislación estatal con motivo de la promulgación de las leyes de 2005, y que un tanto ávidos los legisladores estatales rectificaron y volvieron a utilizar la redacción del año 1981, utilizando de nuevo el término «padres» (referente a padre y madre)⁶³.

Por tanto, llama poderosamente la atención que tanto el legislador catalán como el aragonés no ha aprovechado estas últimas reformas para cumplir los mandatos de orden internacional, que como hemos reiterado, prohíbe cualquier

castigo corporal a los menores, mandatos que por el contrario sí provocó el efecto pretendido en la legislación estatal mediante la modificación del artículo 154 del Código Civil.

Cabe incluso subrayar que ni la nueva codificación catalana ni la aragonesa han aprovechado críticas o inconvenientes que la nueva redacción de este artículo ha suscitado y haber buscado nuevas fórmulas legislativas, que hubieran sido recibidas de buen grado por los Tribunales a la hora de emitir las resoluciones judiciales.

V. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: EL CASO A. VER-SUS REINO UNIDO Y LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES AL MENOR QUE HABÍA SUFRIDO REITERADOS GOLPES DE SU PADRASTRO SIN CONDENA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido mostrando su preocupación por la protección a la infancia y juventud. Prueba de ello son las resoluciones judiciales dictadas en tal sentido que han alcanzado una notable repercusión en los Estados.

Por citar un ejemplo, hemos elegido para comentar en este estudio el Caso A. contra Reino Unido, de 23 de septiembre de 1998 (TEDH 1998, 55). A es un niño que contaba con la edad de nueve años cuando se produjeron los hechos principales, si bien cuando tenía seis años fue objeto de sevicias físicas patentes por parte del amante de la madre que reconoció en efecto que les había golpeado a él y a su hermano más pequeño con un bastón, por lo que fue apercibido por la policía y los niños fueron inscritos en la lista de niños sometidos a riesgo. Algo más tarde la madre contrae matrimonio y pasa a convertirse en padrastro, volviendo a las andadas, pues un día el director de la escuela advirtió a los servicios sociales que A tenía moraduras en su cuerpo como consecuencia de que le pegaba su padrastro con un bastón. Este fue detenido por la policía, si bien recuperó la libertad bajo el pago de la fianza. A consecuencia de estas actuaciones, A fue visto por un pediatra que apreció, en efecto, una serie de contusiones, debido a un bastonazo propinado con mucha fuerza y en diferentes ocasiones. El padrastro fue inculcado por atentar a la integridad física del niño, celebrándose el juicio un año más tarde de producirse la denuncia.

Los interrogantes que se planteó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en este caso, es determinar si existe una posible responsabilidad del Estado por no haber tomado las autoridades medidas más contundentes que podrían haber evitado la repetición de este tipo de actuaciones llevadas en perjuicio del menor, así como cuál es la responsabilidad del padrastro por estos daños.

Pues bien, la ley inglesa dispone de leyes que incrimina conductas como las contempladas, y al padrastro se le puede procesar como autor de una agresión (*assault*) con resultado de daño en la integridad física, de acuerdo a la Ley de 1861 (*Offences against the Person Act*) y la Ley de 1933, de protección a la infancia y juventud (*Children and Young Persons Act*), que penalizan las agresiones o los malos tratos a los niños.

Sin embargo, en los procedimientos penales por malos tratos a los niños, la ley inglesa permite a la acusación convencer al jurado de que dicha conducta constituía un castigo legítimo, pues si se demuestra que ese castigo se administró de forma razonable o moderada, quedarían los padres protegidos por la ley. Así lo hizo la defensa y aunque no negó que hubiera propinado los golpes en diversas

ocasiones, se hizo hincapié en que ello era necesario y razonable al ser *A* un niño difícil e indisciplinado, quedando absuelto el padrastro por mayoría del jurado.

Este resultado fue lo que ocasionó que se acudiera a Estrasburgo y la Comisión Europea de Derechos Humanos valorase si en este caso no se había producido una vulneración del Convenio, por parte del Reino Unido y en particular del artículo 3, que garantiza la tutela contra los malos tratos; el artículo 8, que tutela la intimidad y la vida particular; el artículo 13, que asegura una protección judicial frente a cualquier violación de los derechos fundamentales, y el artículo 14, en relación a la posible discriminación con la infancia.

La Comisión estimó por unanimidad que no se habían respetado los artículos 3 y 13; y por mayoría que no cabe entrar a las alegaciones de los artículos 8 y 14. Por tanto, se rechaza absolutamente cualquier trato inhumano o degradante que un menor pudiera sufrir, independientemente de la intensidad del mismo. Y confirma que el Derecho nacional no debe tolerar la más mínima violencia causada a los niños y que cada Estado está obligado a respetar los derechos fundamentales.

La Comisión fue aún más allá, y abrió la posibilidad de compensar por daños morales. Y así lo hizo en el caso que nos ocupa, condenando al Estado inglés a pagar en concepto de daños morales la cantidad de 10.000 libras esterlinas al menor, por violación del artículo 3 y el compromiso de adaptar su derecho interno al cumplimiento de esa normativa.

Está claro que estos hechos no son ajenos a nuestra sociedad, como ha quedado evidenciado a lo largo de este estudio. Pero, lo que sí quiero recordar es que España es parte integrante de pleno derecho en las diversas instituciones europeas, y por tanto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es también nuestra jurisprudencia.

VI. LA FACULTAD DE CORRECCIÓN DE LOS PROGENITORES Y EL DERECHO AL AUXILIO DE LA AUTORIDAD: REFLEXIONES CRÍTICAS FINALES

Todas las sociedades a lo largo de la historia se han ido organizando en torno a grupos de personas que por sí mismas configuraban lo que se ha venido a denominar estructura familiar. Esta estructura familiar constituye el primer elemento o agente socializador que enlaza individuos y sociedad. Y, es en ella, donde sus miembros comienzan a aprender las pautas de comportamiento, los principios y valores morales. En este argumento descansa la evidencia de que las relaciones familiares se hayan sometido a un control social, legislativo y jurisdiccional, que quizás en ciertas ocasiones sobrepasa el ámbito estricto del derecho a la intimidad del propio individuo. Tal y como ha ocurrido en nuestro ordenamiento jurídico con la derogación de la facultad o derecho de corrección de los padres sobre los hijos.

En efecto, una primera reflexión nos indica que el derecho de corrección ya no aparece formalmente regulado en nuestro Código Civil, siguiéndose en este sentido las instrucciones y recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de obligado cumplimiento para todos los Estados. Sin embargo, es curioso que esta derogación no se mantenga en todo el territorio nacional español, pues en los Derechos civiles forales navarro cuanto en el de Aragón y Cataluña, sus leyes más recientes, siguen reconociendo expresamente la facultad de corregir de los progenitores siquiera sea de forma moderada, razonada y proporcional. Por

tanto, esta subrayada pervivencia de la facultad de corrección, obvia claramente cualquier mandato internacional y traspasa las reglas de carácter estatal.

En segundo lugar y, por su parte, esta reforma del Código Civil ha generado cierta inseguridad jurídica, porque si bien es cierto que se ha eliminado de la letra de la norma el derecho de corrección, sigue existiendo *de facto*. Así lo viene considerando tanto la doctrina y cuanto las distintas resoluciones dictadas por nuestros Tribunales.

Las razones o argumentos que justifican tal consideración se fundamentan en que la corrección de los menores es una facultad unida al deber de educación, que sigue regulado en el artículo 154 del Código Civil, toda vez que la corrección está unida de forma inescindible a la educación y a la formación integral de los hijos. Ciertamente, no cabe identificar corrección con maltrato o castigo físico, e indudablemente, la causación de lesiones a los hijos es una conducta merecedora del reproche jurídico.

Por su parte, la facultad de corrección, además de su unión al deber de educación, es un derecho ligado, también, al deber de obediencia de los hijos, reconocido en el artículo 155 del Código Civil. De modo que si los hijos tienen el deber de obedecer a sus padres mientras estén bajo la patria potestad, y respetarles, es natural que la falta en el cumplimiento de estos deberes pueda conllevar una sanción correctiva de los padres.

A mayor abundamiento es un derecho reconocido social y culturalmente en algunos sectores de nuestra sociedad (recordemos la respuesta social cuando los medios de comunicación informaron sobre el caso de Jaén).

Es una facultad tipificada en el artículo 153 del Código Penal, pues si bien los correctivos físicos o psíquicos no conllevan sanciones civiles, pueden implicar tipos penales elevados a la categoría de delito. Sin embargo, la jurisprudencia ha delimitado la aplicación de este tipo de sanción punitiva exclusivamente a los casos de maltrato y no a los correctivos de escasa entidad. De alguna forma, creemos, se ha delegado en los Tribunales penales la ponderación de qué castigos llevarían una sanción punitiva y cuáles no, dependiendo de la gravedad o intensidad de los correctivos paternos o maternos.

Finalmente, no podemos descartar que dejar al auxilio de la autoridad la responsabilidad de atender conductas que corresponden claramente a una mera corrección filial podría implicar que los padres se vieran privados de la patria potestad. Por tanto, sería la propia Administración la que asumiría la responsabilidad de establecer medidas de atención para estos menores a través de los servicios sociales, con la razonable duda de si este sistema garantiza el interés del menor.

Estos argumentos serían, igualmente, aplicables al tutor con respecto a su pupilo. Y, en el caso de los abuelos, guardadores y profesores, solo cabría si hay una delegación expresa de los padres, o en el supuesto de que estos se viesan privados de la patria potestad por resolución judicial.

Por tanto, las claves esenciales en la ponderación de intereses que cabe darse entre los derechos del menor y el derecho de corrección, a nuestro juicio, atiende a dos criterios: *la necesidad y la proporcionalidad* como base de una finalidad educativa por el propio interés de los hijos.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALGARRA PRATS, E: «La corrección de los hijos en el Derecho español», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2010.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentarios al artículo 154 del Código Civil», en *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia*, vol. II, Madrid, 1984.
- BONAMORE: «Illiceità Della violenza fisica e psichica nell'esercizio dei doveri di formazione Della persona umana (commentario alla sentenza Cass. Penale VI, 16 de maggio 1996)», en la obra *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1997.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^ª: «La patria potestad como función en el nuevo Derecho de Familia», en *DJ*, núm. 33 a 36, enero-diciembre de 1982.
- *La reforma de la patria potestad. Separata de las reformas del Código Civil por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio*, Ministerio de Justicia, INEJ, Madrid, 1983.
- «Comentarios al artículo 154 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Madrid, 1982.
- CERVELLÓ DONDERIS, V.: «El delito de malos tratos: su delimitación con el derecho de corrección», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 33, marzo de 1994.
- CLEMENTE MEORO, M.: *Derecho de Familia*, Valencia, 1991.
- CUENCA GARCÍA, M. J.: «La violencia habitual en el ámbito familiar», en *RJC*, 1998.
- DÍAZ ALABART, S.: «Un apunte histórico para la determinación de la responsabilidad de los maestros en el artículo 1903 del Código Civil», en *Estudios Centenario del Código Civil (1889-1998)*, Madrid, 1990.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D. y HERNÁNDEZ GIL, F.: *Lecciones de Derecho de Familia*, Madrid, 2007.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E.: «El Derecho de corrección», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, coord.: BOLDOVA PASAMAR-RUEDA MARTÍN, Barcelona, 2006.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario del artículo 268 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- GRACIA MARTÍN, L.: «Comentario al artículo 153 del Código Penal», en *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Valencia, 1997.
- HERRERA CAMPOS, R.: *Curso de Derecho Civil. Derechos de Familia y Sucesiones*, Valencia, 2009.
- HURTADO YELO, J.: «Entre el derecho de corrección y el delito de malos tratos. Hacia la búsqueda de una solución intermedia», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 788, 2009.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, puesta al día por RAMS ALBESA, J., Madrid, 2010.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, Tomo VI, Madrid, 2012.
- LASARTE, LÓPEZ, MORETÓN: *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, Madrid, 2007.
- MORETÓN SANZ, M.^ª F.: «La adaptación de nuestro Derecho a la Convención», en *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, Barcelona, 2006.
- «Crónica de las Jornadas sobre la Ley 42/2003, sobre relaciones abuelos y nietos», en *BFD*, núm. 24, 2004.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 2006.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.: *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Madrid, 2008.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho Penal español. Parte especial*, Barcelona, 2002.
- QUESADA SÁNCHEZ, A.: «Responsabilidad civil de padres, tutores y centros docentes: algunos supuestos fronterizos y polémicos», en *RCDI*, núm. 715, 2009.
- ROXIN, C.: «La calificación jurídico-penal de la corrección paterna», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2005.

- SERRANO ALONSO, E.: «Comentario del artículo 154 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Barcelona, 2000.
- «Comentario del artículo 268 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Ignacio GIL DE LA CUESTA, Barcelona, 2000.
- SERRANO TÁRRAGA, M. D.: «Tendencias actuales de la protección penal de la salud y la vida», en la obra colectiva *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Madrid, 2006.
- «El derecho de corrección de los padres sobre los hijos y el delito de violencia doméstica», en la obra *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Madrid, 2006.
- TORRES PEREA, J. M.: «Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán», en *ADC*, abril, 2006.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C., y RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, Barcelona, 2006.
- YÁÑEZ VIVERO, F.: «Derechos de los abuelos a relacionarse con sus nietos», en *Estudios sobre tema de actualidad en el Derecho europeo contemporáneo*, Mexico, 2006.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Audiencia Provincial de Madrid, de 15 de junio de 2012 (*JUR* 2012/284334).
- Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de junio de 2012 (*JUR* 2012/263633).
- Audiencia Provincial de Asturias, de 7 de marzo de 2011 (*JUR* 2011/169210).
- Audiencia Provincial de Barcelona, de 28 de julio de 2009 (*JUR* 2009/464070).
- Audiencia Provincial de Jaén, de 22 de enero de 2009 (*ARP* 2009/10).
- Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 23 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/207187).
- Audiencia Provincial de Córdoba, de 17 de enero de 2008 (*JUR* 2008/18264).
- Audiencia Provincial de Asturias, de 10 de abril de 2008 (*JUR* 2008/216331).
- Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/244502).
- Audiencia Provincial de Burgos, de 15 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/323415).
- Audiencia Provincial de Jaén, de 15 de octubre de 2007 (*JUR* 2007/334843).
- Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de septiembre de 2005 (*ARP* 2005/522).
- Audiencia Provincial de Córdoba, de 9 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/126721).
- Audiencia Provincial de Vizcaya, de 14 de mayo de 2003 (*PROV* 2003/182260).
- Audiencia Provincial de Girona, de 12 de julio de 2000 (*JUR* 2000/295476).
- Audiencia Provincial de Castellón, de 8 de mayo de 2000 (*JUR* 2001/106861).
- Audiencia Provincial de Badajoz, de 18 de noviembre de 1998 (*ARP* 1998/5136).

NOTAS

¹ Vid., por todos, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo VI, Madrid, 2012, pág. 324, y la bibliografía allí citada, en particular: CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a así como DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D. y HERNÁNDEZ GIL, F., *Lecciones de Derecho de Familia*, Madrid, 2007, pág. 431.

² Así lo estima el profesor LASARTE cuando dice: «La idea del beneficio de los hijos preside e impregna el conjunto de la regulación actual del Código Civil, cuyo artículo 154.2 establece de forma apodíctica que “la patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos, de acuerdo a su personalidad”, al tiempo que la expresión, con mayores o menores variantes, se utiliza en otros preceptos (cfr. arts. 156.5, 159 y 170.2). La subordinación de las facultades paternas a la formación de los hijos ha llevado a algunos autores a defender la

idea de que (al igual que la propiedad) la patria potestad debe configurarse actualmente como una función social, conclusión, a mi juicio exagerada y en todo caso confusa, por imprecisa. Basta resaltar el aspecto de potestad para llegar a la conclusión unánimemente aceptada de que los poderes paternos se encuentran sometidos y dirigidos a la formación integral de los hijos», *ob. y loc. cit.*

³ Noticias aparecidas en el diario *La Voz de Galicia* en fecha 20 de julio de 2010 y 26 de marzo de 2011.

⁴ *BOE* de 30 de septiembre de 2003, núm. 234.

⁵ A su vez, cabe destacar que la redacción de este precepto tiene sus antecedentes históricos en Las Partidas donde se establecía la «potestad» de castigo que debía tener el padre sobre el hijo, si bien esta debía ejercerse con mesura y piedad: «E a las vegadas se toma esta palabra potestas, por ligamiento de reverencia, e de subiecion, e de castigamiento, que debe aver el padre sobre su hijo» (4, XVII, 3). Sobre esa necesaria moderación dice también la Cuarta Partida que: «Fallamos quatro razones, porque pueden constreñir al padre, que sauqe de su poder s su fijo (...) La primera es, quando padre castiga el fijo muy cruelmente, e sin aquella piedad quel debe aver, segund natura. Ca el castigamiento debe ser con mesura e con piedad» (4, XVIII, 18). Y por último, el exceso en el ejercicio de esa potestad también se sancionaba en los siguientes términos: «Castigar debe el padre a su fijo mesuradamente (...) Mas porque y ha algunos dellos crueles, e tan desmesurados en fazer esto que los fieren mal co piedra, o con palo, o con otra cosa dura, defendemos que lo non fagan assi» (7, VIII, 9). En cuanto al Proyecto de 1851, siguiendo esta tradición histórica, disponía su artículo 147 que: «El padre tiene la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos». Y que pasó sin variación alguna al Anteproyecto de 1882, tal y como señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (vid., *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 2006, pág. 113).

⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C., «Es innecesario subrayar que en la actualidad y en la generalidad de los casos, la patria potestad compete a ambos progenitores, al padre y madre de forma conjunta y por principio inseparable, dada la igualdad de ambos sexos frente al Derecho y la superación de la idea patriarcal de que el rol de la madre solo adquiere relevancia en defecto de padre», *ob. cit.*, pág. 324.

⁷ Esta Ley entró en vigor el 9 de junio de 1981. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a: «La patria potestad como función en el nuevo Derecho de Familia», en *DJ*, núm. 33 a 36, enero-diciembre de 1982, págs. 177 y sigs., y en *La reforma de la patria potestad. Separata de las reformas del Código Civil por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio*, Ministerio de Justicia, INEJ, Madrid, 1983.

⁸ *BOE* de 29 de diciembre de 2007, núm. 312.

⁹ *Ob. cit.*, pág. 325.

¹⁰ Dice ALGARRA PRATS: «En mi opinión, este límite merece una valoración positiva, en cuanto que permite flexibilizar y adecuar el ejercicio de la patria potestad a las peculiaridades y necesidades de cada hijo y, sobre todo, tener muy en cuenta que el respeto a la personalidad del hijo es un límite en el ejercicio de la patria potestad que aumentará conforme los hijos vayan teniendo mayor edad, pues la personalidad se consolida con el paso del tiempo y a una mayor edad, más limitadas están las facultades de los padres, en orden a determinar la actuación del menor. Como señala RIVERO HERNÁNDEZ, no hay minoría de edad, sino minorías, que no pueden ser tratadas de idéntica forma. Desde luego, coincido con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en que el respeto de la personalidad de los hijos tendrá que producirse dentro del respeto a la ley, las costumbres y el orden público» («La corrección de los hijos en el derecho español», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2010, pág. 19). Vid., en idéntico sentido al señalado, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios al artículo 154 del Código Civil», en *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia*, vol. II, Madrid, 1984, pág. 1047. O CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «Comentarios al artículo 154 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Madrid, 1982, págs 128 a 132; SERRANO ALONSO, E., «Comentario del artículo 154 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Barcelona, 2000, págs. 435 a 437; PÉREZ ÁLVAREZ, M., *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Madrid, 2008, pág. 159; HERRERA CAMPOS, R., *Curso de Derecho Civil. Derechos de Familia y Sucesiones*, Valencia, 2009, pág. 275.

¹¹ En este sentido, cabe destacar el ordenamiento jurídico italiano, ya que su Código Civil no contempla de forma expresa el derecho de corrección, pero la doctrina y jurisprudencia civil entiende que se incluye dentro de los derechos y deberes que nacen del matrimonio, recogidos en el artículo 147 del Codice Civile italiano, entre los que se encuentra el derecho de instruir y educar a la prole. Tal y como ocurre en España, en Italia, también será la jurisprudencia penal la que va a valorar si los medios de corrección utilizados por los padres sobre sus hijos son lícitos, o por el contrario radican en el concepto de violencia. El abuso de los medios de corrección se tipifica en el artículo 571 del Codice Penale italiano, en el título XI, «Delitos contra la familia», en el capítulo IV, «De los delitos contra la asistencia familiar». Este artículo castiga con la pena de seis meses al que abusa de los medios de corrección o disciplina causando daños a las personas que están bajo su autoridad o que hayan sido confiadas por razones de educación, instrucción, cuidado, vigilancia o custodia. Está claro que una interpretación literal de este artículo permite considerar que el Código Penal italiano admite que el uso correcto del derecho de corrección debe considerarse legítimo. Si a esto unimos la exigente que por el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, entre los que se incluye el *ius corrigendo* de los padres sobre los hijos, del artículo 51 del Codice Penale italiano, podemos llegar a la conclusión que la legislación italiana permite el uso de la violencia ilícita como medio correctivo.

¹² Puede consultarse [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.15.Add.28.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.15.Add.28.Sp?OpenDocument), o en la siguiente dirección http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC8_sp.doc (según la última la versión revisada en octubre de 2012).

¹³ Artículo 19.1. Los Estados partes adoptarán las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño, según corresponda, la intervención judicial. Sobre la Convención, ver VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I., *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, Barcelona, 2006, y en esa misma obra, MORETÓN SANZ, F., *La adaptación de nuestro Derecho a la Convención*, pág. 77.

¹⁴ *Ob. cit.*, pág. 5.

¹⁵ HURTADO YELO, J., «Entre el derecho de corrección y el delito de malos tratos. Hacia la búsqueda de una solución intermedia», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 788, 2009, pág. 4; CERVELLÓ DONDERIS, V., «El delito de malos tratos: su delimitación con el derecho de corrección», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 33, marzo de 1994, pág. 45.

¹⁶ Palabras de LASARTE, *ob. cit.*, pág. 327. Y FRIEDRICH VON SHILLER, filósofo-dramaturgo e historiador alemán del siglo XVIII, dijo: «No es la carne y la sangre sino el corazón lo que nos hace padres e hijos».

¹⁷ Vid., SERRANO TÁRRAGA, M. D., «Tendencias actuales de la protección penal de la salud y la vida», en la obra colectiva *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Madrid, 2006, pág. 17; HURTADO YELO, J., *ob. cit.*, pág. 4; LASARTE ÁLVAREZ, C., *ob. cit.*, págs. 328 y 329, y ALGARRA PRATS, E., *ob. cit.*, pág. 5 y sigs.; DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1992, pág. 290; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, puesta al día por RAMS ALBESA, Madrid, 2010, pág. 401; CLEMENTE MEORO, M., *Derecho de Familia*, Valencia, 1991, pág. 466.

¹⁸ El profesor LASARTE ÁLVAREZ se cuestiona desde la práctica: «(...) (supongamos, no quita los pies de la mesa; no se levanta para ir al colegio; eructa ante los demás miembros familiares con ocasión de la comida; fuma siendo menor, etc., por no hablar de actuaciones o infracciones familiares de mayor gravedad) el recurso que deben poner en marcha sus progenitores o tutores es impetrar el auxilio de la autoridad, es decir, llamar a la policía para que resuelva los pequeños conflictos domésticos... de una manera razonable. ¿Y eficiente, preguntamos?» (*ob. cit.*, pág. 330).

¹⁹ (JUR 2009/464070).

²⁰ (JUR 2004/126721). El presente caso se trataba de un menor que tardó en volver a su casa cerca de tres horas, en compañía de su hermano menor, de diez años, cuando su madre les había dejado salir solamente para comprar alpiste, en el curso de la cual la madre, como corrección a la conducta de su hijo, agarró a este fuertemente de los brazos, le agarró del cuello y le dio al menos una bofetada en la mejilla al denunciante. A consecuencia de la agresión, el menor sufrió lesiones consistentes en contusión con hematoma en mejilla derecha, erosión en región lateral derecha del cuello y erosiones en cara anterior y posterior de ambos antebrazos, de la que tardó en curar tres días. El Tribunal consideró que «...la conducta de la acusada debe ampararse por el derecho de corrección que conforme al artículo 154 tienen los progenitores con respecto a sus hijos menores sometidos a la patria potestad».

²¹ (JUR 2007/244502). En el mismo sentido que la anterior, el Tribunal determina: «En consecuencia, la conducta del acusado que tras reprender a su hija de diecisiete años la conducción imprudente de una motocicleta y ser insultado por ella gravemente la coge por la blusa y zarandea ligeramente, puede considerarse, como lo sería también una “colleja” comprendida dentro de los conceptos de razonabilidad y moderación establecidos en la legislación civil para justificar el derecho de corrección que ostentan los padres sobre los hijos sometidos a su potestad. En este caso no estimamos que el acusado se excediera en su derecho de corrección, puesto que ante los insultos que recibía de su hija cuando le recriminaba su conducta simplemente la cogió por la blusa y zarandeo ligeramente, mas cuando la leve erosión en el cuello que sufrió la hija del acusado no consta se produjera en ocasión de tal conducta, sino que lo más probable es que se produjera al empujarse mutuamente por un lado la hija María Luisa y la madre de esta y por otro el acusado cuando la esposa del acusado se interpuso entre padre e hija».

²² (JUR 2008/18264). Se trataba de enjuiciar por el juzgador de instancia si la conducta del acusado que propinó a su hija menor un «leve pescozón», estaba cobijado en la denominada corrección de padres a hijos menores, a lo que el Tribunal respondió: «Por lo tanto, la necesidad de la violencia en abstracto debe ser considerada como integrante de la esencia misma de la circunstancia que tratamos y en la aplicación concreta al derecho de corrección invocado que tienen los padres sobre los hijos menores no emancipados (art. 154 CC), bien entendido que la existencia del ánimo o voluntad de corregir, como elemento subjetivo de la causa de justificación no puede faltar en ningún caso, por lo que si el derecho de corrección aparece necesario y adecuado y el resultado no resulta grave, la conducta del progenitor estaría justificada».

²³ (JUR 2008/216331). En este caso, el Tribunal aclara: «Se insiste en lo ya dicho que el caso planteado no integra un supuesto susceptible de reproche penal partiendo del elemento circunstancial a considerar que no es otro que la tensión que presidía las relaciones familiares motivadas por el absentismo escolar de la menor y la vida en cierta manera y desde la posición de su padre “desarreglada” para una niña de quince años quien ante la llamada de atención por parte de este en tal sentido se le enfrenta y le llama “cornudo”, lo que motivó que el recurrente la asiera del cabello y la empujara contra el sofá, sin causarle lesión alguna; tal reacción evidentemente no merece elogios, pero también es cierto que la diferencia de edad entre ambos —setenta y cinco años el padre y quince años la niña—, la diversa realidad social generadora de un enfrentamiento generacional han de ser tenidos en cuenta para valorar en sus justos términos la conducta del padre que por el hecho de serlo es acreedor de un respeto y de una obediencia que como deberes aun siguen vigentes en nuestro ordenamiento jurídico —art. 155 del CC— y que aparecen infringidos por la conducta de la menor; es por ello que ha de considerarse que la actuación enjuiciada ha de circunscribirse al ámbito de las obligaciones que los padres tienen para sus hijos sometidos a la patria potestad a modo de velar por ellos y procurarles una formación integral —art. 154 del CC— y que si bien cabe decir hasta la saciedad que no se comparte la forma en que el recurrente hizo efectivo sus deberes paterno-filiales, las circunstancias que rodean al caso, en donde no se aprecia una ausencia de proporción y de moderación...».

²⁴ La intervención de los Tribunales italianos, tal y como hemos visto que ocurre en nuestro país, va a ser decisiva, para interpretar la norma establecida en el artículo 571 del

Código Penal antes mencionado, sobre todo porque se ajustará a los mandatos internacionales. De manera que la Corte de Casación en sus sentencias ha limitado el uso de la violencia o castigo físico como causa justificada del derecho de corrección de los padres, por lo que son lícitos solo aquellos medios que respeten la integridad física y moral de la persona. Además, aclaran que el término «corrección» debe entenderse como sinónimo de educación, y que las razones que amparan tales decisiones judiciales obedecen tanto al requerimiento de las autoridades internacionales, como a la necesidad de que el ordenamiento jurídico se adapte a las nuevas costumbres y a nuevos sistemas pedagógicos que la sociedad italiana reclama. En este sentido, cabe destacar la sentencia de 16 de mayo de 1996, que según BONAMORE, marca un hito importante al apreciar que la violencia física y psíquica está permitida si concurren dos presupuestos: que vaya dirigida a fines educativos y que del hecho no derive un peligro de enfermedad para el cuerpo o la mente, en «Illiceità della violenza fisica e psichica nell'esercizio dei doveri di formazione della persona umana (Commentario alla sentenza Cass. Penale VI, 16 de maggio 1996)», en la obra *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1997, págs. 521 y sigs.

²⁵ (JUR 2011/169210): «La doctrina científica advierte que la historia de la patria potestad constituye, en conjunto, un proceso de debilitación de la autoridad paternal. Concebida antiguamente como un poder sobre los hijos ejercido por los padres, la patria potestad ha pasado a ser contemplada como un servicio, una función de los padres en beneficio de los hijos».

²⁶ (JUR 2012/284334): «Si bien el acusado dejó entrever que en alguna ocasión había podido pegar a sus hijas, su conducta no puede admitirse como causa de justificación en el ejercicio del derecho de corrección».

²⁷ (JUR 2012/263633): «Pese a lo que se alega, el recurso no puede ser acogido. El derecho de corrección de los padres respecto de los hijos que contempla el artículo 154 del Código Civil es, en realidad, una manifestación de su deber y función de educación que debe ser usado siempre "razonable y moderadamente"; y cuando se trata de acciones educativas que atentan contra bienes jurídicos del menor, es indudable que su justificación en derecho solo puede encontrarse en un ejercicio legítimo de ese deber o cargo, conforme al artículo 20.7 del Código Penal; ese ejercicio legítimo requiere inexcusablemente que la vulneración del bien jurídico de que se trate sea objetiva y abstractamente necesaria, y que además resulte proporcional en relación a la situación denunciada y, en el caso, es evidente que la utilización por los recurrentes de un llamado «chicote», especie de látigo hecho de cuero de toro, para la corrección de sus hijas menores de edad por su resultado escolar u otros conflictos de índole familiar, resulta desproporcionada...».

²⁸ En la redacción originaria del Código Civil, el artículo 263 establecía que los tutores «podrán corregirlos moderadamente». Pero, también, este artículo sufrió una modificación por la Ley 11/1981 y 13/1983, pasando su contenido al artículo 268 que establecía: «los tutores podrán también corregir a los menores razonable y moderadamente». Ver GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario del artículo 268 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 788 a 791; SERRANO ALONSO, E., «Comentario del artículo 268 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Ignacio GIL DE LA CUESTA, Barcelona, 2000, pág. 639.

²⁹ (JUR 2007/334843): «En el presente caso no se aprecia la concurrencia de un dolo genérico de lesionar o *animus laedendi*, integrado por la simbiosis de los elementos intelectual y volitivo tendente a la producción de un resultado. En efecto, resultó acreditado que el denunciado, profesor del Centro Escolar Pedro Pablo López de los Arcos de la localidad de Ibro, dio una «colleja» al alumno Carlos María porque este desatendía y molestaba en la clase, habiéndole llamado previamente aquel la atención varias veces, lo cual no surtió efecto alguno.

La madre del niño reconoció en el Juzgado, al prestar declaración, que el profesor le pidió perdón y que no quería denunciar los hechos por miedo a represalias y porque había decidido perdonarlo, no mostrándose parte y no reclamando, circunstancias estas últimas que no fueron ratificadas en el acto de juicio, pues la referida madre reclamó indemnización.

Y no existió ese *animus laedendi* en el denunciado, porque se desprende más bien de su actuación un intento de atajar la situación que el alumno estaba provocando y que no

era otra, como el profesor manifiesta, que la de que «le estaba reventando la clase». Por ello, estamos más bien ante una actitud de indisciplina por parte de dicho alumno, y ante un derecho de corrección por parte del profesor, sin que se considere que la conducta de este sobrepase los límites de ese derecho, pues la «colleja» que dio a aquel no tiene entidad suficiente para ser considerada como un acto o uso de violencia, máxime teniendo en cuenta que tal palabra, en su acepción vulgar, viene definida en el Diccionario como «golpe o palmada que se da en la nuca por broma». En consecuencia, ese ánimo de lesionar no se aprecia, pues para determinar si ha existido el dolo de lesionar debe atenderse a las circunstancias del hecho, ya que la intencionalidad del sujeto es un elemento que por su carácter interno se esconde en lo más profundo de su ser, y en el caso de autos resulta evidente la ausencia de esa intención, pues difícil es imaginar que con la «colleja» propinada se hubiera producido el resultado, que ni fue buscado de propósito por el profesor (dolo directo), ni fue representado como posible (dolo eventual). Por todo ello, la conducta del denunciado no puede ser constitutiva de falta del artículo 617, en ninguna de sus dos vertientes, esto es, falta de lesiones (apartado 1) o falta de maltrato de obra (apartado 2), al no concurrir en la acción desplegada por el denunciado-apelante el necesario *animus laedendi* para incardinar su conducta en tales faltas».

³⁰ (ARP 2005/522): «Finalmente, es también dudoso que un derecho que ha sido atribuido exclusivamente por la Ley a los padres y tutores pueda entenderse delegado de forma tácita y con el mismo contenido a favor de los educadores, cuando los sujetos y la relación que les une con el menor es completamente distinta y, especialmente, cuando estos últimos tienen una preparación y unos conocimientos para educar y corregir a los menores con los procedimientos y técnicas estudiados y establecidos por las ciencias pedagógicas, siendo coincidentes todas ellas en la exclusión del castigo físico... En este punto merece especial reproche la valoración que hace el recurrente sobre el superior interés que representa la educación del menor que debe anteponerse incluso a su integridad física cuando no ya para el menor infractor ni siquiera para el adulto, el Código Penal prevé castigos físicos que están erradicados por la Constitución y todos los Tratados internacionales por inhumanos y degradantes. También la LO 10/2002, de 23 de diciembre de 2002, de Calidad de la Educación, reconoce en su artículo 2.2.c) el derecho básico del alumno a que se respete su integridad y dignidad personal. Tal pronunciamiento, pues, es incompatible con que se sostenga que la educación del menor justifica la lesión de su integridad física».

³¹ BOE de 4 de mayo de 2006, núm. 106.

³² BOE de 2 de junio de 1995, núm. 131. Vid., sobre las cuestiones mencionadas, SERRANO TARRAGA, M.^º D., *ob. cit.*, pág. 18; HURTADO YELO, J., *ob. cit.*, pág. 6.

³³ Vid. ALGARRA PRATS, E., *ob. cit.*, pág. 27; LASARTE, LÓPEZ, MORETÓN, *La responsabilidad civil en el ámbito de los Centros docentes*, Madrid, 2007, pág. 78; DÍAZ ALABART, S., «Un apunte histórico para la determinación de la responsabilidad de los maestros en el artículo 1903 del Código Civil», en *Estudios Centenario del Código Civil (1889-1998)*, Madrid, 1990; QUESADA SÁNCHEZ, A., «Responsabilidad civil de padres, tutores y centros docentes: algunos supuestos fronterizos y polémicos», en *RCDI*, núm. 715, 2009, pág. 2355.

³⁴ BOE de 22 de noviembre de 2003, núm. 280. Ver MORETÓN SANZ, M.^º F., «Crónica de las Jornadas sobre la Ley 42/2003 sobre relaciones abuelos y nietos», en *BFD*, núm. 24, 2004, pág. 261; YAÑEZ VIVERO, F., «Derechos de los abuelos a relacionarse con sus nietos», en *Estudios sobre tema de actualidad en el Derecho europeo contemporáneo*, México, 2006, pág. 273.

³⁵ (Libro Segundo, Persona y Familia).

³⁶ En la legislación alemana los sujetos activos del derecho de corrección son exclusivamente los padres, salvo que los padres deleguen en las personas que ejercen la guarda y custodia de sus hijos, entre los que podrían incluirse los maestros.

³⁷ Vid., nota 13.

³⁸ Cabe resaltar la Observación general, núm. 8 (2006) del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes. Dicha Observación tiene como objetivo poner de manifiesto que en la Convención sobre los Derechos del Niño y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos se reconoce el derecho del niño al respeto de su dignidad humana e integridad física y a gozar de igual protección ante la ley. Al publicar esta

Observación general, el Comité quiere destacar la obligación de todos los Estados Partes de actuar rápidamente para prohibir y eliminar todos los castigos corporales y todas las demás formas de castigo crueles o degradantes de los niños y esbozar las medidas legislativas y otras medidas educativas y de sensibilización que los Estados deben adoptar. Prosigue la Observación considerando que abordar la aceptación o la tolerancia generalizadas de los castigos corporales de los niños y poner fin a dichas prácticas en la familia, las escuelas y otros entornos, no solo es una obligación de los Estados Partes en virtud de la Convención, sino también una estrategia clave para reducir y prevenir toda forma de violencia en las sociedades.

³⁹ El Derecho alemán ha optado por un sistema jurídico muy similar al español, ocasionándole los mismos inconvenientes y trabas que se suscitan en España a la hora de valorar si todo castigo se considera maltrato y por tanto recibe una sanción punitiva. El ordenamiento jurídico alemán recoge en el § 1631 II del BGB, el derecho de corrección de los padres. Este precepto ha sido objeto de varias reformas legislativas en los años 1980, 1998, pero la última tuvo lugar el 3 de noviembre de 2000, cuando entró en vigor en Alemania la Ley de proscripción de la violencia en la educación y de modificación del derecho de alimentos de los menores, que reformó la redacción del § 1631 II BGB, en este sentido: «La custodia incluye, en especial, el deber y el derecho de cuidar al niño, educarle, vigilarle y decidir su residencia. Los niños tienen derecho a una crianza no violenta. Los castigos corporales, daños psicológicos y otras medidas degradantes son inadmisibles. El Tribunal de Familia ha de apoyar a los padres, previa solicitud, en los casos apropiados en el ejercicio de la custodia». El BGB deja claro que el derecho de corrección de los padres deriva del derecho de educación de los hijos. Y que cualquier castigo físico y psíquico, independientemente de la gravedad o intensidad del daño, está prohibido en términos absolutos, de manera que cualquier tipo de azote o cachete debe entenderse que genera una conducta no permitida. La estricta regulación legal del BGB ha provocado que la doctrina alemana tenga que pronunciarse sobre el problema de determinar los límites de intervención del Derecho Penal, cuando los castigos superan el umbral de insignificancia (un azote, un cachete suave, etc.).

⁴⁰ Artículo 153 del Código Penal: 1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratarle de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, acogimiento hasta cinco años. 2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años. 3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. 4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el juez o tribunal razonándolo en sentencia en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

⁴¹ BOE de 29 de diciembre de 2004, núm. 313.

⁴² Vid., SERRANO TÁRRAGA, M.^ª D., «El derecho de corrección de los padres sobre los hijos y el delito de violencia doméstica», en la obra *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Madrid, 2006, pág. 643; ALGARRA PRATS, E., *ob. cit.*, pág. 21; GRACIA MARTÍN, L.,

«Comentario al artículo 153 del Código Penal», en *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Valencia 1997, pág. 467; QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho Penal español. Parte especial*, Barcelona, 2002, pág. 69; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E., «El Derecho de corrección», en *la Reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, coord.: BOLDOVA PASAMAR-RUEDA MARTÍN, Barcelona, 2006, págs. 213 y sigs.

⁴³ SAP de Badajoz, de 18 de noviembre de 1998 (*ARP* 1998/5136); SAP de Girona, de 12 de julio de 2000 (*JUR* 2000/295476); SAP de Castellón, de 8 de mayo de 2000 (*JUR* 2001/106861); SAP de Vizcaya, de 14 de mayo de 2003 (*PROV* 2003/182260); la SAP de Burgos, de 15 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/323415).

⁴⁴ Vid., ALGARRA PRATS, E., *ob. cit.*, pág. 21.

⁴⁵ Vid., SERRANO TÁRRAGA, M.^a D., «Malos tratos en el ámbito familiar sobre menores», *ob. cit.*, pág. 538; ALGARRA PRATS, E., *ob. cit.*, págs. 21 y 29.

⁴⁶ Vid., HURTADO YELO, J., «El Derecho Penal, desde sus orígenes, ha considerado que este debe intervenir solo ante los hechos más graves que ocurren en la sociedad, y ha sido tradicional hasta nuestros días el que el Derecho Penal se inmiscuya lo menos posible en los conflictos familiares, y en este caso ante hechos nimios, en un contexto de corrección, aislados en el tiempo, el Derecho Penal no debe intervenir, considerándolos, pues, insignificantes para el Derecho Penal, y por ende, atípicos» (*ob. cit.*, pág. 8).

⁴⁷ Vid., ALGARRA PRATS, E., *ob. cit.*, pág. 30.

⁴⁸ Vid., HURTADO YELO, J., *ob. cit.*, pág. 8. Cita a FERNÁNDEZ IBÁÑEZ: «Considera aplicable la exigente de ejercicio del derecho a estos supuestos, si bien se exige unos requisitos mínimos, como son la preexistencia de ese derecho, la existencia de un *animus corrigendi*, la existencia de una necesidad tanto en abstracto como en el caso concreto de corregir, y la proporcionalidad en el correctivo empleado».

⁴⁹ HURTADO YELO, J., *ob. cit.*, pág. 8.

⁵⁰ CUENCA GARCÍA, M. J., «La violencia habitual en el ámbito familiar», en *RJC*, 1998, pág. 38 y 39; QUERALT JIMÉNEZ, J., *op. cit.*, pág. 69.

⁵¹ (*JUR* 2012/284334). Citada *ut supra*.

⁵² (*JUR* 2012/263633). Citada *ut supra*.

⁵³ (*JUR* 2011/169210). Citada *ut supra*.

⁵⁴ (*JUR* 2009/464070): En el presente caso se trataba de un menor de seis años que es reprendido por su madre, zarandeándole, con la finalidad de corregir su conducta, sujetándolo para que no cruzase la calle. La acusada fue condenada, por el Juzgado de lo Penal, como autora responsable de un delito de lesiones en el ámbito familiar del artículo 153.2.º del Código Penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, susceptible de ser sustituida por treinta y un día de trabajos en beneficio de la comunidad si en la ejecución de sentencia la acusada mostrase su conformidad, así como privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de un año, y de conformidad con el artículo 57.2 del Código Penal, la prohibición de aproximarse a una distancia inferior a 200 metros con la víctima por un periodo de un año y tres meses, y al pago de las costas procesales. Dicha sentencia fue recurrida estimando el Tribunal la revocación de la misma y absolviendo a la madre del delito de maltrato en el ámbito familiar; las razones que fundamentaron tal decisión se justificaban en que «las fuentes utilizadas por el proceso de inferencia deductiva realizado por la juez *a quo* manifiestan aspectos que no nos encajan con el relato de hechos probados que se supone construido gracias a dichas fuentes, porque dicen otras cosas que las que se les atribuyen. Es por ello que apreciamos la existencia de un error en la valoración de la prueba que debilita la fortaleza del acervo incriminatorio total. *Esa pérdida de firmeza dejaría la conducta de la acusada en el ámbito de la mera corrección filial, que constituye una conducta atípica para la sanción penal, porque es conforme a derecho...* Los malos tratos están proscritos en nuestra legislación, habiéndose esforzado el legislador para relegarlos en el ámbito familiar en la redacción original del Código Penal y en las sucesivas reformas operadas desde la Ley Orgánica 14/1999, como han sido las reformas operadas por la Ley Orgánica 11/2003 y Ley Orgánica 1/2004, mediante las cuales se elevan a categoría de delito conductas que en términos generales serían calificables como falta, cuando se cometan en

el ámbito familiar, que debe estar regido por el respeto mutuo y la igualdad de todos los componentes de la familia en cualquier etapa de la vida en que se encuentren, sin que los menores queden excluidos de esa protección y deriva la proscripción de los malos tratos aunque los padres puedan ejercer sobre ellos el derecho de corrección, lo que nos permite concluir que en la actualidad no son admisibles los castigos físicos en el ámbito de la educación del menor. No obstante, sabido es que las leyes deben interpretarse atendiendo a la necesidad social del tiempo en que deben ser aplicadas (art. 3.1 del CC) y por ello no podemos hacer abstracción de los vestigios culturales que todavía permanecen en nuestra sociedad relativa al castigo físico a los menores por haberse considerado aceptable hasta tiempos relativamente recientes uno de los elementos necesarios para una correcta política educativa. *Por ello, y desde esta perspectiva, solo podría considerarse atípica la conducta correctiva de muy leve intensidad sin utilizar ningún instrumento y sin causación de lesiones de entidad en el menor, por aplicación del principio de la insignificancia o de la intervención mínima del Derecho Penal.* Así, pues, estimamos que en este caso debemos proyectar en esta instancia los efectos del principio *in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus iustus est, quam tutius* (Marcelo, 29 dig. D. 50,17,192,1) que ha sido el aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Código Civil (16-1-1890) y posterior como *in dubio pro reo* por la Sala de lo Criminal de forma repetida hasta quedar consagrado como doctrina legal». Citada *ut supra*.

⁵⁵ (JUR 2009/207187): «En base a ello, el parecer casi unánime de las Audiencias es que el derecho de corrección, que vemos ha sido incluso suprimido como tal derecho en el Código Civil, no autoriza ni alcanza la utilización del castigo físico, sin que el hecho de que *en algunos supuestos de insignificancia de la acción*, como un cachete o un simple azote o una simple bofetada sin intención de producir un menoscabo físico por su levedad y que no causan lesión propinadas con la intención de corregir un comportamiento insolente, violento o agresivo por parte del hijo menor que hace proporcionada tal acción, *no merecen reproche penal*».

⁵⁶ Vid., «La calificación jurídico-penal de la corrección paterna», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2005, pág. 235.

⁵⁷ Vid., «Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán», en *ADC*, abril de 2006, pág. 709.

⁵⁸ (ARP 2009/10).

⁵⁹ El Real Decreto 606/2009, de 8 de abril, por el que se indulta a doña María del Saliente Alonso Martínez, fue publicado en el *BOE* de 9 de mayo de 2009, núm. 113, pág. 39963. La recogida de 3.000 firmas fue promovida por la Alcadesa de Pozo Alcón, Pilar Salazar, y contó con el apoyo del Fiscal Jefe Superior de Jaén, José M.^a Casado, el juez de menores de Granada, Emilio Calatayud, el presidente en funciones de la Junta de Andalucía, Gaspar Zarrías y la delegada provincial para la Igualdad y el Bienestar Social de Jaén, Carmen Álvarez, entre otras personalidades de la política y judicatura.

⁶⁰ *BOE* de 5 de junio de 1987, núm. 134. Ley 63. *Titularidad y contenido*. La patria potestad sobre los hijos menores no emancipados y sobre los incapacitados corresponde conjuntamente al padre y a la madre, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, corregirlos razonable y moderadamente y procurar su debida formación. 2. Representarlos en cuantos actos les conciernan y no puedan legalmente realizar por sí mismos, salvo que guarden relación con bienes cuya administración no corresponda a los padres y sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 64. 3. Administrar y disponer de sus bienes en las condiciones que establece la Ley 65, y usufructuarlos dando a los frutos percibidos las aplicaciones que demanden el interés de los hijos a quienes pertenezcan los bienes y el de la familia a cuyo sostenimiento han de contribuir en la proporción adecuada. Corresponde también a los padres la defensa de los intereses y expectativas de los hijos concebidos y no nacidos, e incluso de los no concebidos. Los hijos, por su parte, deben obedecer a los padres en tanto permanezcan bajo su potestad, respetarlos siempre y contribuir al sostenimiento de la familia mientras convivan con ella.

⁶¹ Artículo 65. *Contenido*. 1. La crianza y educación de los hijos comprende, para quienes ejercen la autoridad familiar, los siguientes deberes y derechos: a) Tenerlos en su compañía.

El hijo no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado, ni ser retirado de él por otras personas. *b)* Proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades. *c)* Educarlos y procurarles una formación integral. Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años. *d)* Corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos. 2. Para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos, los titulares de la autoridad familiar pueden solicitar la asistencia e intervención de los poderes públicos (*BOA* de 9 de marzo de 2011, núm. 63).

⁶² Artículo 236.17. *Relaciones entre padres e hijos*. 1. Los progenitores, en virtud de sus responsabilidades parentales, deben cuidar de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir con ellos, educarlos y proporcionarles una formación integral. Los progenitores tienen también el deber de administrar el patrimonio de los hijos y de representarlos. 2. Los progenitores determinan el lugar o lugares donde viven los hijos y, de forma suficientemente motivada, pueden decidir que residan en un lugar diferente al domicilio familiar. 3. Los progenitores y los hijos deben respetarse mutuamente. Los hijos, mientras están en potestad parental, deben obedecer a los progenitores, salvo que les intenten imponer conductas indignas o delictivas. 4. Los progenitores pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad. 5. A los efectos de lo establecido por los apartados 3 y 4, los progenitores pueden solicitar excepcionalmente la asistencia e intervención de los poderes públicos (*BOE* de 21 de agosto de 2010, núm. 203).

⁶³ Vid., *ut supra*.

1.3. Derechos reales

La inscripción de las prohibiciones de disponer en el Registro de la Propiedad

Disposal prohibitions and Land Register

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora Doctora de Derecho Civil

Universidad Antonio de Nebrija

RESUMEN: Las prohibiciones de disponer, como limitaciones dominicales que impiden la transmisión eficaz de la propiedad de un inmueble, deben quedar reflejadas en el folio registral de dicha finca, para ser oponibles a posibles terceros adquirentes. Si bien, únicamente se permite la inscripción de las prohibiciones de disponer impuestas en negocios a título gratuito, conforme a los artículos 26 y 27 LH, auténticas prohibiciones de disponer de carácter real, distinguiéndolas de las obligaciones de no disponer, que en ningún caso impedirían la transmisión de la propiedad de la finca al adquirente, saldándose su incumplimiento con una mera indemnización por el vendedor, pero sin poder recuperar la propiedad para quien la impuso. Su concepto, carácter, requisitos y eficacia, se tratan de analizar en estas líneas, a la luz de la jurisprudencia de la DGRN, tratando de justificar por qué solo son auténticas prohibiciones de disponer las establecidas en negocios a título gratuito. Asimismo, se analizan las prohibiciones impuestas en negocios a título oneroso y las establecidas en negocios de causa mixta, para concluir si son o no inscribibles en el Registro de la Propiedad. Se concluye el trabajo con un resumen de las principales exigencias registrales para su inscripción.

ABSTRACT: *Disposal prohibitions as proprietary limitations that prevent effective transfer of ownership of a property, should be reflected in the registration folio of said property to be effective against potential third party purchasers. While only registration bans imposed on business have gratuitously allowed under art. 26 and 27 LH, authentic bans have real character, distinguishing them from the obligations of not having, in any case prevent the transfer of ownership of the property to the purchaser and he argued noncompliance with a mere compensation for the seller, but to recover property for whom imposed. His concept, character and efficiency, try to analyze these lines, in the light of the jurisprudence of the DGRN.*

PALABRAS CLAVE: Prohibiciones de disponer. Inscripción. Registro Propiedad. Eficacia real. Oponibilidad. Causa negocio. Causa mixta.

KEY WORDS: *Disposal prohibitions. Registration. Land Register. Cause. Mixed cause.*

SUMARIO: I. PROHIBICIONES DE DISPONER. PRECISIÓN DE CONCEPTOS.—II. POSIBILIDAD DE SU INSCRIPCIÓN.—III. REQUISITOS DE LAS

PROHIBICIONES DE DISPONER: 1. TEMPORALIDAD. 2. FINALIDAD O JUSTA CAUSA. 3. ESTABLECERSE EN UN NEGOCIO A TÍTULO GRATUITO.—IV. PROHIBICIONES DE DISPONER EN NEGOCIOS GRATUITOS, ONEROSOS Y DE CAUSA MIXTA.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PROHIBICIONES DE DISPONER. PRECISIÓN DE CONCEPTOS

Las denominadas prohibiciones de disponer suponen la privación de la facultad de disposición al titular de un derecho real que contiene la misma. Se trata, por tanto, de las limitaciones a la facultad de disposición de la cosa objeto del derecho real, normalmente, propiedad.

De este modo, el adquirente del dominio lo recibe, en este caso, incompleto, sin esa facultad, por lo que en principio no podrá, a su vez, transmitir el mismo a favor de un tercero. Y si lo hiciera, dicha transmisión sería totalmente ineficaz, pues si se carece de esa facultad, difícilmente se puede ejercitar, lo que implica que el primer transmitente, en todo caso, podría solicitar la ineficacia de la segunda transmisión, afectando por tanto a terceros, que se verían privados de su recién adquirido dominio.

Lo que subyace tras las prohibiciones de disponer no es sino la limitación a la libertad de circulación de los bienes, del tráfico jurídico, pues impiden, en definitiva, que las cosas cambien de manos. Esto, en principio, contradice o choca con los principios inspiradores del Código Civil, favorables al intercambio de bienes, derivados de la mentalidad desamortizadora de la época de la codificación, por lo que, como ya veremos, deberán limitarse o restringirse estas prohibiciones.

Las prohibiciones de disponer pueden ser de tres grandes clases: *a)* Legales, cuando es la propia Ley la que impide la disposición de un bien determinado, por ejemplo, cuando se impide la enajenación de los bienes del declarado judicialmente desaparecido durante un periodo de cinco años. *b)* Judiciales: es el juez quien ordena la inamovilidad de determinados bienes, por ejemplo, cuando decreta el secuestro o depósito judicial para impedir enajenaciones en fraude de acreedores. *c)* Las prohibiciones de disponer voluntarias que son las establecidas por los particulares en los negocios en los que son parte. Respecto de las prohibiciones legales, el artículo 26 LH afirma claramente que no es necesaria su inscripción, pues la propia Ley les da la publicidad necesaria como limitaciones dominicales. Las prohibiciones judiciales llegarán al Registro a través de un asiento de anotación preventiva, y son las últimas, las voluntarias, las que vamos a examinar y analizar su inscribibilidad en estas líneas.

Dentro de ellas, de las llamadas prohibiciones de disponer voluntarias, se suelen distinguir las prohibiciones de disponer en sentido estricto, que son las llamadas reales o con eficacia real, y las mal llamadas prohibiciones de disponer obligacionales, que realmente son obligaciones de no disponer, y que no implican la privación de la facultad de disposición verdaderamente.

Las prohibiciones de disponer, propiamente dichas, son las que afectan a tercero; es decir, su eficacia es *erga omnes*, y por tanto, son oponibles a los sucesivos adquirentes del bien, que se van a ver privados de la titularidad del mismo, al declararse ineficaz el acto en virtud del cual adquirieron, pues se infringió esa prohibición.

Es decir, cuando se establece una determinada prohibición de disponer sobre un bien con carácter real, quiere decir que el que adquiere el dominio, lo

adquiere limitado, privado de la facultad de enajenación; por eso, si, ignorando dicha prohibición, enajena el bien a un tercero, esa nueva transmisión es totalmente ineficaz, puesto que si se carecía de la facultad de enajenación, no pudo transmitirse nunca el bien.

El tercero que adquiere, realmente, no adquiere el dominio (¿cómo lo va a adquirir si su transmitente carecía de la facultad de transmitirlo?), y se ve obligado a restituir la cosa que adquirió.

Las prohibiciones de disponer obligacionales son, por el contrario, las que tienen eficacia meramente obligacional, es decir, no son oponibles y eficaces frente a terceros, sino que se limitan a ser una obligación más que se impone al adquirente, en virtud de la cual este se obliga a no enajenar. Si lo hace, y transmite a un tercero, el tercero no se ve afectado en su adquisición, y no debe restituir el bien, ya que solo existía una obligación personal del primer adquirente de no enajenar, y si lo hace, únicamente incumple una obligación, generándose, entonces, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios a favor del primer transmitente, pero nada más; no tienen eficacia real, luego el tercero adquirente no resulta afectado y mantiene su dominio.

Estas últimas son, entonces, meras «obligaciones de no disponer», pero no prohibiciones de disponer, porque aquellas implican en su esencia su oponibilidad a terceros, nacen, precisamente, para tratar de impedir la válida adquisición por un tercero. Como prohibiciones de disponer entonces serían nulas, ineficaces, porque no tienen su virtualidad propia, que es impedir la adquisición por un tercero.

Merece la pena hacer esta distinción porque, así, las únicas prohibiciones de disponer existentes y verdaderas en nuestro derecho son las llamadas reales, o con eficacia real.

La escasez de regulación legal expresa sobre las prohibiciones de disponer voluntarias, sobre todo en el Código Civil, hace oportuno un estudio sobre las mismas, sus requisitos y su posibilidad de inscripción a la luz de la jurisprudencia.

II. POSIBILIDAD DE SU INSCRIPCIÓN

¿Pueden inscribirse en el Registro las prohibiciones de disponer? En principio, si suponen verdaderas limitaciones dominicales, deben quedar reflejadas en el folio registral, para poder impedir la disposición eficaz del inmueble sobre el que recaen.

En efecto, ya la RDGRN de 20 de diciembre de 1929 dejó clara la naturaleza jurídica de las prohibiciones de disponer como limitaciones dominicales: «las prohibiciones de disponer no son verdaderos derechos reales, cuya inscripción perjudique a los terceros adquirentes, sino restricciones impuestas por persona capacitada para ello, que limitan las facultades de un titular sin atribución del correlativo derecho a otras personas». Como tales restricciones deben constar en el Registro para obtener la ansiada publicidad y oponibilidad, impidiendo enajenaciones no permitidas.

Pero, entonces, solo deben poder inscribirse aquellas que sean realmente prohibiciones de disponer (verdaderas limitaciones por faltar en el disponente la facultad de disposición), y conforme a lo explicado *supra*, estas solo son las reales.

Parece entonces que todas las verdaderas prohibiciones de disponer deberían inscribirse en el Registro para ser oponibles a terceros, pero, conforme al artículo 27 LH, solo pueden inscribirse aquellas prohibiciones de disponer que ten-

gan su origen en actos o contratos a título gratuito, quedando, por tanto fuera, aquellas establecidas en un negocio o contrato a título oneroso.

La prohibición de inscripción de estas prohibiciones se debe a la limitación al tráfico inmobiliario que suponen, pues están contraviniendo la libre circulación de los bienes en las operaciones comerciales normales que son onerosas¹. En este sentido, la RDGRN de 19 de enero de 1963 afirmaba que las «prohibiciones de enajenar son tratadas con desfavor por las disposiciones legales, en cuanto que si en algunas ocasiones aparecen justificadas para el logro de ciertos fines lícitos, al sustraer a la circulación los inmuebles afectados, los hace poco aptos para el crédito territorial y crea, de otra parte situaciones confusas y por eso el artículo 26 LH en su párrafo tercero, establece que se harán constar en el Registro de la Propiedad solo las impuestas en testamento y demás actos, a título gratuito, siempre que la legislación vigente reconozca su validez». Este es el segundo de los argumentos para limitar la inscripción de las prohibiciones de disponer establecidas en negocios onerosos: la prohibición expresa por la Ley (arts. 26 y 27 LH)².

¿Y por qué los artículos 26 y 27 LH impiden la inscripción de las prohibiciones de disponer establecidas en negocios a título oneroso? Porque, como ya hemos dicho, no son verdaderas prohibiciones de disponer, si no obligaciones de no disponer. En efecto, el hecho de que no se inscriban se debe a que dichas «prohibiciones de disponer», al estar inmersas en un contrato oneroso, ya no son verdaderas prohibiciones de disponer, sino meras obligaciones de no disponer, por lo que su carácter obligacional, con eficacia solo *inter partes*, que no impiden o limitan la disposición eficaz de la finca a un tercero, les cierra las puertas del Registro de la Propiedad, conforme al artículo 98 LH.

Además, si se permitiera la inscripción generalizada de las prohibiciones de enajenar o disponer, establecidas tanto en negocios onerosos o gratuitos, se perjudicaría todavía más la circulación de los bienes, y se atentaría contra el crédito territorial, como ya hemos indicado, siendo entonces lo prudente, la interpretación e inscripción restringida de las prohibiciones de disponer, debido a su propio carácter restrictivo «por implicar un cercenamiento de la facultad dispositiva de los bienes» (RDGRN de 19 de enero de 1963). Además, no puede olvidarse que la propiedad se presume siempre libre de cargas o limitaciones por su carácter general, luego, en principio, las limitaciones a la facultad de disposición típica dominical deben interpretarse siempre de forma restrictiva. Esto conduce a exigir siempre en las mismas, como sigue afirmando la resolución citada, «un carácter temporal» y «una razón lícita»³ para su existencia, pues en otro caso, «constituyen tan solo una mera recomendación». Asimismo, parece desprenderse de dicha resolución, que esa razón lícita suele ser intentar tutelar o proteger a personas incapaces, menores o más desprotegidos, a los que se trata de impedir una disposición de esos bienes que perjudicaría sus patrimonios (CÁNOVAS COUTIÑO, 1963)⁴. Esa protección de personas más desfavorecidas suele implicar una relación personal o familiar con las mismas, cuando se les dona o deja por testamento determinados bienes, lo que justifica plenamente que solo sean admisibles las prohibiciones de disponer en negocios de ese tipo: a título gratuito. De igual forma esa razón lícita, causa que las justifique, o en definitiva, finalidad exigida en las mismas, ha sido normalmente interpretada como finalidad familiar, social, buscando siempre un interés de protección, de unidad familiar, de subsistencia familiar o económica, o hereditaria, etc., de las que se deduce, igualmente, de forma sencilla, el hecho de que se establezcan en negocios a título gratuito, fundamentalmente donaciones o testamento.

Por lo tanto, sí pueden inscribirse las prohibiciones de disponer en el Registro de la Propiedad, pero solo aquellas que lo sean realmente: las que tengan una razón que las justifica, con una limitación temporal establecida, y en consecuencia, solo las que se establezcan en un negocio a título gratuito.

Corresponde que analicemos ahora estos requisitos.

III. REQUISITOS DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Acabamos de decir que para la posible inscripción, y en consecuencia, verdadera existencia de auténticas prohibiciones de disponer, estas deben reunir tres requisitos, a saber, su temporalidad, la causa o finalidad que las justifique, y su accesoriadad a un negocio a título gratuito.

1. TEMPORALIDAD

Las prohibiciones de disponer no pueden ser perpetuas, sino que deben ser siempre temporales, deben tener un plazo máximo en el que se impida la enajenación pues, al contrario, supondrían una limitación del dominio, y contravendrían la libre circulación de los bienes.

Si las partes no establecieran dicha limitación, habría que aplicarles siempre los límites máximos del artículo 781 del Código Civil establecidos para las sustituciones fideicomisarias, para su validez. A falta de plazo establecido, su límite será de dos generaciones, no pudiendo sobrepasar este, ni configurando la prohibición de forma más extensa o confusa.

En este sentido, la STS de 13 de diciembre de 1991, afirma la necesidad de respetar el plazo máximo del artículo 781 del Código Civil en las prohibiciones de disponer establecidas, rechazándolo en este caso concreto por superar dicho plazo y quedar la prohibición indeterminada en cuanto a su duración. En concreto establece que «esta prohibición de disponer tenía dos límites en lo que a su subsistencia se refiere: Uno, de carácter subjetivo-temporal representado por el hecho de mantenerla hasta tanto que hubieren fallecido todos los herederos de los causantes, a cuyos efectos debe tenerse en cuenta por su trascendencia en orden a la citada prohibición, que entre tales herederos se incluye con derecho de sustitución a toda su descendencia legítima sin límites de grado: y otro, referido al supuesto de que todos los herederos, de común acuerdo, enajenaren dicho pozo-noria, supuesto este último que aquí no concurre.

A la vista de lo indicado, resulta evidente que en lo que al primero de dichos supuestos se refiere, la prohibición de disponer se presenta en principio sin determinación de tiempo ni de grado. La inclusión a título de sustitutos de los descendientes legítimos de los herederos iniciales de los causantes sin limitación alguna, hace de imposible determinación el momento en que dicha prohibición concluya lo que convierte en abstractamente perpetua la misma; a su vez ello implica un pasar de ese segundo grado que el artículo 781 del Código Civil, establece como límite para su validez».

Del mismo modo, la RDGRN de 25 de junio de 2013, recoge los requisitos que deben tener las prohibiciones de disponer para poder inscribirse en el Registro, y mantiene el Centro Directivo que: «la temporalidad es un requisito esencial para la validez de las mismas: son nulas las prohibiciones perpetuas y aun las temporales que impliquen una vinculación de los bienes más allá del

segundo grado. Así lo establece el artículo 785 del Código Civil. La prohibición de disponer que contravenga esta limitación adolece de nulidad toda ella. De esta manera no cabe inscripción en el Registro de la Propiedad de una prohibición de disponer perpetua, sin que el registrador pueda inscribirla tan solo con relación al periodo autorizado por el artículo 781 del Código Civil. No obstante, según los casos, la Ley y la jurisprudencia han optado por la nulidad parcial, entendiendo que la prohibición debe subsistir, si bien solo dentro de los límites autorizados (será nula en cuanto al exceso). En definitiva, las prohibiciones que excedan del límite del artículo 781 del Código Civil deben considerarse nulas en el exceso (*utile per inutile non viciatur*).

2. FINALIDAD O JUSTA CAUSA

La STS de 13 de diciembre de 1991 ya citada, confirma como requisito esencial, e indubitado, pues ya existe doctrina jurisprudencial asentada sobre el mismo, la necesidad de que la prohibición de disponer se imponga siempre por razones de finalidad o justa causa que la justifique, debido al carácter restrictivo que deben darse a las mismas, al limitar las facultades dominicales.

En este sentido, afirma lo siguiente: «De acuerdo con ello y al margen de las limitaciones que la Ley imponga, respecto de las cuales ha de estarse a lo que cada una de las normas limitativas del *ius disponendi* establezcan; proyectando la atención sobre las impuestas por la voluntad del particular o particulares, es de señalar que el más generalizado criterio doctrinal y centro de sus escasas manifestaciones también del jurisprudencial, nos indican, que siendo la prohibición de disponer un límite a una de las más normales y generalizadas facultades del *dominus*, la del *ius disponendi*, su interpretación ha de realizarse con criterio restrictivo y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por quien establece tal limitación, finalidad que puede ser de carácter social, familiar, etc.

Ejemplo de lo indicado puede contemplarse en la sentencia de esta Sala de 25 de junio de 1945. En la cual y entre otros pronunciamientos se declara la inadmisibilidad de los pactos de no enajenar concebidos en términos absolutos con base en el principio de que *pactum de non alienando res propria non valet*, siendo preciso, para su eficacia, que se inspiren en un interés digno de protección, a salvo, claro es, de las taxativas prohibiciones legales, criterio que puede también observarse en las Resoluciones de la DGRN de 30 de junio de 1913, cuando establece que tales pactos han de entenderse en su sentido literal y no pueden ampliarse, y en la de 21 de abril de 1949».

De igual forma, esta misma idea está presente en las RRDGRN ya mencionadas de 20 de diciembre de 1929, al exigir una causa o condición que justifique la voluntad del testador para imponerla, tal y como a su vez, exigen las SSTs, que recoge dicha resolución de 6 de febrero de 1894, en la que se afirma que «no confirió valor a una prohibición de vender, impuesta en testamento, porque no se había establecido “como condición, ni con expresión de causa, ni en tal concepto puede invocarse la voluntad del testador, que no es libre en cuanto no se oponga a las prescripciones legales”, y en la STS de 12 de enero de 1907, que reproduce la misma doctrina, por ser en el caso entonces discutido «desconocida la finalidad de la prohibición de enajenar»⁵; e igualmente en la RDGRN de 19 de enero de 1963, donde establece expresamente como requisito de validez de las prohibiciones de disponer, la necesidad de responder a «una razón lícita», como hemos recogido más arriba.

La necesidad de una causa o razón que justifique la sustracción del bien al tráfico jurídico es fundamental para entender esa prohibición de disponer, que no puede, en consecuencia, establecerse de forma indiscriminada.

3. ESTABLECERSE EN UN NEGOCIO A TÍTULO GRATUITO

Solo pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad las prohibiciones de disponer voluntarias establecidas en un negocio a título gratuito, tal y como ya hemos dicho, porque solo ellas son verdaderas prohibiciones de disponer de carácter real. Las establecidas en negocios a título oneroso, son meros acuerdos o pactos obligacionales, perfectamente válidos entre las partes, que obligan a no enajenar el bien sobre el que recaen, pero no son inscribibles, ni afectan a terceros, saldándose su incumplimiento con una indemnización de daños y perjuicios, pero sin posibilidad de recuperar el bien ya enajenado y en manos de un tercer adquirente.

Este requisito es consecuencia de la propia naturaleza y finalidad de las prohibiciones de disponer, y en consonancia con esta. La causa o fin que pretenden justifique su incursión en este tipo de negocios, en los que las partes no buscan una contraprestación típica de los negocios onerosos.

La necesidad de que así sea, además, está expresamente contemplada por la Ley, pues es el único requisito legalmente establecido (art. 27 LH), y se desprende también de la jurisprudencia existente.

Baste ver, por ejemplo, como la RDGRN de 19 de enero de 1963 establece que solo se harán constar en el Registro, «las impuestas en testamento y demás actos a título gratuito»; la RDGRN de 9 de octubre de 2008 al resolver sobre la posible inscripción de una prohibición de disponer en una compraventa sostiene que: «La interpretación de los artículos 26 y 27 LH es clara: se admite la posibilidad de registrar las prohibiciones de disponer cuando tengan su origen en actos a título gratuito, pero no si derivan en actos onerosos; no existe —ni autor alguno lo ha entendido así— contradicción alguna entre los artículos 13 y 27 LH, y la única forma de que una prohibición de disponer derivada de actos onerosos tenga acceso al Registro es, igualmente, asegurarla con garantía real». La resolución de 25 de junio de 2013 establece los tres requisitos que deben tener las prohibiciones de disponer para poder inscribirse, que coinciden con los aquí transcritos, y respecto del tercero de ellos, la accesoriedad, afirma que «la prohibición de disponer es siempre complementaria de otra figura jurídica. No cabe imponerla sobre los propios bienes sino que solo se imponen sobre aquellos que se transmiten a un tercero por herencia, legado o donación en el caso de las que se establecen a título gratuito. Su fundamento es la garantía de derechos o intereses legítimos de otras personas, distintos de los gravados por ellas».

La reciente RDGRN de 18 de diciembre de 2013, que como luego veremos, ha dado origen a este trabajo, se encarga de distinguir claramente la diferencia entre las prohibiciones de disponer establecidas en negocios gratuitos, de las mal llamadas prohibiciones de disponer en negocios onerosos: «Por lo demás, sus efectos son diferentes según procedan de actos a título oneroso o gratuito: las prohibiciones voluntarias establecidas en actos a título gratuito tienen eficacia real y, en caso de incumplimiento, producen la nulidad de los actos dispositivos que las contravengan (salvo que los constituyentes de la prohibición establezcan un efecto distinto para el caso de contravención). Por contra, las impuestas en actos a título oneroso no tienen eficacia real y su infracción solo provoca la

obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados. Por ello, su acceso al Registro está regulado de diferente forma según se trate de unas u otras». Esta resolución continúa subrayando, por tanto, el carácter puramente obligacional de las prohibiciones de disponer impuestas a título oneroso, y se plantea, como veremos a continuación, si también son obligacionales o no las impuestas en actos de causa mixta. Es decir, solo aquellas impuestas a título gratuito son verdaderas prohibiciones de disponer inscribibles.

IV. PROHIBICIONES DE DISPONER EN NEGOCIOS GRATUITOS, ONEROSOS Y DE CAUSA MIXTA

Realmente, y como hemos dicho en repetidas ocasiones a lo largo de este trabajo y acabamos de subrayar en el apartado anterior, solo son prohibiciones de disponer las establecidas en un negocio gratuito, y solo estas deben inscribirse.

Es determinante, entonces, como afirma la RDGRN de 25 de junio de 2013, «la importancia de la causa en el negocio que da lugar a la prohibición de disponer». Si son negocios a título gratuito se inscribirá, si son a título oneroso, en principio no, ¿y si son negocios de causa mixta? Lo analizamos a continuación.

1. PROHIBICIONES DE DISPONER EN NEGOCIOS A TÍTULO ONEROSO

Aunque la regla general sea que las prohibiciones de disponer deben establecerse en actos o negocios a título gratuito, de forma excepcional, alguna vez se ha permitido la inscripción de determinadas prohibiciones de disponer insertas en actos o negocios onerosos, porque, como afirma la RDGRN de 25 de junio de 2013, «pueden tener una razón que justifique su amparo por el ordenamiento jurídico».

Así, y de forma excepcional, siguiendo lo establecido en esta resolución, «existen supuestos que pueden esgrimirse en defensa de la posibilidad de prohibiciones de disponer admitidas excepcionalmente en actos a título oneroso; serían los siguientes casos: *a*) pacto de reserva de dominio en la venta con precio aplazado, no solo con relación a bienes muebles (expresamente admitido por la Ley 28/1998, de 13 de julio [RCL 1998/1740], de Venta a Plazos de Bienes Muebles, en su art. 15), sino también con relación a inmuebles. De hecho, la reserva de dominio está admitida por la jurisprudencia civil (sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 1958 y 19 de mayo de 1989 [RJ 1989/3778], entre otras) y toda reserva de dominio implica algo más que una prohibición de disponer: la privación de la facultad dispositiva en el comprador; *b*) prohibición de arrendar los bienes hipotecados. Así, este Centro Directivo ha aceptado la inscripción en el Registro de la Propiedad de los pactos por virtud de los cuales se prohíbe al deudor hipotecante constituir ciertos arrendamientos que pudieran disminuir notablemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula de estabilización de valor, o aquellos en los que la renta anual capitalizada a un tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más no cubra la responsabilidad total asegurada (cfr. art. 219 del RH y Resolución de 27 de enero de 1986 [RJ 1986/1002]). En este caso, el carácter oneroso de la constitución de la hipoteca no es impedimento para la admisión de una prohibición de arrendar, por entenderse que la razón justificativa de la prohibición (que es evitar la merma de la garantía) lo ampara; *c*) prohibición

de ejercicio de la acción de división por los comuneros, cuando está justificado, en aras de la permanencia de la comunidad dado el destino de la misma (es la llamada comunidad funcional, organizada y permanente para la explotación de garajes, que admitió la Resolución de 18 de mayo de 1983 [RJ 1983/969] en base a la primacía del título constitutivo); d) la imposición de prohibiciones de disponer en convenios reguladores de los efectos del matrimonio, que tienen carácter oneroso, en la medida que tienen por causa la contraprestación del otro cónyuge. Y a pesar de ello, puede estar justificada su estipulación, v.gr., en beneficio de los hijos menores; e) la propia previsión de prohibiciones de disponer en actos a título oneroso en Navarra (Ley 481 de la Compilación [RCL 1973/456 y RCL 1974/1077]) demuestra que no es conceptualmente rechazable su admisión en acto oneroso cuando existe razón justificativa suficiente».

En todo caso, la posibilidad de las prohibiciones de disponer en actos o negocios onerosos es sumamente excepcional, y se limita a los supuestos que establece esta resolución, no siendo posible su extensión a otros.

La regla general es, entonces, la necesidad de que se incorporen en actos o negocios gratuitos, rechazándose, en los demás casos.

2. «PROHIBICIONES DE DISPONER» EN NEGOCIOS DE CAUSA MIXTA

Quedaría por analizar si una limitación al *ius disponendi*, establecida en un contrato de causa mixta, puede inscribirse o no en el Registro, en definitiva, si es o no verdadera prohibición de disponer.

Este supuesto se analizó ya en la RDGRN de 19 de julio de 1973, donde se planteó si procedía la cancelación de una prohibición de disponer inscrita, como derecho obligacional al amparo del artículo 98 LH, al estar establecida en una compraventa de amigo o *negotium mixtum cum donatione*. Este negocio se caracteriza por tener una pluralidad de causas, en el que existe una causa onerosa: recíprocas prestaciones de cosa y precio, y una causa gratuita como es la liberalidad consistente en que el precio de la cosa sea inferior al de mercado. La Dirección General en esta resolución, en la que sí confirmó la causa mixta de la compraventa de amigo, consideró que debía aplicarse a ese negocio de causa mixta, los mismos requisitos y efectos que a los onerosos, no siendo procedente, por tanto, imponer en el mismo una prohibición de disponer. Es decir, por mucho que el negocio tenga causa mixta, y alguna de ellas sea gratuita, no puede excepcionarse la regla general de que se impongan en actos a título gratuito, y deben rechazarse a su inscripción.

Esta doctrina ha sido después consolidada y matizada en resoluciones posteriores. Por ejemplo, en la Resolución de 25 de junio de 2013, se planteó el siguiente supuesto: si es o no inscribible una prohibición de disponer o enajenar una finca, como consecuencia de una donación de dinero, hecha al propietario de la finca sobre la que se va a producir esa prohibición, en la que concurren las circunstancias siguientes: donante y donatario pactan que el segundo establece la prohibición de disponer y enajenar sobre la finca que adquiere con dinero suyo propio en parte y con el donado en otra parte inferior; la finca se adquiere el mismo día del otorgamiento de la donación, si bien en la escritura se detalla la descripción de la finca y se hace constar que la cantidad donada lo será para la adquisición de la citada finca; cuando la escritura de donación con la prohibición de disponer o enajenar se presenta en el Registro, ya está inscrita la citada finca a nombre de la donataria.

Ante estos hechos, el Centro Directivo considera, en primer lugar, que no se trata de un negocio con causa mixta, como lo fue en el caso de la resolución de 1973, antes comentada, aunque haya una conexión entre la donación y la compraventa realizadas. Esa conexión no hace que lo convierta en un acto a título gratuito que permitiera su inscripción. Si existiera esa conexión causal, esa causa común, sería un acto de causa mixta, y en consecuencia, no podría inscribirse la prohibición de disponer pretendida conforme a la doctrina del Centro Directivo, que aplica los mismos requisitos y efectos a los negocios con causa mixta que a los onerosos. Si no hay causa mixta, entonces, lo que hay son dos negocios, con dos causas distintas e independientes, sin causa común, por lo que habría que examinar aquel negocio en el que se establezca la prohibición de disponer, y comprobar que se refiera al bien que se grava, sobre el que se establece la prohibición de disponer. La prohibición de disponer se establece en la donación, pero el bien objeto de la misma es el dinero, distinto, por tanto, del bien que resulta gravado: la finca que se adquiere después por compraventa. El negocio por el que se transmite la finca, objeto de prohibición de disposición, es la compraventa. Luego, al ser este negocio (compraventa) oneroso, no cabe establecer en el mismo la prohibición de enajenar pretendida, ni en consecuencia su inscripción en el Registro. Ni tampoco, inscribir la prohibición de disponer del negocio gratuito (donación), porque el objeto del mismo es el metálico, no objeto de inscripción, ni bien gravado con la prohibición.

Es decir, se da un paso más: primero en cuanto a la consideración de un negocio con causa mixta; no por ser dos negocios conectados o relacionados, implica que su causa sea común y mixta. Y segundo, desechada la causa mixta, el Centro Directivo establece un nuevo criterio para la inscripción de las prohibiciones de disponer: que el que establezca la limitación sea el propietario del bien gravado, y que la limitación recaiga sobre el mismo bien que se pretende gravar, de forma que el bien gravado proceda del negocio gratuito de donación.

Esta resolución recoge lo que acabamos de explicar con la siguiente doctrina: «Centrándonos en el supuesto de este expediente, la limitación de la propiedad consistente en la prohibición de enajenar que se pretende establecer, procede de un negocio jurídico referido a un bien distinto de aquel sobre el que recae la prohibición. El negocio en el que se establece la prohibición es una donación de metálico; el bien que se grava procede de una compraventa que realiza el donatario aun cuando la hace con dinero en parte procedente de esa donación. Así pues, el bien que se grava no procede del testador o del donante a través del negocio de donación que la establece, sino que fue adquirido por el donatario de un tercero en virtud de un negocio distinto (compraventa). Aun cuando la literalidad del artículo 26.3 de la Ley Hipotecaria no lo impone ni se establece en el mismo de forma terminante que el objeto de la donación sea el bien sobre el que recae la prohibición o limitación, del citado artículo 26 se interpreta que el bien que se grava debe tener relación directa con ese testador o donante, de forma que el sujeto que la impone, el bien que se grava y el negocio del que resulta, deben constituir un triángulo inseparable. En otro caso, se recogen estas prohibiciones en el artículo 27 de la misma Ley: “que tengan su origen en actos o contratos no comprendidos en el artículo anterior...”, con efectos distintos.»

Abunda en esta tesis, y confirma esta doctrina la RDGRN de 18 de diciembre de 2013, al rechazar la inscripción de una prohibición de disponer, o limitación dominical establecida también en una donación de dinero hecha para comprar una finca concreta, sobre la que se limita su disposición, pero en la que se argumenta la subrogación real de la finca en la cantidad de dinero donada, para

justificar que se trata de un mismo negocio, con cambio de objeto, y que por tanto, pueda inscribirse la prohibición establecida en la donación, y eliminar, de este modo, el obstáculo que añadía la anterior resolución: la necesidad de que el bien el objeto de la donación sea el bien sobre el recae la prohibición o limitación, es decir, que el bien sobre el que se establece la prohibición y el bien gravado sean el mismo, y se establezca en la donación o contrato gratuito por el donante o testador.

Los hechos, parecidos a los de la anterior resolución, son los siguientes:

«Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada, de “donación y compraventa”, determinada persona, como única titular de la patria potestad sobre su hija menor de edad, compra un inmueble.

En la misma escritura, y como acto previo a la compra, la madre de la menor dona a esta la cantidad de tres mil euros (entregada mediante cheque bancario con cargo a una cuenta de la donante y a favor de una de las vendedoras), que se indica iba a ser empleado por la donataria en la compra que seguidamente se formalizaría, estableciendo la donante la prohibición de “que la donataria pueda disponer o gravar de lo donado, e incluso de lo adquirido utilizando el dinero donado, por actos *inter vivos*, sea a título oneroso, gratuito u otro, sin el consentimiento de la donante”. Asimismo, se añade que “la presente prohibición de disponer afecta a dicho dinero, y por el principio de ‘subrogación real’ a lo adquirido, haciendo uso de dicho metálico donado, prohibición de disponer que conforme al artículo 26 de la Ley Hipotecaria será inscrita en el Registro de la Propiedad...”.

Por último y en las estipulaciones de la compraventa se indica, respecto de la suma de tres mil euros (parte del precio), que se abona a la parte vendedora mediante un cheque, que es el mismo a través del cual la donante ha entregado la suma donada a la ahora compradora, “y por aplicación del citado principio de ‘subrogación real’ se hace constar que el porcentaje de propiedad del bien adquirido con dicho dinero donado queda afecto a la prohibición de disponer recogida en el expositivo I... El porcentaje afecto a esa prohibición de disponer... es de tres setenta y dos avas partes indivisas...”.

El registrador rechaza la inscripción de esta prohibición de disponer por entender que no existe subrogación real, y que por lo tanto, la limitación se establece sobre un bien distinto del donado, que se adquiere en negocio oneroso (compraventa), y que, en definitiva, se trata de dos negocios distintos, con diferentes causas, siendo el del bien gravado un contrato oneroso de compraventa: «por entender que las prohibiciones de disponer tienen regulado su acceso registral en la Ley Hipotecaria (arts. 26 y 27), admitiéndose su inscripción cuando tengan su origen en actos a título gratuito, pero no si derivan de actos o negocios jurídicos onerosos; y en el presente caso, si bien se invoca el principio de subrogación real para pretender el reflejo registral de la prohibición impuesta en la donación del metálico destinado por la donataria al pago de parte del precio del inmueble adquirido, lo cierto es que la donación de dinero y la compraventa del inmueble que constan en el mismo documento son dos negocios jurídicos distintos e independientes que recaen sobre objetos diferentes, y aunque por el citado principio la cuota de propiedad de la vivienda adquirida y afectada por la prohibición de disponer venga a sustituir en el patrimonio de la donataria el dinero donado, el título inscribible es el contrato de compraventa, de carácter oneroso, de tal modo que el acceso registral de la prohibición de disponer a través del mismo está prohibido por la legislación registral».

La Dirección General, después de examinar este caso, confirma la doctrina de resoluciones anteriores, entendiendo que no existe subrogación real, que no hay negocio de causa mixta, sino dos negocios independientes a pesar de que consten en un solo documento, y que la finca gravada se adquiere por compraventa, lo que hace imposible la inscripción del gravamen. Siendo distinto el objeto gravado de aquel que se establece en el negocio gratuito de donación, faltando la facultad de disposición sobre el mismo por el donante, al no ser su titular, impidiéndose por tanto la inscripción solicitada, pues difícilmente se puede limitar o privar de la facultad de disposición de un bien cuando ni siquiera se tiene.

En concreto afirma lo siguiente: «En el caso que ha motivado este expediente la limitación de la propiedad que se pretende establecer, consistente en una prohibición de disponer, procede de un negocio jurídico referido a un bien distinto de aquel sobre el que finalmente se pretende recaiga —con los referidos efectos registrales— tal prohibición. Y es que el negocio en el que originariamente se establece la prohibición es una donación de dinero y el bien (una participación indivisa de un inmueble) que se dice gravar finalmente con la prohibición, vía aplicación del principio de subrogación real, procede de una compraventa que realiza el donante en nombre del donatario (luego comprador) en su condición de representante legal, empleando dinero procedente de esa donación. Explicada así la situación, es evidente que lo que se pretende es que la prohibición recaiga sobre un objeto diferente (el inmueble) de aquel que originariamente fue propiedad del donante (el dinero donado), y tal donante del dinero carece de facultad dispositiva sobre el inmueble que adquiere para su representada, por lo que no puede imponer restricciones o limitaciones al dominio de un bien (el inmueble) del que jamás ha sido titular. Es irrelevante que ambos negocios jurídicos (la donación de dinero y la compraventa del inmueble) se formalicen en un mismo documento, pues se trata de dos negocios jurídicos diferentes, en tanto que recaen sobre objetos distintos, sin que pueda apreciarse la existencia de un negocio complejo, ya que no se refieren al mismo objeto y son modos diferentes de adquirir el dominio (cfr. arts. 609, 619 y 1461 a 1464 del CC), siendo también distintos los elementos personales que han intervenido —aunque en algún extremo coincidan—». Repite, a continuación la doctrina de la RDGRN de 25 de junio de 2013, en el sentido de que es necesaria la relación entre el bien donado, el gravado y el testador que la establece, conforme se desprende de los artículos 26 y 27 LH.

Y continúa subrayando, una vez más, la necesidad de que la prohibición se establezca en negocio gratuito, y por el propio transmitente a título gratuito del bien, afirmando que: «Ciertamente, resulta incontrovertible que en el supuesto enjuiciado no se está ante una limitación impuesta por el transmitente a título gratuito de un inmueble, sino decidida unilateralmente por quien dona dinero a su hija (estableciendo determinadas limitaciones que pretende se deriven ulteriormente a los subrogados de tal dinero), y acto seguido adquiere un inmueble, empleando el dinero donado como parte del precio, en nombre del primitivo donatario y ulterior comprador, como su representante legal, algo que por lo demás no es cuestionado en la nota de calificación... Pero ocurre que no se trata de resolver sobre la validez o nulidad del pacto, sino de determinar si este puede causar inscripción en el Registro con la pertinente eficacia respecto de terceros. Y si la prohibición procede de un acto a título oneroso o incluso de carácter mixto, sin perjuicio de su validez, no puede acceder al Registro en los términos establecidos por el artículo 26 de la Ley Hipotecaria, por lo que solo con hipoteca, u otra forma de garantía real, se podrá asegurar su cumplimiento, pues se incardina en el ámbito de lo obligacional, y la subrogación real no tiene como

resultado modificar el carácter o la condición jurídica de un bien, sino someter el bien nuevo a la afectación o a la obligación de restituir al que el bien anterior estaba sujeto».

Para cerrar su argumentación y confirmar que se trata de dos negocios distintos con diferentes objetos y en los que no puede producirse subrogación real, pues esta solo procede respecto de patrimonios generales y especiales o separados, pero no respecto de bienes singulares y concretos, desterrando así, definitivamente, la posibilidad de inscripción de la prohibición, señala que: «Por la subrogación real un bien nuevamente adquirido sustituye a otro en la situación jurídica o en ciertos caracteres jurídicos de otro.

No tiene como resultado modificar el carácter o la condición jurídica de un bien, sino someter el bien nuevo a la afectación o a la obligación de restituir al que el bien anterior estaba sujeto, por lo que actúa siempre, como ha quedado expuesto, respecto de los patrimonios generales y especiales o separados (si bien, en determinados supuestos la ley la contempla respecto de bienes singulares sujetos a un gravamen o vinculación concretos —cfr., entre otros, arts. 518, 519, 645, 650, 812, 1626, 1627, 1777, 1778 y 1897 del CC, 110.2.º de la LH, y 5 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, de 16 de diciembre de 1954—). Es así debido a que en los patrimonios prepondera la idea del valor económico de los mismos y lo que interesa es que el valor en cambio permanezca intacto, aunque no su expresión material, pudiéndose hablar de un fenómeno de transformación de bienes en su expresión física, material o económica. Y es que la subrogación real solo tiene razón de ser cuando puede oponerse a un tercero, o ser invocada por este, y su ámbito natural opera cuando el bien objeto de sustitución se halla sujeto a una afectación especial: a unos derechos de terceros sobre él, o a una situación singular del bien en el patrimonio del dueño. Si hay subrogación real, la sustitución de dicho bien no hace desaparecer la afectación que tenía, sino que la comunica al bien nuevo que queda sujeto a los derechos del tercero o incluido en el patrimonio especial del que salió el otro, y sin tal afección especial sobre el bien objeto de sustitución no puede hablarse de subrogación real.

Además, en puridad, la subrogación real tiene lugar con independencia de la voluntad de los sujetos intervinientes en las relaciones jurídicas que la producen, y supone que el titular del objeto enajenado o perdido adquiere automáticamente para su patrimonio un derecho sobre el objeto de la contraprestación en el mismo momento en que se produce la merma patrimonial, aunque el sujeto que actuó hubiera negociado en su propio nombre. Sin embargo, esto no sucede así en el caso de las situaciones jurídicas singulares, que no presuponen en absoluto la necesidad de sustitución de su objeto, ya que el patrimonio del que sale este no necesariamente corre el riesgo de desaparecer y su titular dispone de otros medios de protección de sus derechos».

Y concluye el Centro Directivo diciendo que, aunque en algún caso fuera posible una subrogación real pactada por los propios interesados, en el caso propuesto no procedería, ya que la prohibición no se pactó entre el que transmite el bien y el adquirente, sino que el bien procede de un tercero (vendedor), que no participa ni acuerda nada con el adquirente del bien sobre la misma, sino que es el propio adquirente (representante del menor) quien la impone, careciendo totalmente de facultad para ello, pues es «imprescindible que el transmitente que imponga la prohibición tenga poder de disposición sobre el bien transmitido, algo de lo que carece por completo el representante del que adquiere a título oneroso, lo que sitúa el supuesto en el ámbito meramente obligacional».

En definitiva: el negocio en el que se establece la prohibición (donación más compraventa en el mismo documento) no es un negocio mixto, y aunque lo fuera no podría inscribirse dicha prohibición por considerarse los negocios mixtos como si fueran onerosos a estos efectos. Se trata de dos negocios distintos, con diferente causa (gratuita el primero y onerosa el segundo) y aquel en el que se establece la prohibición tiene por objeto un bien distinto del gravado (dinero y finca), sin que quepa alegar que exista subrogación real, pues esta solo cabe en patrimonios generales y especiales o separados, por lo que se debe mantener la existencia de dos negocios distintos. Además, y en el raro caso de que existiera subrogación real pactada entre las partes (transmitente y adquirente), sería necesario que el transmitente que imponga la prohibición tuviera poder de disposición sobre el bien transmitido, lo que no se produce en este caso, y por lo tanto, dicha prohibición tiene un mero carácter obligacional y queda fuera del registro.

V. CONCLUSIONES

1. Las prohibiciones de disponer no son derechos reales, sino restricciones que, sin atribuir un correlativo derecho al beneficiado por ellas, limitan el ejercicio de la facultad dispositiva (*ius disponendi*) de su titular.

2. Hay que distinguirlas de las meras obligaciones negativas de no disponer; puesto que el incumplimiento de estas solo genera una indemnización por su infracción, sin que el tercer adquirente se vea obligado a devolver el bien adquirido, mientras que una prohibición de disponer supone privar al titular del bien gravado de dicha facultad, por lo que incumplida la prohibición, la transmisión efectuada será ineficaz, y el tercer adquirente vendrá obligado a la devolución del bien.

3. De este modo, se observa como las prohibiciones de disponer limitan o reducen el tráfico jurídico inmobiliario y la libre circulación de los bienes. Por eso deben ser siempre interpretadas de forma restrictiva.

4. En consecuencia, como solo son verdaderas prohibiciones de disponer las que tienen eficacia real, solo estas se pueden inscribir en el Registro de la Propiedad, y para ello, conforme a lo dicho en el punto 3, tendrán que cumplir los siguientes requisitos:

- Deben tener una duración limitada, sin que quepan prohibiciones de carácter perpetuo, y deberán someterse a los límites del artículo 781 del Código Civil.
- Siempre deben tener una causa que las justifique o finalidad que cumplir, de la que debe quedar constancia.
- Solo se inscriben aquellas limitaciones que se establezcan en negocios a título gratuito. No son verdaderas prohibiciones, y por tanto no pueden inscribirse las que deriven de actos o negocios onerosos (arts. 26 y 27 LH), si bien caben ciertas y limitadas excepciones a esto.

5. Nos planteamos si un negocio con causa mixta puede contener una prohibición de disponer, sin embargo, la jurisprudencia registral rechaza esta posibilidad, aplicando a los actos con causa mixta, los mismos requisitos y efectos que a los onerosos.

6. La existencia de dos negocios relacionados, e incluso otorgados en el mismo documento no implica que el negocio sea mixto (donación y compraventa),

lo que exige considerarlos como dos negocios distintos con causas diferentes. Así las cosas, el Centro Directivo establece un nuevo criterio para la inscripción de las prohibiciones de disponer: que el que establezca la limitación sea el propietario del bien gravado, y que la limitación establecida en el negocio gratuito recaiga sobre el mismo bien que se pretende gravar, de forma que el bien gravado proceda del negocio gratuito de donación.

7. En conclusión, para poder inscribir una prohibición de disponer, esta debe ser temporal, tener una finalidad o causa que la justifique, estar establecida en un negocio a título gratuito, y estar establecida por la persona que tenga facultad de disposición sobre el bien gravado, y que este bien, sea el derivado del negocio gratuito.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- SSTS de 6 de febrero de 1894; 12 de enero de 1907; 25 de junio de 1945; 10 de junio de 1958; 19 de mayo de 1989 y 13 de diciembre de 1991.
- RRDGRN de 12 de noviembre de 1913; 30 de junio de 1913; 9 de junio de 1914; 6 de julio de 1917; 20 de diciembre de 1929; 16 de junio de 1936; 21 de abril de 1949; 19 de enero de 1963; 4 de noviembre de 1968; 19 de julio de 1973; 18 de octubre de 1979; 18 de mayo de 1983; 27 de enero de 1986; 9 de octubre de 2008; 25 de junio de 2013 y 18 de diciembre de 2013.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CÁNOVAS COUTIÑO, G. (1963): «Comentario a la Resolución de 19 de enero de 1963», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 420-21, mayo-junio, págs. 411-415.
- COLECTIVO ACADEMIA ENRIQUE COLOMER (1991): «Novísima recopilación de algunas de las cosas que se han escrito en materia de cláusulas de escrituras de préstamos hipotecarios», en *BCNRP*, núm. 283, noviembre, págs. 2393-2394.
- GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. (2006): *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*, Madrid, CER.
- LUESO, L. R. (1930): «Comentario a la Resolución de 2 de diciembre de 1929», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, págs. 294-300.

NOTAS

¹ En este sentido, y aunque refiriéndose a las prohibiciones de disponer inmersas en un préstamo hipotecario, el Colectivo Academia Enrique Colomer, en su estudio, afirma que la cláusula de prohibición de disponer limita la libre circulación de la propiedad de forma caprichosa y sin ningún beneficio para el acreedor, cuya garantía no se altera en absoluto por la enajenación posterior; amén de que puede contradecir, dicha prohibición la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones del artículo 10.1.c) LDCU.

La DGRN ha rechazado muchas veces la inscripción de esas cláusulas por su falta de eficacia *erga omnes*, no pueden ser oponibles a terceros, porque eso supondría una limitación total al tráfico jurídico inmobiliario. En este sentido: RRDGRN de 12 de noviembre de 1913, 16 de junio de 1936, 6 de julio de 1917, 9 de junio de 1914, 4 de noviembre de 1968 y 18 de octubre de 1979, que afirma que «el pacto de no gravar ni enajenar el inmueble por el deudor sin el permiso expreso y escrito de la parte acreedora, carece de trascenden-

cia real y en consecuencia no debe tener acceso al Registro», 23 y 26 de octubre de 1987 rechazan igualmente «la prohibición de enajenar, gravar, arrendar o ceder el disfrute de la finca hipotecada».

² Artículo 26 LH: «Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas:

Primera. Las establecidas por la Ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio.

Segunda. Las que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de anotación preventiva.

Tercera. Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez».

Artículo 27 LH: «Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento».

³ Sobre la necesidad de razón o causa para establecer las prohibiciones de disponer, el TS ya en SSTs de 6 de febrero de 1894 y 12 de enero de 1907, lo afirmaba o exigía.

⁴ CÁNOVAS COUTIÑO, G. (1963), «Comentario a la Resolución de 19 de enero de 1963», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 420-21, mayo-junio, págs. 411-415.

⁵ Véase la RDGRN de 20 de diciembre de 1929, comentada por LUESO, L. R. (1930), «Comentario a la Resolución de 20 de diciembre de 1929», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, págs. 294-300.

1.4. Sucesiones

Comunidad conyugal y partición hereditaria:
la previa liquidación del régimen económico-matrimonial

*Hereditary partition and community property:
the previous allocation of matrimonial*

por

M.^a PAZ POUS DE LA FLOR
Profesora Titular de Universidad
Departamento de Derecho Civil de la UNED¹

y

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ
Profesora Titular Acreditada

RESUMEN: La partición pone fin a la comunidad hereditaria o conyugal atribuyendo a cada heredero o cónyuge la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados. De modo que la cuota abstracta previa al reparto, gracias a la partición se concreta, detalla y fija los bienes y derechos específicos correspondientes a cada cónyuge o heredero. Por tanto, la partición produce la extinción de la comunidad hereditaria, si bien en ningún caso comprende la mitad de la comunidad ganancial del cónyuge superviviente. En buena lógica, la partición hereditaria, si el causante está casado, requiere de la previa liquidación de la comunidad conyugal para la determinación de los bienes de titularidad del fallecido.

ABSTRACT: *The partition end to the hereditary or married community attributing the exclusive property of the asset allocation. So, the previous abstract quota to the allotment, whit the partition the somethings and rights corresponding to each. The partition produces the extinction of the legacy community, in any case understands half of the married's survivor community ganancial. The hereditary partition, if one is married, requires of the previous allocation of the matrimonial property for the determination of the things of the deceased's.*

PALABRAS CLAVE. Sucesiones; Partición; comunidad conyugal.

KEY WORD: *Legacy; partition, communal property.*

SUMARIO: RESUMEN.—PALABRAS CLAVE.—I. LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL Y PARTICIÓN HEREDITARIA: ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES: 1. LA NECESARIA DIVISIÓN PREVIA DE LA COMUNIDAD CONYUGAL. 2. DIVISIÓN DE PATRIMONIOS Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL: LA PARTICIÓN TESTAMENTARIA PRACTICADA POR LOS CÓNYUGES. 3. DIVISIÓN JUDICIAL DE HERENCIA Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL. 4. LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES Y PARTICIÓN HEREDITARIA COMO ACTOS SEPARADOS: LA DOCTRINA DE LA DGRN. 5. NULIDAD DE PARTICIÓN HEREDITARIA POR LA INCLUSIÓN DE

BIENES GANANCIALES EN LA HERENCIA DEL CÓNYUGE FALLECIDO SIN HABER LIQUIDADADO LA SOCIEDAD CONYUGAL. 6. EXCEPCIONES A LA EXIGENCIA DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y LA NECESARIA PARTICIÓN HEREDITARIA: TRANSMISIÓN DIRECTA DE DERECHOS A LOS HIJOS DEL PRIMITIVO CESIONARIO.—II. PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE LIQUIDACIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL: 1. LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN EN EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES: INVENTARIO Y AVALÚO. 2. LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN EN EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN. 3. LEGITIMACIÓN Y CAPACIDAD PARA ACTUAR. 4. EL SUPUESTO DE LOS BIENES RESERVABLES.—III. TRAMITACIÓN ACUMULADA DE LA DIVISIÓN DE LA HERENCIA Y LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL Y PARTICIÓN HEREDITARIA: ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES

1. LA NECESARIA DIVISIÓN PREVIA DE LA COMUNIDAD CONYUGAL

La sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de enero de 2012, recapitula los efectos de la partición hereditaria y sus consecuencias con ocasión de una disputa entre coherederos, siendo uno de ellos el que alega infracción del artículo 1056 del Código Civil en lo que a la partición se refiere². En puridad, en el asunto de autos, cada uno de los progenitores, en sus respectivos testamentos, «otorgan a determinados hijos la legítima estricta, o la mejora y establecen legados de parte alícuota e instituye herederos “por partes iguales” a algunos de los hijos». Desestimada, por no ser aplicable al caso la partición hecha por los testadores, el ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ fija los términos de la partición: «es la extinción de la comunidad hereditaria mediante la división y adjudicación del activo de la herencia, especificando cuotas abstractas en derechos concretos, sustituyendo las cuotas o derechos que tienen los coherederos en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se adjudican; la partición especifica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero. Así se expresan las SSTs de 21 de mayo de 1990 (carácter de especificativa o determinativa de derechos...), 5 de marzo de 1991 (convertir el derecho abstracto en titularidades concretas...), 3 de febrero de 1999 y 28 de mayo de 2004 (la partición especifica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero: es la teoría sustitutiva o especificativa de la partición...) y 12 de febrero de 2007»³.

Por su parte, la mejor doctrina deduce los caracteres de este conjunto de operaciones o judicial que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas del contenido de la herencia, como acto jurídico, necesario, irrevocable y de naturaleza declarativa⁴. En buena lógica, con su práctica cesa la comunidad hereditaria y el derecho abstracto de los coherederos en la herencia, de modo tal que se transforma en derecho concreto sobre los bienes adjudicados a cada uno.

En este sentido, la práctica de la partición reclama otra división patrimonial como es, en su caso, la liquidación del régimen económico-matrimonial de gananciales y participación. De *facto*, aunque pueda ser concebida como actividad integrada en el conjunto de operaciones particionales, en sentido estricto, se trata de actos jurídicos distintos e independientes.

En cuanto al derecho ritual de aplicación en la actualidad, hemos de remitirnos a los procedimientos judiciales especiales sobre la división patrimonial previs-

tos por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, en sus artículos 782 a 811. Esta sistemática, en sentido estricto, conforma, una trípode de procedimientos, voluntario 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 tercero⁵.

2. DIVISIÓN DE PATRIMONIOS Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL: LA PARTICIÓN TESTAMENTARIA PRACTICADA POR LOS CÓNYUGES

La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de julio de 1986, ventila un asunto en que la partición hereditaria fue practicada por los propios testadores en sus respectivos testamentos y determinando cuáles son sus efectos. Por su parte, la sentencia de instancia declaró en su momento, que la partición hecha por los fallecidos cónyuges, progenitores de los litigantes en sus respectivos testamentos era válida y eficaz, condenando «a los demandados a estar y pasar por ella, a que formalicen el correspondiente cuaderno que recogiendo las adjudicaciones realizadas por las partes con todos los datos que sean necesarios complementar, pueda ser elevado a escritura pública y a que los herederos entreguen a cada adjudicatario los bienes de sus respectivos lotes e hijuelas».

La mencionada resolución confirma la de instancia, desestimando el recurso de casación, «estructurado en tres motivos, todos al amparo del ordinal primero del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil en su redacción anterior a la reforma, invocándose en el primero de ellos la infracción, del artículo 1068 del Código Civil, pues, a su entender, si bien existen unos testamentos de los padres en los que se distribuyen unos bienes entre los hijos, sin embargo, no se ha procedido a la liquidación formal de la herencia que implica el inventario de los bienes, derechos y deudas, así como de los gastos, por lo que al atribuir la sentencia la titularidad de unos bienes a unos herederos por mero testamento, se infringió el citado artículo 1068 que requiere, para la atribución dominical de los bienes adjudicados, la partición legalmente hecha; motivo que no puede prosperar, pues si el artículo 1056 del mismo cuerpo legal, admite como una de las posibles formas de hacer la partición, la que de sus propios bienes realice el testador y a la que atribuye fuerza vinculante —“se pasará por ella” dice el precepto—, es indudable que *sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial practicada por los propios herederos o por albaceas o partidores, es decir, sus efectos son los de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075 en relación con el 1056, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador y sin perjuicio, también, de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde el momento de la muerte del testador».

De modo que el principal efecto de la partición del efecto es el de atribuir a cada heredero la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados, por lo que con razonamientos expuestos «llevan al rechazo del segundo motivo en el que se de-

nuncia la infracción del mismo artículo 1068, pues si bien es cierto, como afirma el recurrente, que ni el testamento ni la declaración de herederos *abintestato* son por sí solos títulos suficientes para reivindicar bienes concretos y determinados y ello porque tales títulos solo confieren un derecho abstracto sobre el patrimonio relicto que permanece en indivisión, no es menos cierto que una vez practicada la partición aquel derecho abstracto se transforma en un derecho concreto sobre los bienes que a cada heredero se le hayan adjudicado, ostentando a partir de dicha adjudicación una titularidad ordinaria, como la que puede corresponderle sobre bienes integrados en su patrimonio por cualquier otro título adquisitivo, y en el caso de *litis*, como se acaba de decir, la partición hecha por el testador en su testamento, lo mismo que la practicada por cualquiera otra forma admitida en derecho, produce el efecto de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados, propiedad exclusiva que faculta para el ejercicio de cualquiera acción reivindicatoria».

Por su parte, el Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, permite que la liquidación de la sociedad conyugal pueda ser practicada por el comisario y el cónyuge viudo, sin intervención de los herederos. Y así, en el *Capítulo III. Partición por contador-partidor*, la Ley 340 sobre las facultades atribuidas determina: «El causante, en cualquier acto *mortis causa*, podrá nombrar uno o varios contadores-partidores, quienes, salvo lo que aquel hubiese establecido, tendrán facultades para realizar por sí solos la partición de la herencia, liquidar en su caso con el cónyuge viudo la sociedad conyugal, y todas las demás necesarias para la partición de los bienes del causante o para intervenir en la división de bienes a los que aquel tuviere derecho. El testador podrá facultar al contador-partidor para que, sin necesidad de intervención ni aprobación judicial de la partición, pueda adjudicar todo o parte de los bienes hereditarios a alguno o algunos de los herederos y disponer que la cuota de los restantes sea pagada o completada en dinero»⁶.

3. DIVISIÓN JUDICIAL DE HERENCIA Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

La división de herencia y la liquidación del régimen económico-matrimonial están contempladas en sede de división judicial de patrimonios, como procedimientos especiales⁷. Ambos tienen como objeto la división y reparto de un patrimonio común cuando sus titulares no resuelven por sí el modo de practicarlo. Por tanto, el presupuesto preliminar es el disenso entre los interesados, por lo que en buena lógica y en principio se ventilarán en sede judicial. Adicionalmente, concurre la nota de universalidad, pues se dirigen a la totalidad de un patrimonio, y no sobre bienes o derechos delimitados.

Para efectuar la partición es preciso tener en cuenta y aplicar los preceptos del Código Civil, relativos a las sucesiones⁸ (legítimas, mejoras, legados...), y en su caso, los relativos al régimen económico-matrimonial de bienes⁹ (liquidación de la sociedad de gananciales o del régimen de participación), aunque, en la *praxis*, las operaciones particionales, como agudamente subraya el profesor LASARTE (2013), «viene impuesta más por la tradición forense y por la lógica de las cosas que por prescripciones concretas del Código Civil o de las Leyes de Enjuiciamiento Civil»¹⁰.

Prueba de ello es que básicamente las operaciones particionales, en uno u otro caso, se concretan en la elaboración del inventario, avalúo, liquidación, adjudicación y división propiamente dicha, y en el caso de la partición hereditaria, también, habría que añadir a este conjunto de actuaciones, la colación¹¹. Así lo especifica el Código Civil cuando afirma en el artículo 1410, que en todo lo no previsto para la sociedad de gananciales «sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y ventas de los bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia».

La razón jurídica que sustenta este procedimiento especial es la de dividir entre varias personas un patrimonio conjunto. De ahí que el legislador optase por un procedimiento idéntico en sus rasgos generales: ambas operaciones se practican en un documento encabezado, usualmente, con los datos de los intervinientes, títulos en virtud de los que actúan, relación de bienes y derechos que comprende la masa patrimonial, enumerados y valorados para el inventario del activo y del pasivo, y con ello, fijar los lotes y las correspondientes adjudicaciones¹².

Por su parte, los autores clásicos¹³ solían incluir la división de la comunidad conyugal en la fase de liquidación; sin embargo, en la actualidad la doctrina científica y jurisprudencial antepone la liquidación conyugal a la partición hereditaria, por cuanto deben considerarse como dos actos jurídicos distintos e independientes¹⁴.

Ahora bien, cuando concurren bienes inmuebles, estas operaciones particionales suelen realizarse en escritura pública notarial e incluir ambas en un único documento denominado «escritura de liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia»¹⁵. Ambos procesos siguen una línea común al exponer en la escritura los datos relativos al inventario y avalúo de todos los bienes, diferenciando los gananciales de los privativos, los remanentes y la adjudicación de bienes en lotes o hijuelas. Desde esta perspectiva material, la liquidación del régimen económico-matrimonial no es más que una parte integrante de la partición de la herencia. Empero, el Código Civil, al regular el régimen jurídico de liquidación de la sociedad de gananciales en los artículos 1396 a 1410, lo aborda como instituto de naturaleza propia e imperativa. Constituye un elemento preliminar para la división de la herencia e independiente de la partición hereditaria. En resumidas cuentas, la liquidación de la sociedad de gananciales y partición hereditaria son distintos y relativos a patrimonios diferentes¹⁶.

4. LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES Y PARTICIÓN HEREDITARIA COMO ACTOS SEPARADOS: LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

En este punto, para la DGRN la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición hereditaria son actos jurídicos separables, de antecedentes y consecuencias distintas. La RDGRN, de 2 de febrero de 1960, ya afirmaba que: «No debe confundirse la liquidación de la sociedad conyugal con la partición de la herencia, *porque son operaciones distintas y no recaen sobre los mismos derechos*, toda vez que la primera se trata de determinar las aportaciones de ambos cónyuges al matrimonio, satisfacer las deudas y cargas de la sociedad conyugal y proceder a la división de haber partible, transformando la cuota ideal de cada interesado en otra real y efectiva, mientras que la segunda sirve de cauce para adjudicar el caudal hereditario del difunto a través de una serie de operaciones, si bien suele coincidir aquella liquidación con la partición de los bienes de uno de los cónyuges».

Más recientemente, la RDGRN, de 2 de agosto de 2012, sostiene: «En las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales —que son de carácter necesariamente previo para la determinación del caudal relicto— tienen, evidentemente, intereses contrapuestos la viuda y los herederos del cónyuge difunto. Esta oposición se da en la misma determinación por inventario de los bienes que son gananciales, pues en su formación se plantea un problema de determinación de masas patrimoniales que no viene resuelto mecánicamente, pues la presunción de gananciales no es indestructible».

En la RDGRN de 10 de noviembre de 2011, el registrador denegó la práctica de la inscripción porque, a su juicio, era necesaria la liquidación de la sociedad de gananciales para completar el proceso particional y acompañar el inventario de todos los bienes hereditarios. Declara de forma prístina que «en la escritura no se procede a la previa liquidación de la sociedad de gananciales, a pesar de que el fallecido estaba casado en gananciales con la viuda otorgante, como se reconoce en el propio documento. Tampoco se hace inventario total de los bienes de la herencia, ni de las deudas o elementos del pasivo, sino tan solo se dice que *entre otros* los bienes relictos son los siguientes..., y se describe la finca. Por tanto, como es evidente, no puede entenderse realizado el avalúo total de los bienes y cargas de la herencia».

Finalmente la RDGRN concluye: «Además, la partición debe ir precedida de la liquidación de la sociedad de gananciales, como condición indispensable para determinar el haber partible, y ello aunque solo afecte a *bienes privados*»¹⁷. Es doctrina consolidada que liquidación de gananciales y partición hereditaria son dos negocios jurídicos independientes; incluso aunque se practiquen en un único documento o escritura, y de forma conjunta los inventarios, resulta preciso determinar y diferenciar claramente cuáles son los bienes y derechos imputables a un haber o a otro para posteriormente proceder al reparto o liquidación del haber hereditario.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene idéntico criterio sobre la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición hereditaria como actos jurídicos distintos¹⁸. La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2012, siendo ponente Encarnación ROCA TRIAS, desestima el recurso de casación en el que se alegaba la innecesariedad de liquidar la sociedad de gananciales conjuntamente con las operaciones particionales, cuando se atribuyen a los herederos los derechos correspondientes al causante en dichos bienes¹⁹: «La partición tiene como objeto las titularidades de la herencia, aunque no se dividan materialmente, por tanto, se efectúa una división jurídica, que no debe ser necesariamente una división material. Cuando el matrimonio del causante se había regido por el régimen de gananciales, se suele proceder a la división de la sociedad, lo cual obliga a dividir y liquidar a su vez dos comunidades. La razón se encuentra en que hay que determinar, a los efectos del artículo 650 del Código Civil, cuál es el objeto de la herencia, es decir, los bienes, derechos y obligaciones del causante que no se extingan con la muerte. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que en las titularidades que integran el caudal relicto se encuentra la cuota que el causante casado ostentaba en la sociedad que se ha extinguido con su muerte, de modo que como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, cuando se produce el supuesto que determina la disolución de la sociedad, se transforma en una comunidad por cuotas sobre todos y cada uno de los bienes gananciales. Por ello serán dichas cuotas las que formarán parte del patrimonio relicto, a pesar de que no se haya procedido a la disolución de los gananciales. Esta regla no es imperativa, de modo que la no liquidación previa de los gananciales no comporta la nulidad de

la partición realizada, cuando de las circunstancias concurrentes pueda identificarse el objeto de la partición, es decir, el caudal relicto. Este supuesto concurre en el presente litigio, ya que: 1. Existe una única finca ganancial... 2. En virtud de la transformación de la comunidad de gananciales en comunidades por cuotas a consecuencia de la finalización de la sociedad, lo único que puede atribuirse es el derecho que la causante ostenta en dicha comunidad subsistente entre el cónyuge superviviente y los tributarios de este derecho en la partición. 3. Aunque no se haya partido la sociedad, se cumple con atribuir el derecho que tiene el difunto en los bienes gananciales, porque esto es lo que tiene en su patrimonio. 4. (...) porque ninguna disposición en el Código Civil exige la previa liquidación de los gananciales, que normalmente existiría, pero puede no coincidir con la de la herencia. 5. Las sentencias que se aportan como infringidas no imponen esta liquidación... ninguna de ellas se ajusta al actual litigio, en el que la albacea contadora-partidora se ha limitado a adjudicar la parte correspondiente a los derechos que se ostenten en la sociedad de gananciales, con lo que el caudal hereditario está definido...»²⁰.

5. NULIDAD DE PARTICIÓN HEREDITARIA POR LA INCLUSIÓN DE BIENES GANANCIALES EN LA HERENCIA DEL CÓNYUGE FALLECIDO SIN HABER LIQUIDADADO LA SOCIEDAD CONYUGAL

La sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2006, resuelve un recurso decretando la nulidad de la partición, dada la ausencia de la previa liquidación de la comunidad de gananciales: «El verdadero fondo, *quaestio iuris*, ha sido resuelto correctamente por las sentencias de instancia... la nulidad de la partición por falta de la previa liquidación de la comunidad de gananciales es incuestionable. La partición produce la extinción de la comunidad hereditaria mediante la división y adjudicación a los coherederos del activo de la herencia, tal y como prevén los artículos 1051 y siguientes del Código Civil, la cual, como dice el artículo 659, comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, es decir, que no se comprende la mitad de la comunidad ganancial que corresponde al cónyuge superviviente. Tal y como precisa la sentencia de esta Sala de 7 de septiembre de 1998: el objeto de una partición hereditaria solo puede recaer sobre los bienes de la exclusiva propiedad del testador; y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son; y así se proclama en la emblemática RDGRN de 13 de octubre de 1916, cuando, entre otras cuestiones, establece que es necesario que los bienes distribuidos en una petición testamentaria sean propios del causante. Hacerlo, mezclando bienes privativos y gananciales, no es otra cosa que incluir bienes ajenos al patrimonio del causante»²¹.

Ahora bien, cuestión distinta es dilucidar la naturaleza imperativa de la liquidación de la sociedad de gananciales como acto previo a partición hereditaria, avalada por un sector doctrinal²², y no compartida de forma unánime por la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal. La sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2009, desestima el recurso interpuesto por la actora alegando la necesidad de disolver la sociedad de gananciales como paso previo a la distribución de la herencia, cuando se ha procedido a la liquidación y partición de la herencia entre ella y los herederos, y para ello concluye «que la liquidación de la sociedad de gananciales ya había sido consentida por los legitimados para ello, es decir, la viuda y los herederos del cónyuge fallecido, sin que se niegue la necesidad de disolver la sociedad de gananciales para distribuir la herencia del cónyuge fallecido entre sus herederos. En definitiva, mantiene que concurrieron los elementos esenciales para la validez del acuerdo por el que se liquidó la sociedad conyugal, a

saber consentimiento, objeto y causa», y la RDGRN, de 20 de julio de 2001, corrobora que «se exceptúa el caso de que se parta de la herencia de ambos cónyuges y todos los bienes inventariados sean gananciales».

La sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 1997, estima el recurso interpuesto y casa la sentencia, toda vez que procede la nulidad de la partición por no haberse practicado previamente la liquidación del régimen económico-matrimonial. Declara la resolución que: «Interpuesto recurso de casación por don Pedro U. R. y don Emilio U. A., su primer motivo alega infracción de los artículos 659 y 661 del Código Civil en armonía con el artículo 1261.2, del mismo texto legal; argumenta que en el pretendido cuaderno particional de 3 de marzo de 1951 se han incluido como bienes privativos del causante don Benito U. B., bienes de carácter ganancial. Dice la sentencia de 14 de febrero de 1989 que “como tiene declarado esta Sala en sentencias de 25 de febrero de 1966 y 23 de marzo de 1968, son aplicables a la partición las reglas relativas a la nulidad de los negocios jurídicos, dado que se trata de una actividad de hecho y jurídica equiparable, claro es que tiene aplicación la normativa contenida en el artículo 1261 del Código Civil, y por tanto la precisión de objeto cierto, que no se da cuando como aspecto determinante de lo que ha de ser objeto de partición se comprenden bienes del causante con alteración fáctica y jurídica del concepto atributivo de su domicilio, dando como común del matrimonio integrado por la causante lo que se reconoce privativo en él, generando en consecuencia en el acto particional un negocio jurídico de índole contractual celebrado no válidamente, que en virtud de lo que en el artículo 1290 del Código Civil, no conduce a la solución de rescisión, que requiere contemplación de negocio jurídico contractual válido, sino de nulidad, cual acoge la sentencia recurrida, surgida de tal defecto en el objeto, con el efecto que previene el artículo 1300 del referido cuerpo legal sustantivo”; en parecidos términos, afirma la sentencia de 7 diciembre de 1988 que “el principio general de que nadie puede transmitir o disponer de aquello que no es suyo (*nemo plus iuris transfert quam habet, nemo dat quod non habet*) tiene su plasmación concreta en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que a la sucesión hereditaria en general se refiere, en el artículo 659 del Código Civil, que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integran su patrimonio y que no se extingan por su muerte y por lo que a la testamentaria en particular concierne, en los artículos 667 y 668 del mismo cuerpo legal, que facultan a toda persona a disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos, a título de herencia o legado. Asimismo, como aplicación más concreta de dicho precepto general, la partición que, como una más de las clases o formas de partición hereditaria, puede hacer el testador, conforme al artículo 1056 del mismo Código Civil, presupone necesariamente que se refiera a bienes que formen parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto cuando habla de la *partición de sus bienes*, sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia, como ya tiene declarado esta Sala —sentencias de 20 de mayo de 1965, 17 de mayo de 1974 y 5 de junio de 1985—”, sentencia que es citada por la de 18 de marzo de 1991 reiterando ese criterio de nulidad».

Continúa la resolución que: «Acreditado en autos que las fincas litigiosas atribuidas a doña Natividad Gorgonia U. R. en la partición de la herencia de su padre don Benito U. B. realizada el 3 de marzo de 1951, fueron adquiridas por el causante en estado de casado con doña María R. M., sin que conste acreditado que regía entre ellos otro régimen económico que no fuera el de la sociedad de gananciales y no constando tampoco el carácter privativo del precio pagado por dichos inmuebles no podrán incluirse en el caudal relicto por don Benito, dado su carácter

ganancial; de ahí que la partición realizada en 3 de marzo de 1951 adolezca de un vicio de nulidad al comprenderse en ella bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales habida entre el causante y su esposa y no habiéndose procedido a la previa disolución del régimen económico-matrimonial, resultando infringidos los artículos 659, 661 y 1261.2.º, del Código Civil que se citan en el motivo que debe ser acogido».

En cualquier caso, es opinión unánime y pacífica entre doctrina científica y jurisprudencial, que con la partición se pone fin a la comunidad hereditaria o conyugal confiriendo a cada heredero o cónyuge la propiedad exclusiva de los bienes que se le adjudiquen. De manera que la cuota abstracta previa al reparto, queda concretada gracias a la partición que detalla y fija los bienes y derechos específicos correspondientes a cada cónyuge o heredero. Por tanto, mientras no se efectúe la partición por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, no adquirirán los herederos la propiedad exclusiva de cualquier bien hereditario, tal y como indica el artículo 1068 del Código Civil²³.

6. EXCEPCIONES A LA EXIGENCIA DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y LA NECESARIA PARTICIÓN HEREDITARIA: TRANSMISIÓN DIRECTA DE DERECHOS A LOS HIJOS DEL PRIMITIVO CESIONARIO

En la sentencia de 14 de junio de 1994 de la Audiencia Provincial de Sevilla, se ventila una interesante excepción a este régimen de liquidación previa: «Ciertamente es que el núcleo esencial del que parte la debida solución al problema jurídico que la acción divisoria ejercitada plantea, y que ejercitan los hermanos don Manuel, don Francisco y don José Z. M. frente a sus hermanos doña Dolores y don Antonio, es la “determinación de la titularidad *pro indiviso* de todos ellos sobre la finca litigiosa”, presupuesto sustantivo ineludible para que tal acción divisoria prospere. Y cierto es también que el núcleo esencial de la posición de los demandados radica en “negar dicha titularidad, por entender que, habiendo sido adquirida dicha vivienda por el padre común, en estado de casado, y tratándose pues de un bien ganancial, es preciso que previamente se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales de los padres, fallecida ya la madre común, y a la división o participación hereditaria del caudal yacente”, para determinar así la titularidad de los litigantes sobre la finca adquirida del Ayuntamiento de Carmona. La sentencia impugnada hace un espléndido estudio de tal problemática, si bien no es dado aceptar de “personalísimo” el derecho que asistió al padre adquirente sobre la vivienda de protección oficial adquirida, pues no es este el problema jurídico sino el que se expone a continuación. En efecto: el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Carmona, con fecha 4 de octubre de 1991, acuerda ceder a los coherederos del señor Z., el derecho de propiedad sobre el inmueble, o lo que es lo mismo, las expectativas de acceso a la propiedad que la adquisición de una vivienda de protección oficial lleva implícita, de acuerdo con la legislación aplicable al contrato de cesión a plazos de 1 de octubre de 1969, y que está constituida por el Decreto de 24 de julio de 1968 modificado por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1976. En consecuencia, la cesión operada es perfecta en virtud del principio de que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan al cumplimiento de lo estrictamente pactado y a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley” (art. 1258 del CC). Lo que además, autoriza a afirmar que, pagada la totalidad del precio por los coherederos, la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato de cesión transforman en consumada

la cesión operada, con independencia total de si se ha otorgado o no la escritura pública convenida en el contrato primitivo, cuya falta no puede provocar en ningún caso la nulidad que por otra parte no se ha solicitado formalmente en ningún procedimiento. Es patente que en el caso enjuiciado “se ha operado, en primer lugar, una renuncia expresa del señor Z., padre de los litigantes, a sus derechos sobre la vivienda litigiosa, y en segundo lugar, una transmisión directa de tales derechos del Ayuntamiento de Carmona seguía siendo propietario dominical de la finca litigiosa y en consecuencia podía transmitir plenamente sus derechos sobre tal inmueble a los hijos del señor Z., previa renuncia de éste”. Hay por consiguiente una situación civil de “comunidad o copropiedad *pro indiviso*”, cuya disolución autoriza sin ambages el artículo 400 del Código Civil. No puede hablarse, por consiguiente, de situación de indivisión que dependa de una situación de herencia yacente indivisa, que, de existir provocaría la previa liquidación por muerte de la madre, de la sociedad conyugal y la necesaria partición hereditaria. Cierto es que “una vez disuelta la sociedad de gananciales y en tanto se ultima su liquidación, no puede afirmarse que la propiedad de cada uno de los concretos bienes que la integran corresponda a los cónyuges por cuotas indivisas, de las que puedan disponer separadamente; persiste por tanto autonomía patrimonial de esta masa activa, lo que trasciende a las titularidades singulares sobre los distintos elementos del activo, las cuales si bien se imputan directamente a ambos esposos, quedan sujetas a un régimen específico de gestión y disposición basado en la unanimidad, y habrá de esperarse a la realización de la pertinente liquidación para la determinación de los derechos que sobre cada uno de los bienes singulares corresponderán a cada esposo” (RDGRN de 8 de julio de 1991). Pero no es menos cierto que esta doctrina opera en los casos de situación de liquidación pendiente, mas no “cuando la transmisión de los derechos se ha producido directamente desde el Ayuntamiento propietario a los hijos del adquirente, previa renuncia de éste a las legítimas expectativas que sobre la vivienda adquirida pudieran corresponderle. No hay nada que liquidar ni nada que repartir, puesto que, repetimos, la problemática jurídica que este pleito ofrece no dependa de situación alguna de indivisión hereditaria, lo que de producirse haría aplicable el artículo 1068 del Código Civil, sino de una transmisión directa de derechos a los hijos del primitivo cesionario”. En consecuencia, de todo lo anteriormente expuesto procede, con desestimación en parte del recurso, la revocación también en parte de la sentencia impugnada, pues la Sala entiende que, reducida la problemática del caso enjuiciado a un tema específicamente jurídico, la complejidad del caso en el contexto familiar en que las pretensiones se desenvuelven, han de reputarse como expresivas de circunstancias excepcionales que autorizan a la Sala para no hacer un pronunciamiento expreso de las costas de la primera instancia, aplicando en consecuencia el párrafo 2.º del artículo 523 de la LEC, y revocando en este solo extremo la sentencia impugnada; confirmándola en todo lo demás».

II. PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE LIQUIDACIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

Teniendo en cuenta las apreciaciones precedentes, el procedimiento especial de liquidación previsto en los artículos 806 a 811 de la LEC, resulta aplicable a cualquier tipo de régimen económico-matrimonial que «determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones». Por tanto quedan incluidos los generales del Derecho Común, como la

sociedad de gananciales y el régimen de participación, y los específicos, como la sociedad de conquistas en Navarra y el consorcio conyugal en Aragón²⁴, o el régimen económico en la cuarta parte de los *milloraments* al que pueden acogerse los cónyuges en capitulaciones matrimoniales (*espolit*) en Ibiza y Formentera²⁵. En cualquier caso, la liquidación del régimen económico-matrimonial implica la división de las ganancias entre ambos cónyuges, quedando a salvo los bienes privativos de cada uno de ellos.

1. LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN EN EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES: INVENTARIO Y AVALÚO

Para proceder a la liquidación es necesario llevar a cabo el inventario tanto de los bienes y derechos de carácter ganancial cuanto de las obligaciones y deudas que pesan sobre la sociedad de gananciales, tal y como prescribe el artículo 1396 del Código Civil: «Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y del pasivo de la sociedad». Como especificaban LA CRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: «vale el inventario en cualquier forma en que se otorgue, y es eficaz contra todos los partícipes que hayan concurrido a su levantamiento, e incluso contra quienes hayan sido debidamente citados y no concurren. El documento en el que se consigne deberá reunir garantías de autenticidad *inter partes*»²⁶. Pues, en el caso de que las partes, no estuvieran de acuerdo con alguna de las operaciones realizadas o en su conjunto, los interesados podrán instar el procedimiento especial ante el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre la disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil, al ser el competente para conocer sobre este tipo de actuaciones, artículo 807 de la LEC²⁷.

No olvidemos que el inventario puede ser realizado judicial o extrajudicialmente, aunque eso no significa que la liquidación realizada sin inventario sea inválida, pues si los cónyuges se han repartido los bienes como han estimado conveniente, esa partición no es nula, pues siempre queda a salvo la responsabilidad *ultra vires* para el supuesto de que no se hayan pagado las deudas de la sociedad, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1401 del Código Civil²⁸.

En cualquier caso, el inventario habrá de comprender en el activo, como prescribe el artículo 1397 del Código Civil: 1.º) Los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución. 2.º) El importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados. 3.º) El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo solo de un cónyuge y en general las que constituyen créditos de la sociedad contra este.

Y en el pasivo de la sociedad, el artículo 1398 del Código Civil enumera: 1.º) Las deudas pendientes a cargo de la sociedad. 2.º) El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad. Igual regla se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad. 3.º) El importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad.

En la elaboración del inventario de los bienes gananciales pueden intervenir ambos cónyuges o el cónyuge superviviente y los herederos del causante (o el

contador partidario testamentario). También, los acreedores del consorcio, no así los acreedores singulares. Sin embargo, los acreedores privativos de uno de los cónyuges pueden hacer valer el carácter privativo de un bien, si se pretende incluir como ganancial, siempre que aporten pruebas suficientes que justifiquen la pretensión. En cualquier caso, si existe desacuerdo decidirá la autoridad judicial.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de diciembre de 1993, ha considerado: «La cuestión jurídica nuclear que se debate se centra en la determinación del momento idóneo para efectuar la valoración de los bienes constitutivos de la sociedad de gananciales habida entre las partes contendientes, a los fines de establecer las adjudicaciones que corresponden en el reparto, una vez acordada la disolución de la misma (...) con razón, pues, explícita la sentencia de la Sala *a quo*, que si bien la fecha de disolución de la sociedad de gananciales es la correspondiente a la de la sentencia firme, la de la liquidación de la misma será aquella en la que efectivamente se produzcan las operaciones antes indicadas, y será a esta fecha a la que habrá de realizarse la valoración de los bienes. El fundamento jurídico se infiere de lo dispuesto en los artículos 1396 y 1397 del Código Civil que distinguen entre dos momentos, disolución y liquidación y relacionan la elaboración del activo y del pasivo con los valores actualizados de los bienes que se suman o detraen, obviamente al tiempo en que se procede a su liquidación»²⁹.

Para el supuesto de que los cónyuges manifestasen su no conformidad sobre la inclusión o la exclusión de algún concepto en el inventario o sobre la valoración de cualquiera de las partidas, el trámite procedimental es el previsto para el juicio verbal, cuya sentencia resolverá no solo sobre las cuestiones suscitadas, sino que aprobará el inventario de la comunidad conyugal, resolviendo la administración y disposición de los bienes comunes. Esta tramitación procesal conlleva que la sentencia dictada no puede ser recurrida en casación³⁰. Resueltas las incidencias, el secretario judicial citará a los interesados para que comparezcan y ratifiquen el inventario, con ello se da por concluido el acto.

Una vez llevado a efecto el inventario, la liquidación del régimen económico-matrimonial se llevará a cabo conforme a las reglas establecidas en el artículo 810 de la LEC, que exige que la liquidación sea solicitada por alguna de las partes, de modo que la realización del inventario no implica un paso automático a la fase de liquidación. Por cuanto las partes deben de nuevo comparecer ante el secretario judicial para llegar a un acuerdo definitivo sobre la propuesta de liquidación en donde se han incluido con la debida separación: de un lado, el pago de las indemnizaciones y reintegros que la sociedad tenga pendientes; y de otro, la división del remanente en la proporción que corresponda, teniendo en cuenta en la formación de los lotes las normas de Derecho Sucesorio aplicables.

En defecto de acuerdo podría nombrarse a un contador y, en su caso, a un perito para que practique las operaciones divisorias de acuerdo a las pautas previstas para la división de patrimonios recogida en los artículos 784 y siguiente de la LEC.

En la fase de liquidación de la sociedad de gananciales, lo primero que hay que pagar son las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias, que en cualquier caso tendrán preferencia, artículo 1399 del Código Civil. La doctrina precisa que «las cantidades periódicas o pensiones que cónyuges e hijos pueden autoatribuirse durante el período comprendido entre la disolución de la sociedad de gananciales y la adjudicación efectiva de los bienes que a cada quien correspondan para atender sus propias necesidades no representan adjudicación alguna, sino una mera imputación contable con carácter de anticipo»³¹, así se deduce de lo establecido en el artículo 1408 del Código Civil, cuando dice: «pero se les rebajará de este en la parte que exceda de los que les hubiese correspondido en razón de frutos y rentas»³².

Respecto a la adjudicación de bienes, el artículo 1406 del Código Civil concede una preferencia a cada cónyuge para hacer suyos, dentro de la parte que le corresponde de los gananciales, ciertos bienes concretos, que son: 1.º) los de uso personal, que sean gananciales; 2.º) la propia explotación agrícola, comercial o industrial; 3.º) el local donde ejercía su profesión, y 4.º) la vivienda habitual, en caso de la muerte del otro cónyuge.

2. LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN EN EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN

Conviene recordar que el régimen de participación actúa durante su vigencia como el de separación de bienes, por lo que a cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que puedan adquirir después por cualquier título. Pero su extinción da derecho a cada cónyuge a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en el que dicho régimen haya estado vigente.

La LEC de 2000 ha creado ciertas particularidades procesales especiales respecto a su liquidación, ya que al no haber una masa común de bienes, no es necesario realizar un inventario, sino que se solicita directamente la fase de liquidación para poder proceder al pago de las deudas si las hubiere. La propuesta de liquidación debe ir acompañada de una estimación del patrimonio inicial y final de cada cónyuge, expresando, en su caso, la cantidad resultante a pagar por el cónyuge que haya experimentado un mayor incremento patrimonial.

En defecto de acuerdo, el secretario judicial citará a una vista, que seguirá los trámites del juicio verbal, donde las partes podrán alegar y probar las cuestiones planteadas. La sentencia resolverá todas las cuestiones suscitadas, además deberá determinar los patrimonios iniciales y finales de cada cónyuge, así como la cantidad que debe satisfacer el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado un mayor incremento y la forma en que ha de hacerse el pago. A diferencia del procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales en el régimen de participación no es posible el nombramiento de un contador o perito.

Este procedimiento de liquidación asemeja una conciliación judicial, siendo el secretario judicial el que asume el papel mediador en la tramitación del proceso. Quizás hubiera sido conveniente que el legislador hubiera aprovechado esta reforma legislativa de la LEC del 2000 para regular un sistema procedimental más ágil donde las intervenciones judiciales se hubieran restringido lo máximo posible, pues: «En el mundo que nos interesa, liquidar comunidades conyugales es cuestión que se encarga a buenos notarios y a abogados decentes, que llegado el caso litigan, pero solo sobre puntos muy concretos. Los hechos demuestran con la tozudez que es propia de ellos, que las liquidaciones judiciales resultan ser en la teoría jurídica rudimentarias y mal fundadas y en la realidad económica verdaderos desastres para una de las partes litigantes, cuando no para ambas»³³.

La división de la herencia tiene por objeto poner fin a la comunidad hereditaria, que es una situación transitoria que comienza con la adquisición de la herencia y culmina con la partición y subsiguiente adjudicación de bienes concretos. La partición es, pues, la causa normal de extinción de la comunidad hereditaria y del derecho abstracto que tienen los comuneros sobre la herencia, que pasa a convertirse en un derecho concreto sobre los bienes que se adjudican a cada uno (art. 1068 del CC)³⁴.

Para la determinación y adjudicación de esos bienes concretos, el sistema procesal español habilita un mecanismo judicial calificado por la doctrina procesalista de «agónico», ya que la división de la herencia, se conforma, en la actualidad, por un trípode de procesos, voluntario 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»³⁵.

La primera nota esencial que se atribuye al proceso de división judicial de la herencia es su carácter contencioso, al que continúa su subsidiariedad o supletoriedad, universalidad, extinción de la comunidad hereditaria y preceptividad.

La naturaleza contenciosa de este tipo de procesos ha sido puesta en duda por la doctrina procesalista³⁶; por su parte, nuestros Tribunales no han unificado criterio alguno, de modo que coexisten sentencias que mantienen la carencia de una naturaleza contenciosa en el proceso de división de la herencia, como la SAP de Madrid, de 10 de noviembre de 2010, «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 eficacia de cosa juzgada, como establece el artículo 787.5 de la LEC», con las que defienden la naturaleza contenciosa de la división de la herencia como el Auto de 27 de julio de 2004, «en los casos en los que exista discrepancia entre los interesados en la formación del inventario se prevé a diferencia de lo que ocurría en la antigua LEC la resolución de estas cuestiones por los trámites del juicio verbal, el cual tiene una naturaleza incidental dentro del mismo procedimiento»³⁷.

El análisis de estas discrepancias jurisprudenciales en torno a la naturaleza de este proceso ha llevado a CALAZA LÓPEZ a considerar «que puede afirmarse que existen, al respecto, tres tesis, dos puras y una mixta, si bien la tesis mixta tiene mayor rigor, toda vez que el proceso de división judicial de la herencia está conformado, en su globalidad, por dos fases, una voluntaria y la otra contenciosa. Así, la primera fase discurre como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que puede concluir por decreto, cuando se dirimiesen las operaciones de partición a plena satisfacción de todos los interesados; y una segunda fase contenciosa, que concluye por sentencia, con pronunciamientos sobre las costas»³⁸.

3. LEGITIMACIÓN Y CAPACIDAD PARA ACTUAR

Respecto a la legitimación y la capacidad necesaria para instar el procedimiento para la división judicial de la herencia, el artículo 782.1 de la LEC establece expresamente que: «cualquier coheredero o legatario de parte alcuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que esta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial». Por su parte, el Código Civil advertía con carácter previo, en el artículo 1052 sobre el reclamante que habrá de ostentar la libre administración y disposición de sus bienes y gozar de plena capacidad patrimonial³⁹, precepto necesitado de armonización con el contenido del artículo 1058 y en los supuestos de menores personas incapacitadas y ausentes de sus representantes legítimos, no siendo necesaria la intervención ni autorización judicial (art. 1060 del CC).

La exención de autorización judicial en el caso de menores e incapacitados, no es una cuestión sobre la que concurra unanimidad doctrinal. En el caso de las personas incapacitadas judicialmente, la regla general no presenta dificultad intelectual. Así, el curador o tutor designado ostenta un concreto ámbito de actuación fijado por la propia autoridad judicial, por tanto, la dispensa del artículo 1060 no es de aplicación en este punto y, además, «dada la actual regulación de la incapacitación y atendiendo a la flexibilidad en el contenido y efectos de la correspondiente sentencia, habrá que atender fundamentalmente a lo establecido en la propia declaración judicial de incapacitación, ya que la sentencia puede contener notas sobre el particular»⁴⁰.

Respecto a la representación de los menores, habrá de estarse a lo dispuesto al efecto en la legislación civil, si bien: «A favor de la interpretación amplia del artículo 1060 cabe alegar que no hay razón para prohibir al representante del menor actos cuya gravedad no es mayor que la de cualquier enajenación onerosa, y que pueden contribuir a agilizar las operaciones particionales»⁴¹. Además, en caso de tener ambos padres intereses contrapuestos al de sus hijos, siempre se procederá al nombramiento de un defensor judicial que los represente; y si el conflicto existe solo con un progenitor, será el otro quien represente al menor; en este sentido caben citar las recientes Resoluciones de la DGRN, de 14 de junio de 2013⁴²; 2 de agosto de 2012⁴³; 11 de diciembre de 2012; 4 de septiembre de 2012 y 26 de septiembre de 2011.

En relación al menor emancipado, es dudosa la interpretación de ofrecer un complemento para instar por sí la partición. La doctrina propone exigir el consentimiento de sus padres o, en su caso, del curador; o que el menor pueda instar la partición por sí mismo, por aplicación e interpretación conjunta de los artículos 323 y 322 del Código Civil⁴⁴. En cualquier caso, el Ministerio Fiscal representará a los menores o incapacitados que carezca de órgano tuitivo legal y estén interesados en la herencia, así como a los ausentes que se encuentren en ignorado paradero, hasta que estén habilitados sus respectivos representantes legales o defensores judiciales, artículo 783.4 LEC⁴⁵.

La LEC 2000, omite toda referencia a la legitimación del cónyuge superviviente, considerándolo un mero interesado y partícipe en la junta de herederos. Pese a este silencio legal, no hay la menor duda que el cónyuge sobreviviente está legitimado procesalmente para solicitar el reparto judicial de los bienes hereditarios, salvo que no sea considerado al tiempo heredero. Resulta necesario ostentar la condición formal de heredero, testamentario, legitimario o *abintestato*, para estar legitimado para solicitar la división, en contra de lo que ocurría con la anterior regulación legislativa que limitaba la legitimación activa en el juicio de testamentaría a los herederos testamentarios.

En el caso de los acreedores de la herencia, el artículo 782.3 de la LEC, les niega tal legitimación, de manera que las acciones que puedan corresponderles contra la herencia, la comunidad hereditaria o contra los coherederos deberán ejercitarlas en el juicio declarativo que corresponda, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia. Legislativamente, a estos acreedores de la herencia se les ofrecen otros mecanismos cautelares o puramente contenciosos para satisfacer sus legítimos intereses, siempre que se demuestre tener a su favor el cobro del crédito, este se va a satisfacer con cargo a la globalidad de la herencia, resultándole indiferente a quién o quiénes hubiera correspondido, incluso podría asegurarse el cobro antes de la propia partición. La ley garantiza con esta medida que los acreedores cobren el importe de sus créditos del caudal relicto antes de que se reparta entre los coherederos⁴⁶.

Hecho distinto es, en el caso de los acreedores de uno o más de los coherederos, el artículo 782.5 de la LEC, que les permite intervenir a su costa en la partición para evitar que esta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos. La razón estriba en que los acreedores sí tienen un interés directo en la partición, toda vez que su cobro se hará depender, como resulta obvio, de la adjudicación que, finalmente, se haga al coheredero o, en su caso, a los coherederos deudores. Por tanto, parece oportuna su legitimación en el proceso, pues con ello se va a evitar la pasividad de los coherederos irresponsables en el pago de sus deudas.

4. EL SUPUESTO DE LOS BIENES RESERVABLES

La sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 1963, aborda un interesante supuesto en materia de partición hereditaria y liquidación de la sociedad conyugal, concursando bienes reservables y el momento en que nace la acción de los reservatarios. La resolución de desestimar el recurso de casación interpuesto por los ahora recurridos y actores en primera instancia, hermanos de vínculo sencillo de los recurrentes, censurando al Tribunal *a quo* haber incurrido en un doble error de hecho en la apreciación de la prueba: «por no haber estimado que “la actuación de los actores, hoy recurridos, en determinado acto de conciliación celebrado con los recurrentes, suponía una aceptación de la herencia testada de su madre común impeditiva de cuanto en el proceso postulan aquellos, y, de otra, al no haber admitido que la sociedad de gananciales formada por dicha ascendiente con su segundo marido había sido liquidada al fallecimiento de este”, afirmaciones fácticas ambas que entienden los recurrentes, se hallan en abierta oposición; con la demanda, y acta de conciliación la primera, y, con lo consignado en la escritura de partición de 10 de febrero de 1948, la segunda, documentos unos y otros que se invocan como demostrativos de la equivocación denunciada, mas el motivo no puede prosperar en ninguna de sus dos orientaciones porque, prescindiendo de que ni la demanda ni el acta de conciliación tienen el carácter de documento auténtico a efectos de casación, es que además, ni siquiera se argumenta sobre su texto, cuya redacción no consta, mostrando, como sería inexcusable, la supuesta contradicción, limitándose por el contrario a especular sobre la apreciación de la Sala en cuanto enjuicia aquella actividad procesal que se juzga equivocada, y por lo que respecta a la escritura de partición de la herencia en que se apoya la crítica de lo afirmado por la Sala en cuanto no admite haberse liquidado la sociedad de gananciales porque, en dicha escritura, no consta tal liquidación sino la mera declaración de la viuda de considerarse pagada la mitad que le correspondía y, esta lacónica declaración que no desconoce el Tribunal *a quo*, únicamente prueba que fue hecha, mas no que fuese cierta la liquidación, que es lo aceptado por la Sala, y que no contradice documento auténtico alguno». Tampoco aprecia la pretendida «aplicación indebida del artículo 978 en relación con el 969 del Código Civil y la interpretación de las normas que regulan la prescripción de acciones, concretamente el 1964, es desestimable, porque, la acción ejercitada y la declaración proferida por el fallo recurrido, en manera alguna se refieren a la de cumplimiento de la obligación de garantía que al viudo o viuda impone el precepto mencionado, lo que, por otra parte, fallecido el reservista carece de viabilidad, sino a la que tienen los reservatarios cuando por el fallecimiento del reservista su derecho expectante se consume y esta acción, por nacer en la fecha del óbito, en el caso de 29 de septiembre de 1956, no ha podido prescribir»⁴⁷.

III. TRAMITACIÓN ACUMULADA DE LA DIVISIÓN DE LA HERENCIA Y LIQUIDACION DE GANANCIALES

El Auto de la Audiencia Provincial de Almería, de 23 de marzo de 2010, recapitula la jurisprudencia menor sobre la tramitación acumulada de la liquidación de la sociedad conyugal y la división de la herencia. Si la sociedad se extingue por el fallecimiento de uno de los integrantes, en los supuestos en que se haya producido el fallecimiento de ambos cónyuges cuando se insta la causa será competente el juzgado de primera instancia al que por turno de reparto corresponda y no el de familia.

En su virtud, prospera el recurso, ya que «como tuvo ocasión de pronunciarse con anterioridad esta Audiencia Provincial (sentencia de 10 de octubre de 2008), dictada por su Sección 1.^a en el procedimiento de división de herencia instado por la misma actora que fue inadmitido por el Juzgado que conoció de la *litis*, “...asiste la razón a todos los impugnantes en que esa liquidación de la sociedad económico-matrimonial no requiere la sustanciación de un procedimiento previo y, en concreto, del previsto en los artículos 806 y siguientes de la LEC, por ser claro a juicio de la Sala que dichos trámites se hallan previstos para los supuestos en que la sociedad se disuelve por nulidad, separación, divorcio o por las causas del artículo 1393 del Código Civil, es decir, cuando esa disolución deriva de un procedimiento judicial entre los cónyuges, pero no cuando la extinción de la sociedad se debe al fallecimiento de uno de los integrantes, como aquí admiten las partes que ocurrió al fallecer doña Inmaculada en 1985 y no por divorcio, como dice la sentencia recurrida. Como indica el recurrente citando un auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de noviembre de 2005, cuyos razonamientos compartimos, la literalidad de esa normativa integrada por los artículos 806 y siguientes de la LEC y los detalles de su tramitación así lo evidencian, no siendo trasvasables a la liquidación de la sociedad extinguida de derecho por fallecimiento, y así la competencia objetiva corresponde al juez que ya haya conocido del proceso de ruptura matrimonial (nulidad, separación o divorcio) o ante el cual se hayan seguido las actuaciones sobre disolución por alguna de las causas previstas en la legislación civil (art. 807), causas entre las que no cabe incluir a estos efectos el fallecimiento por ser evidente que tal hecho natural no da lugar de por sí a actuación judicial alguna, sino que provoca *ipso iure* la disolución de la sociedad de gananciales, pudiendo destacarse también que la tramitación se inicia por solicitud de la formación de inventario por cualquiera de los cónyuges (art. 80), tras lo cual se celebra el acto de formación de inventario con citación e intervención de los cónyuges (art. 809). Ello lleva a entender que *la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por óbito de un cónyuge puede ser llevada a cabo bien de modo extrajudicial y de consuno por todos los interesados (cónyuge superviviente y herederos del fallecido) o bien, si se hiciera precisa la actuación judicial, en el seno del mismo procedimiento en que se sustancia la división hereditaria* conforme a los artículos 782 y siguientes de la LEC, ello mediante la acumulación objetiva de acciones al cobijo de lo dispuesto en el artículo 71 de la LEC”. Este mismo criterio es seguido por diversas Audiencias como la de San Sebastián, de 11 de mayo de 2009; Madrid, de 26 de septiembre de 2008; La Coruña, de 3 de octubre de 2008, y Huelva, de 20 de febrero de 2008, o la más reciente de la AP de Madrid, de 20 de octubre de 2009, que argumenta textualmente que “no se cuestiona que la sociedad de gananciales quedó disuelta por la muerte de uno de los cónyuges y que desde el momento en que no se procede a la liquidación surge una comunidad postganancial que existe desde ese fallecimiento y que recae sobre el conjunto de

la misma (SSTS de 11 de mayo de 2000, 10 de junio de 2004), cuyo régimen ya no puede ser el de una comunidad de gananciales sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria en la que cada comunero, el cónyuge superviviente y los herederos ostentan una cuota abstracta sobre todo el ganancial, igual que en la comunidad hereditaria, que subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que se materialice la división (STS de 7 de noviembre de 1997), lo que en definitiva conlleva que previamente a la partición de la herencia del causante se practique la liquidación de la referida comunidad de bienes (STS de 17 de octubre de 2002), pero es igualmente cierto que *si no existe acuerdo sobre el modo de practicar la liquidación continuará el procedimiento por las normas previstas para la partición de herencia, por lo que de nuevo, y al igual que sucedía en la legislación derogada, se configura un único procedimiento desapareciendo toda especialidad para la liquidación del régimen económico matrimonial*».

En el Auto del que se trae causa declara que «en el presente supuesto no solo ha fallecido uno de los cónyuges, sino que cuando se insta la presente causa han fallecido ambos, por lo cual son plenamente aplicables los principios indicados anteriormente. En todo caso, señala la citada resolución: “...resulta incuestionable la conexión jurídica entre las acciones ejercitadas, lo que justifica su tratamiento procesal unitario, sin que las posibles especialidades procesales constituyan razón bastante para descartar la conclusión antedicha, viniendo así a refrendar la inexistencia de impedimento a la acumulación que pudiera derivar de tal circunstancia, puesto que, como señala la STS de 10 de julio de 2001, *la notoria conexidad de las acciones justifica el tratamiento procesal unitario* y decisión judicial correspondiente, en la línea jurisprudencial que ha relativizado y flexibilizado la aplicación estricta, en orden a los requisitos de carácter procesal que deben concurrir para que proceda la acumulación de acciones, cuando las garantías del proceso seguido no limitan los medios de defensa e impugnación y ninguna indefensión se produce al respetarse las exigencias previstas en el artículo 24 CE”. Ello lleva a concluir que, en el presente caso, resulta *procedente la tramitación acumulada de la liquidación de la sociedad conyugal y la división de la herencia* que nos ocupa. Y como quiera que el procedimiento a seguir no es el previsto en los artículos 806 y siguientes de la LEC, puesto que, como antes apuntábamos, dichos trámites se hallan previstos para los supuestos en que la sociedad se disuelve por nulidad, separación, divorcio o por las causas del artículo 1393 del Código Civil, es decir, cuando esa disolución deriva de un procedimiento judicial entre los cónyuges, pero no cuando la extinción de la sociedad se debe al fallecimiento de uno de los integrantes, la solicitud deberá encauzarse por los trámites de la división hereditaria conforme a los artículos 782 y siguientes de la LEC, cuya competencia no corresponde, en contra de lo argumentado en el Auto recurrido, a los Juzgados de Familia sino al Juzgado de Primera Instancia al que por turno de reparto corresponda, en el presente caso, el número 1 de esta capital, debe acogerse la apelación deducida, revocándose la resolución recurrida, a fin de que el referido órgano judicial admita a trámite y sustancie con arreglo a Derecho la demanda iniciadora del presente proceso».

IV. CONCLUSIONES

I. Con la partición se pone fin a la comunidad hereditaria o conyugal atribuyendo a cada heredero o cónyuge la propiedad exclusiva de los bienes que se le adjudiquen. De manera que la cuota abstracta previa al reparto, gracias a la par-

tición concreta, detalla y fija los bienes y derechos específicos que corresponden a cada cónyuge o heredero.

II. Por lo que se refiere a la partición realizada por el propio causante en su testamento, es incuestionable que sus efectos son idénticos a la partición judicial o extrajudicial practicada por los propios herederos o por albaceas o partidores. Por tanto, atribuye a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados. Destaca en este sentido el Fuero Navarro por cuanto autoriza que la liquidación de la sociedad conyugal pueda ser practicada por el comisario y el cónyuge viudo, sin intervención de los herederos.

III. La eficaz práctica notarial que formaliza la liquidación del régimen económico-matrimonial y la partición hereditaria en un único documento y redacta de forma conjunta ambos inventarios, no excluye que haya de determinarse con precisión los bienes gananciales que corresponden a cada cónyuge para, posteriormente, incluir en la herencia los que le hayan correspondido. Son, en todo caso, dos actos negociales diferenciados. Por tanto, con la DGRN reiteramos que no debe confundirse la liquidación de la sociedad conyugal con la partición de la herencia, porque son operaciones distintas y no recaen sobre los mismos derechos.

IV. Ciertas actuaciones de liquidación en el régimen de participación asemejan a conciliación judicial, por lo que como ya ha sido advertido *obiter dicta* por el TS, la mediación resulta ser un medio eficaz para dilucidar las controversias que se puedan suscitar en este ámbito. Adicionalmente el arbitraje es otro método alternativo de resolución de conflictos que puede lograr una resolución más ágil y menos costosa de los disensos entre herederos e interesados.

V. En relación a la legitimación y capacidad para actuar en el proceso de división de la herencia del menor emancipado, cabría *lege ferenda*, o por aplicación del artículo 154 del Código Civil y el artículo 2.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimar que el menor maduro pueda realizar por sí este acto. Entre las personas legitimadas activamente para impetrar el procedimiento de división de herencia se encuentra el cónyuge supérstite. Con todo, resulta un acierto ritual la ampliación de esta legitimación a los acreedores de uno o más coherederos.

VIII. Sin perjuicio de otras vías, cabe la tramitación judicial acumulada de la división de la herencia y liquidación de gananciales, siendo competencia objetiva del juzgado de instancia y no el de familia, ya que la disolución matrimonial trae causa del fallecimiento de los cónyuges con el nacimiento de la sociedad postganancial al no haberse practicado la liquidación.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABASCAL MONEDERO, P. (2002): «La liquidación del régimen económico-matrimonial como operación previa a la partición hereditaria», en *RDP*.
- BUSTO LAGO (2008): «La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *RCDI*, 705, págs. 23 y sigs.
- CALAZA LÓPEZ, S. (2014): «La división judicial de la herencia», *RCDI*, 740.
- CÁMARA ÁLVAREZ DE LA, M. (1991): «Comentario a la sección segunda, De la partición, artículos 1051 a 1087 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 2466 y sigs.

- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a (1989): *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1988): *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012): *Sistema de Derecho Civil*. IV.2. *Derecho de Sucesiones*, Madrid.
- DONADO VARA, A. (2009): *La reserva viudal*. Madrid.
- FERRER VANRELL, M.^a P. (2006): «El régimen jurídico de los bienes de los casados en la Compilación de Derecho Civil de Baleares», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A. (1988): *Derecho de Sucesiones*, Barcelona.
- *Elementos de Derecho Civil* (2001): Tomo V, nueva edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013): *Principios de Derecho Civil. Sucesiones*. VII. 8.^a ed., Madrid.
- LLEDÓ YAGÜE, F. (2012): *Derecho Sucesorio*, Madrid.
- (2004): «Una relectura básica en torno a la ineficacia y efectos de la partición hereditaria», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO (2002): *Comentarios al Fuero Nuevo*, Pamplona, Aranzadi.
- ROCA SASTRE, L. (1995): *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 2.^a ed.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2009): «Comentarios a los artículos 1051 a 1087», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), págs. 1051 y sigs.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. (2004): «La situación de los acreedores particulares del heredero antes, durante y después de realizada la partición», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia.
- MORALES MORENO, A. M. (1991): *Comentarios del Código Civil. Artículo 1418*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- MORETÓN SANZ, M.^a F. (2011): «El contenido de la sustitución pupilar y cuasi pupilar o ejemplar: el patrimonio del menor de catorce años e incapacitados», en *RCDI*, 726.
- (2010): «El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa*», en *RCDI*, 721, págs. 2406 a 2425.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Comentario del Código Civil. Artículos 1401 y 1402*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- POUS DE LA FLOR, M.^a P. (2004): «El valor de los bienes en la colación», en *RCDI*, 682.
- RUIZ REYES, A. L. (2004): «Liquidación del régimen económico-matrimonial como operación preparticional. Su inventario», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*.
- SAN SEGUNDO MANUEL, T. (2010): «La partición de la herencia y la liquidación de la sociedad conyugal del causante», en *RCDI*, 717.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1910): *Estudios de Derecho Civil*, Tomo IV, 2.^a ed.
- SERRANO GARCÍA, J. A. (2004): «La disolución del consorcio conyugal aragonés y la comunidad que continúa tras ella», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 18 de julio de 2012.
- STS de 26 de enero de 2012.
- STS de 1 de enero de 2010.
- STS de 12 de junio de 2009.
- STS de 15 de junio de 2006.
- STS de 14 de diciembre de 2005.
- STS de 28 de mayo de 2004.
- STS de 22 de febrero de 1997.
- STS de 23 de diciembre de 1993.
- STS de 21 de julio de 1986.
- STS de 2 de julio de 1963.
- ATS de 28 de febrero de 2005.
- ATS de 27 de julio de 2004.
- ATS de 8 de julio de 2003.
- SAP de Madrid de 10 de noviembre de 2010.
- SAP de Madrid de 28 de junio de 2004.
- SAP de Sevilla de 14 de junio de 1994.
- AAP de Almería de 23 de marzo de 2010.
- AAP de Madrid de 27 de julio de 2004.
- RDGRN de 2 de febrero de 1960.
- RDGRN de 10 de noviembre de 2011.
- RDGRN de 6 de noviembre de 2009.
- RDGRN de 4 de julio de 2009.
- RDGRN de 2 de junio de 2009.
- RDGRN de 6 de febrero de 2008.
- RDGRN de 1 de octubre de 2007.
- RDGRN de 23 de junio de 2007.
- RDGRN de 27 de junio de 2007.
- RDGRN de 20 de junio de 2007.
- RDGRN de 30 de enero de 2006.
- RDGRN de 20 de abril de 2005.
- RDGRN de 23 de abril de 2005.
- RDGRN de 26 de febrero de 2005.
- RDGRN de 2 de diciembre de 2003.
- RDGRN de 20 de julio de 2001.
- RDGRN de 18 de noviembre de 1998.
- RDGRN de 9 de octubre de 1998.
- RDGRN de 10 de octubre de 1998.
- RDGRN de 30 de junio de 1992.

NOTAS

¹ mppous@der.uned.es. y fmoreton@der.uned.es. Coordinadora Master Abogacía y Coordinadora Proyecto Investigación Envejecimiento Activo y Viviendas Intergeneracionales, respectivamente. Grupo de Investigación Consolidado Protección Civil de la Persona.

² Dice el artículo 1056, en la redacción dada al segundo párrafo, por la Disposición Final primera, apartado 1 de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Respon-

sabilidad Limitada: «Cuando el testador hiciere, por acto *entre vivos* o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que este no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844» [para su ilustración, vid., MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2009: 1051 y sigs.)].

³ Sigue la STS, de 26 de enero de 2012, advirtiendo que «toda partición, incluyendo la judicial que contempla el artículo 1059 del Código Civil y desarrolla la LEC, no es solo una operación poco más que aritmética, sino que debe conjugar los intereses de cada coheredero económicos, humanos y familiares de la mejor manera posible y esto es lo que han hecho las sentencias de instancia. La petición que hace el recurrente en el suplico del recurso de casación, relativa a que una finca le sea adjudicada en su totalidad, de admitirse llevaría consigo el desequilibrio de la partición, debiendo hacerse de nuevo en su totalidad, ya que quitarle algo a su hermana significa que esta recibe menor parte y el recurrente aumenta la suya y esto puede contravenir todo lo que ha sido objeto de la partición y, no solo ello, sino también la voluntad de los testadores que nunca quisieron un enfrentamiento constante entre los hermanos».

⁴ Vid., ROCA SASTRE, L. (1995: 55).

⁵ Vid., CALAZA LÓPEZ, S. (2014), doctrina que se sigue en este artículo.

⁶ Para su comentario, vid., MEZQUITA GARCÍA-GRANERO (2002). Por su parte, el Decreto Legislativo 1/2011, de 26 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes Civiles aragonesas, advierte que «en la partición o división de bienes se extingue el derecho expectante respecto de los que no se adjudiquen al cónyuge, de manera que no será necesaria la concurrencia de los cónyuges de los comuneros o coherederos en la partición. También la expropiación y procedimientos equivalentes extinguen el derecho expectante. Igualmente se extingue en la enajenación de bienes por el cónyuge del declarado ausente».

⁷ LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, Título II del Libro IV, la división judicial de patrimonios (arts. 782 a 811) con dos tipos de procedimientos: la división de la herencia (arts. 782 a 805) y la liquidación del régimen económico-matrimonial (arts. 806 a 811).

⁸ Título III del Libro III, artículos 657 a 1087 del Código Civil.

⁹ Título III del Libro IV, artículos 1315 a 1444 del Código Civil.

¹⁰ LASARTE ÁLVAREZ (2013: 340).

¹¹ Vid., POUS DE LA FLOR (2004: 521-548).

¹² Llamado cuaderno particional, vid., por todos, LASARTE ÁLVAREZ, *ibídem*.

¹³ Con rigor afirmaba SÁNCHEZ ROMÁN: «si la liquidación de la sociedad de gananciales tiene lugar por muerte de uno de los cónyuges, la liquidación de aquella forma parte de las operaciones de testamentaria... es un anejo indispensable de alguna de las operaciones que integran la partición de la herencia para fijar el verdadero caudal hereditario» (1910: 850).

¹⁴ Mantenía COSSIO: «Normalmente, y aunque jurídicamente constituyen un acto jurídico distinto, dada su íntima conexión con la participación de la herencia, en el mismo instrumento o cuaderno se suelen hacer constar las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal. También se admite que en un solo documento se reflejen distintas particiones de herencia sucesivas cuando entre unas y otras exista una relación o interdependencia» (621). Pese a la coincidencia cronológica, SAN SEGUNDO MANUEL también afirma que «no deben confundirse la liquidación de la sociedad conyugal con la partición de la herencia de uno de los cónyuges aun cuando, en numerosas ocasiones, coinciden en el tiempo (...). La partición de la herencia requiere que previamente se haya realizado la liquidación de la

sociedad de gananciales del difunto para saber con exactitud el remanente de la misma y dividirlo por mitad entre el cónyuge superviviente, si lo hubiere y los herederos a quienes corresponda. Es necesaria la previa liquidación de los bienes gananciales para poder incluirlos en la partición, ya que forman parte de la herencia del causante» (322-324).

¹⁵ ABASCAL, por su parte, no comparte que «sea necesario realizar la liquidación del régimen económico-matrimonial y la partición de herencia en documentos diferentes o en escrituras públicas diferentes, pero sí que el documento o escritura en que se efectuó se califique como liquidación del régimen económico-matrimonial y partición de herencia» (2002: 428); vid., también RUIZ REYES (2004: 4451-4476).

¹⁶ Así conclúan en sede de la enumeración de las operaciones particionales típicas, en general, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA. En particular afirmaban que «cuando se divide la herencia de un casado bajo el régimen de comunidad, entre las titularidades que integran el caudal relicto se halla su cuota en la sociedad que acaba de disolverse con su muerte, lo cual obliga a dividir y liquidar a la vez dos comunidades, la conyugal y la hereditaria: cosa que suele hacerse en el mismo instrumento, y empezando por la sociedad conyugal. Se trata siempre de dos negocios distintos relativos a patrimonios diferentes, y que se celebran entre contratantes heterogéneos: en un caso, concurren a partir del cónyuge viudo de una parte y todos los herederos del premuerto (o el contador partidor) de otra; en la herencia, los sucesores dividen entre sí, o bien el contador partidor actúa igualmente sin el viudo» (1988: 146). En idéntica línea sentido, se pronuncia ABASCAL MONEDERO (411; 425).

¹⁷ Cuerpo doctrinal sostenido por innumerables RRDGRN, entre otras, de 6 de noviembre de 2009; 4 de julio de 2009; 2 de junio de 2009; 6 de febrero de 2008; 1 de octubre de 2007; 23 de junio de 2007; 27 de junio de 2007; 20 de junio de 2007; 30 de enero de 2006; 20 y 23 de abril de 2005; 26 de febrero de 2005; 2 de diciembre de 2003; 18 de noviembre de 1998; 9 y 10 de octubre de 1998; 30 de junio de 1992, entre otras.

¹⁸ Así lo confirma, entre otras, la sentencia de 4 de septiembre de 2012: «...quien lo adquirió por herencia, como que la escritura de partición resultaba impecable jurídicamente, liquidando, como era preceptivo, con carácter previo la sociedad de gananciales y, posteriormente, la comunidad hereditaria...».

¹⁹ Se inicia este Fundamento de Derecho segundo: «Liquidación de la sociedad de gananciales y partición de los bienes hereditarios... manifiesta que la sala estima que no es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales porque no se adjudica un bien ganancial, sino los derechos que corresponden a la causante, y que tanto la jurisprudencia citada como los preceptos referidos se pronuncian en sentido contrario al decidido, porque no se podrá transmitir más de los que se tiene. El motivo se desestima».

²⁰ También la STS de 1 de enero de 2010: «el recurso parte del hecho de entender que la sentencia realiza una errónea valoración de los hechos al declarar la nulidad de la partición efectuada con el máximo respeto a la voluntad del testador, que ha de primar, y sin perjudicar la legítima de los herederos, entregando el legado dejado por el causante a su hija, pese a ignorar que no le correspondía la propiedad íntegra del bien objeto de legado, pero sin que en ello pudiera entrar la contadora, al no haber sido designada a tales efectos. Al mismo tiempo entiende que la sentencia yerra al considerar la liquidación de la sociedad de gananciales existente con la cuarta mujer se hizo con posterioridad a la partición, cuando ha quedado acreditado que se hizo de manera previa a la misma, pese a no acompañarse unida a la liquidación, por cuanto el notario no lo consideró oportuno. Con este razonamiento la parte recurrente elude que la sentencia recurrida en sus Fundamentos de Derecho determina, tras el examen de la prueba practicada, que ha quedado acreditado que no se ha procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales existente con la segunda mujer del causante, de la que existen bienes que interesan al procedimiento y que han sido objeto de legado a una de las demandantes, lo que hubiera exigido la intervención de los herederos de aquella, que le sobrevivieron, por lo que se hace preciso liquidar, inventariar y evaluar dicha sociedad, a fin de fijar la porción que corresponda a la legataria sobre el bien incluido en la herencia como privativo sin serlo, con las consecuencias que dicha actuación pueda comportar al resto de disposición testamentaria. Al mismo tiempo ha de procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales del cuarto matrimonio a efectos de determinar los créditos que correspondan a cada uno de los cónyuges por las aportaciones efectuadas a la sociedad de gananciales, que no se ha realizado...».

²¹ Previamente, la STS de 14 de diciembre de 2005, decía: «esta Sala tiene también declarado que cuando se trata de la partición de bienes procedentes de herencias distintas, máxime cuando a raíz de alguna de ellas debe realizarse una liquidación de la sociedad conyugal existente, es necesario proceder separadamente a la práctica de dicha liquidación y a las operaciones particionales correspondientes a los bienes que forman parte de uno y otro haber hereditario...». La STS de 2 de noviembre de 2005 considera «nula una partición por el hecho de que la Sala ha considerado correcta la partición hecha por el contador dirimente, no obstante no haber realizado división alguna de bienes, ni adjudicación de los mismos, entre los herederos de la primera herencia, a quienes no ha citado, sino englobándolos todos ellos con los de la segunda, que es a la que se refiere el juicio de testamentaría, los divide como si de un patrimonio único se tratara, sin disolverse el régimen económico-matrimonial de los causantes, a fin de conocer los bienes. En el caso examinado resulta obvio que se produce aquella consecuencia indeseada, determinante, por ende, de la vulneración del principio de equidad en la correcta formación de los lotes y de la nulidad de la partición, habida cuenta de que el fallecimiento de la primera causante hacía obligado liquidar la sociedad de gananciales que mantenía con su esposo, posteriormente fallecido, así calcular de manera separada las consecuencias derivadas de la designación de éste como heredero...».

²² SAN SEGUNDO MANUEL (2010: 324).

²³ La RDGRN, de 10 de noviembre de 2011, aclara que: «No habiéndose completado adecuadamente el proceso particional, no puede entenderse transformado el derecho hereditario abstracto que ostentan los herederos por el mero hecho de recibir la vocación, delación y posterior aceptación, en una titularidad concreta sobre bienes determinados, transformación esta que es imprescindible para que el derecho sea inscribible en el Registro de la Propiedad, pues el derecho hereditario abstracto no es inscribible, sino anotable, al no recaer sobre bienes determinados sino sobre el conjunto de la herencia, debiendo tal anotación, además, predicarse de todos los herederos y en relación a su cuota abstracta». En igual sentido, la Resolución de 22 de mayo de 2009, y las STS de 18 de julio de 2012; 16 de septiembre de 2010; 17 de diciembre de 2007; 3 de junio de 2004; 28 de mayo de 2004; 28 de junio de 2001 y 6 de octubre de 1997.

²⁴ Vid., SERRANO GARCÍA (2004: 4715-4735).

²⁵ Vid., FERRER VANRELL (2004: 226); (2006: 1486).

²⁶ Vid. (243).

²⁷ Por tanto, LASARTE ÁLVAREZ concluye que la LEC plantea «el procedimiento de liquidación como consecuencia o corolario de una actuación contenciosa, cuando en realidad son más frecuentes los supuestos en que la extinción del régimen de gananciales viene dada por el fallecimiento de alguno de los cónyuges o, en casos más raros, por el acuerdo de ambos para sustituir el régimen económico-matrimonial, como indica el propio artículo 806 de la LEC» (2013: 222).

²⁸ Vid., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1991: 786-792).

²⁹ O la STS de 14 de diciembre de 2005 en un supuesto de partición hereditaria sin previa liquidación de la sociedad de gananciales: «esta Sala ha proclamado que la valoración de los bienes sujetos a una operación particional debe referirse al momento de la liquidación, como se infiere de diversos preceptos del Código Civil... Entre las más recientes, las STS de 21 de octubre de 2005 declara que hay que aceptar, como hace ahora el Código Civil (...) una cierta corrección del nominalismo, procediendo, de una parte, a aproximar el momento de valoración al de la liquidación y pago, para expresarlo en unidades monetarias de tal momento; y, por otra parte, estableciendo la regla de pago en la moneda corriente en el momento de la liquidación, esto es, actualizando al valor actual de la moneda en el momento del pago».

³⁰ Los AATS de 27 de julio de 2004 y 8 de julio de 2003: «el juicio verbal al que se remiten los artículos 809.2 y 794.4 tiene una naturaleza incidental, lo que determina la irrecorribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos. La sentencia recurrida carece de la condición de sentencia dictada en segunda instancia toda vez que la propia LEC 2000 distingue entre apelación y segunda instancia».

³¹ LASARTE ÁLVAREZ (2013: 215).

³² También, protege el Código Civil a los acreedores de la sociedad de gananciales cuando determina en su artículo 1401: «mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial». Esta preferencia es exclusivamente para los acreedores de la sociedad de gananciales y no para los terceros que sean acreedores de uno de los cónyuges.

³³ Palabras textuales de LACRUZ BERDEJO (251).

³⁴ Criterio avalado por la STS de 28 de mayo de 2004, «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados», entre otras ya citadas.

³⁵ CALAZA LÓPEZ (2013).

³⁶ En este punto, GARCÍA-RIPOLL MONTJANO: «Hasta ahora la jurisprudencia ha venido considerando este procedimiento como de jurisdicción voluntaria, opinión que era también mayoritaria en la doctrina. Tras la nueva ley, la doctrina parece optar por su naturaleza contenciosa» (2004: 2003).

³⁷ La SAP de Madrid, de 28 de junio de 2004, «el procedimiento del artículo 782 y siguientes LEC ha de situarse en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, existiendo partes bien definidas, y previéndose la posibilidad de controversia, la cual habrá de seguirse por los trámites del juicio verbal, tal y como se establece tanto en el artículo 787-5, como en el artículo 794 de la LEC, sin que la ausencia o la limitación, de la cosa juzgada material ponga en cuestión su naturaleza contenciosa». Vid., la SAP de Burgos, de 22 de mayo de 2003; Córdoba, de 22 de diciembre de 2006; Madrid, de 19 de abril de 2007.

³⁸ CALAZA LÓPEZ (2014).

³⁹ Dice el artículo 1052: «Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos» [vid., CÁMARA ÁLVAREZ (1991: 2466); MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2009: 1051)].

⁴⁰ LASARTE ÁLVAREZ (2013: 316); LACRUZ BERDEJO (108).

⁴¹ LACRUZ BERDEJO (107).

⁴² «Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo en la interpretación de tales preceptos legales (cfr. las Resoluciones citadas en los Vistos de la presente), la excepción a la regla general de representación legal sólo juega cuando concurren los presupuestos legalmente establecidos. De este modo, para exceptuar el régimen general es imprescindible que entre representante y representado exista oposición de intereses, es decir, un conflicto real de intereses que viene definido por la existencia de una situación de ventaja de los intereses del representante sobre los del representado. Como ha entendido el Tribunal Supremo, la situación de conflicto se identifica con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los hijos (cfr., por todas, las sentencias de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003 y 17 de mayo de 2004). Se excluye así del supuesto previsto por la norma el mero peligro hipotético o la mera suposición de que pudiera concurrir un supuesto de conflicto si se dan circunstancias no acreditadas en el expediente, exclusión del todo lógica, pues de lo contrario se haría de la excepción regla vaciando de contenido el principio general de representación legal. Cuando no existe conflicto, porque no existe oposición, sino intereses paralelos de representante y representado, rige la regla general».

⁴³ «El objeto de este expediente se limita a determinar si es inscribible una partición hereditaria con previa liquidación de la sociedad de gananciales en un supuesto en el que una de las llamadas a la herencia resulta ser menor de edad y comparecer representada por su madre, viuda del causante. Esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones en relación a cuál debe ser el correcto entendimiento de lo preceptuado al respecto en nuestro ordenamiento jurídico. Dispone el artículo 163.1 del Código Civil: siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a estos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al de su hijo menor emancipado cuya capacidad deban

completar. Este precepto desarrolla lo preceptuado en su precedente, el artículo 162 que tras establecer la regla general de representación legal... Excepciona el supuesto de los actos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo... La severidad de esta afirmación impone que en todo supuesto en que concurran menores u otras personas con capacidad limitada deban extremarse las precauciones a la hora de valorar la actuación representativa de quien en su nombre actúa... se excluye así del supuesto previsto por la norma el mero peligro hipotético o la mera suposición de que pudiera concurrir un supuesto de conflicto si se dan circunstancias no acreditadas en el expediente...».

⁴⁴ En este sentido se pronuncia LLEDÓ YAGÜE: «Así, el artículo 1058 del Código Civil si bien se refiere a mayores (y los menores, aun emancipados, no lo son), al fin solo requiere en ello la libre administración de sus bienes, no la libre y plena disposición, por lo que en este sentido cabe afirmar la equivalencia legal del emancipado con el mayor» (2012: 182); LASARTE ÁLVAREZ (2013: 316); Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (2012: 269). Por el contrario, LACRUZ BERDEJO: «El menor emancipado puede pedir, por sí mismo, la partición, pero con el asentimiento de su padre y/o madre, o curador, por aplicación del artículo 323 en relación con el artículo 1052; con mayor razón precisará tal consentimiento para pactar la división» (1988: 145).

⁴⁵ MORETÓN SANZ (2011: 2217).

⁴⁶ Vid., MINGORANCE GOSÁLVEZ (2004: 326-3289).

⁴⁷ Sobre la materia, DONADO VARA, A. (2009), *La reserva vidual*. Madrid.

1.5. Obligaciones y Contratos

La resolución del derecho del arrendador y la enajenación de la vivienda arrendada en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, y su nuevo régimen tras la Ley 4/2013, de 4 de junio

Cancellation lessor's right and alienation of leased housing in Law 29/1994, 24 of November and its new regulation after Law 4/2013, 4 of June

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada

*Profesora del Máster de Acceso a la Abogacía
de la Universidad de La Rioja (UR)*

RESUMEN: En este trabajo hemos analizado los problemas relativos a la subsistencia y duración del arrendamiento de vivienda cuando el derecho del arrendador se resuelve con posterioridad al arrendamiento por las causas tipificadas en el artículo 13 de la LAU, exponiendo sus requisitos tanto en la regulación de la Ley 29/1994, de 29 de junio, de arrendamientos urbanos, como su nuevo régimen jurídico tras la Ley 4/2013, de 4 de junio, las consecuencias jurídicas derivadas de dicha norma y su interpretación jurisprudencial.

También hemos estudiado las consecuencias jurídicas que se derivan de la enajenación de la vivienda arrendada *ex* artículo 14 de la LAU, distinguiendo entre los contratos de arrendamiento de duración inferior a cinco años, en cuyo caso el adquirente se subroga en la posición jurídica del arrendador durante el plazo mínimo legal de cinco años y ello con independencia de su posible condición de tercero hipotecario, y los contratos de duración superior a cinco años en los cuales el arrendamiento también continúa tras la enajenación, pero su duración es distinta según concurren o no en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la LH: si concurren deberá soportar el arriendo solo durante el tiempo que falte hasta completar cinco años y si no concurren deberá soportarlo por la totalidad del plazo pactado. Analizamos su nuevo régimen jurídico tras la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.

ABSTRACT: *This paper analyses the problems concerning the subsistence and length of a housing lease when the lessor's right is cancelled after the lease is made, for the causes addressed in article 13 of the Urban Leasing Act. The requirements are discussed in the law 29/1994, 29 of November and in the new regulation in the Law 4/2013, 4 of June as are the legal consequences stemming from said article and its interpretation through case law.*

This paper analyses too the legal consequences of alienating leased housing under article 14 of the Urban Leasing Act. A distinction is drawn between leases for less than five years and leases for more than five years, the purchaser steps into the landlord's legal position for the legal minimum of five years, altogether separately from the purchaser's possible capacity as a third party in a mortgage situation. In the case of a lease for more than five years, the letting arrangement also continues after alienation, but its term is different depending on whether or not the purchaser meets the requirements in article 34 of the Mortgage Act; if so, the purchaser must

put up with the letting arrangement only for the time remaining until the five years are up, and if not, the purchaser must put up with the letting arrangement for the full accorded term. Analyses the new regulation after Law 4/2013, 4 of June, on measures for the flexibility and promotion of the urban leasing market.

PALABRAS CLAVE: Arrendamientos urbanos, resolución del derecho del arrendador, enajenación de vivienda arrendada, nuevo régimen en la Ley 4/2013.

KEY WORDS: *Urban leasing, cancelation lessor's right, alienation of leased housing, new regulation in Law 4/2013.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL ARRENDADOR: 1. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO CELEBRADOS BAJO LA LEY 29/1994: A) *Causas de resolución:* a) Ejercicio de un retracto convencional; b) Apertura de una sustitución fideicomisaria; c) Enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria; d) Enajenación forzosa derivada de sentencia judicial; e) Ejercicio de opción de compra. B) *Consecuencias jurídicas.* C) *La extinción del derecho del arrendatario, superficiario o titular de un análogo derecho de goce sobre el inmueble.* D) *Los arrendamientos concertados sobre vivienda ajena.* 2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO CELEBRADOS BAJO LA LEY 4/2013.—III. LA ENAJENACIÓN DE LA VIVIENDA ARRENDADA: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ENAJENACIÓN DE LA VIVIENDA ARRENDADA: A) *Contratos de duración no superior a cinco años.* B) *Contratos de duración superior a cinco años.* 3. PACTO DE EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO. 4. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS ARRENDAMIENTOS CELEBRADOS BAJO LA LEY 4/2013.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO

La resolución del derecho del arrendador se encuentra regulada en el artículo 13 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, el cual trata de resolver los problemas relativos a la subsistencia y duración del arrendamiento de vivienda cuando el derecho del arrendador se resuelve con posterioridad al arrendamiento por las causas tipificadas en el artículo 13, el cual antes de la modificación introducida por Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del alquiler de vivienda, establecía un régimen distinto según hubiera o no transcurrido el plazo mínimo de duración de cinco años.

La Ley 4/2013, de 4 de junio, tiene tres artículos en los cuales modifica en profundidad la Ley de Arrendamientos Urbanos, retoca la LEC en materia de desahucios y crea el Registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler cuya finalidad es ofrecer información sobre el riesgo que supone arrendar inmuebles a personas que tienen precedentes de incumplimiento de sus obligaciones de pago de renta en contratos de arrendamiento y que, por dicho motivo, hayan sido condenadas por sentencia firme en un procedimiento de desahucio.

En su Exposición de Motivos señala que el mercado inmobiliario español posee una alta tasa de propiedad y un débil mercado de alquiler que queda muy lejos

del que tiene la Unión Europea, lo que reduce la movilidad de los trabajadores y provoca que haya muchas viviendas en propiedad, vacías y sin ningún uso. Esta Ley tiene el objetivo fundamental de flexibilizar el mercado del alquiler, buscando el equilibrio entre las necesidades de la vivienda en alquiler y las garantías que deben ofrecerse a los arrendadores para su puesta a disposición. Para la consecución de dicho objetivo modifica varios artículos de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en base a los siguientes aspectos fundamentales:

- Se refuerza la libertad de pactos, dando prioridad a la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el título II de la Ley.
- Se reduce la prórroga obligatoria de cinco a tres años y de tres a uno la prórroga tácita con objeto de dinamizar el mercado del alquiler y dotarlo de mayor flexibilidad. De esta manera, arrendadores y arrendatarios podrán adaptarse con mayor facilidad a eventuales cambios en sus circunstancias personales¹.
- Se facilita la recuperación del inmueble por el arrendador para destinarlo a vivienda permanente, lo que requiere que haya transcurrido al menos el primer año de duración del contrato, sin necesidad de previsión expresa en el mismo, dotando de mayor flexibilidad al arrendamiento.
- También se facilita el desistimiento del contrato por parte del arrendatario y se reconoce la posibilidad de que las partes puedan pactar una indemnización para el caso de desistimiento.

Así como la Ley 29/1994 suponía una vulneración de los principios registrales al conceder a los arrendamientos no inscritos efectos incluso frente a terceros registrales, la nueva redacción legal es más respetuosa con los principios hipotecarios de inoponibilidad frente a tercero de los derechos no inscritos (art. 32) y de protección del tercero hipotecario del artículo 34 de la LH².

Se aprovecha la reforma de la LAU para excluir el alojamiento privado para el turismo de su ámbito, pues estima que dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos.

También se reforma la Ley de Enjuiciamiento Civil por la necesidad de introducir cambios en los desahucios. Hasta ahora, no cabía señalar el lanzamiento mientras no se supiera si la vista se había celebrado o no. Con la reforma, se vincula el lanzamiento a la falta de oposición del demandado, de tal modo que si este no atiende el requerimiento de pago o no compareciere para oponerse o allanarse, el secretario judicial dictará decreto dando por terminado el juicio y producirá el lanzamiento³.

En cuanto al régimen de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2013, en concreto por la Ley 29/1994, continuarán rigiéndose por la misma, tal y como señala la Disposición Transitoria primera. Sin perjuicio de ello, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta Ley, por lo que en este trabajo vamos a analizar los dos regímenes jurídicos.

II. LA RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL ARRENDADOR

1. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO CELEBRADOS BAJO LA LEY 29/1994

La finalidad del artículo 13 de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, es garantizar una estabilidad mínima al arrendatario de vivienda. Sin embargo, en él se contiene una excepción en la regulación general de la LAU, consistente en matizar esa finalidad tuitiva antes de cumplir los cinco años de vigencia del contrato en el supuesto concreto de arrendamiento otorgado por usufructuario, superficiario o titular de un derecho de goce análogo.

Las dos soluciones con las que podemos contar son: una, conceder preferencia al interés del arrendatario frente al tercero que adquiere el bien arrendado como consecuencia de la pérdida de poder de disposición del arrendador; otra, dar primacía al tercero en base a la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, al cual como titular de un derecho real, le es inoponible un derecho meramente personal.

La Ley de 1994 trata de conjugar los intereses en juego optando por una solución intermedia frente al criterio seguido en la Ley de 1964, que entendía como consecuencia de la prórroga forzosa que el arrendatario podía hacer valer indefinidamente su derecho frente al tercer adquirente.

Vamos a analizar el artículo 13 LAU, distinguiendo los siguientes puntos: la resolución del derecho del arrendador⁴; la extinción del derecho del usufructuario, superficiario o titular de un derecho análogo de goce sobre el inmueble; y los arrendamientos concertados sobre vivienda ajena.

El artículo 13 LAU, en su apartado primero dice: «Si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1».

A) *Causas de resolución*

El artículo mencionado contempla una serie de causas cuyo ejercicio determina la resolución del derecho de propiedad de que es titular el arrendador, lo que implica la pérdida del poder de disposición que tenía sobre el inmueble con la consiguiente adquisición por un tercero.

Si la resolución del derecho del arrendador se produce durante los cinco primeros años, la LAU protege el interés del arrendatario, dejando subsistente el arrendamiento, a pesar del cambio que se produce en la titularidad del bien arrendado.

Por el contrario, en contratos de duración pactada superior a cinco años, si la resolución tiene lugar una vez transcurridos los cinco primeros años de duración del mismo, quedará extinguido el arrendamiento, con una salvedad: cuando el arrendamiento haya accedido al Registro con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, el arrendamiento continuará por la duración pactada.

La diferencia entre este artículo y el 14, donde se regula la enajenación de la vivienda arrendada, estriba en que mientras en este el adquirente no tiene ningún derecho sobre la vivienda antes de su adquisición, en los supuestos regulados en el

artículo 13, los terceros ya tienen algún derecho o facultad antes del arrendamiento, cuyo ejercicio posterior determina la resolución del derecho del arrendador.

Llegados a este punto, nos podemos preguntar si las causas de resolución tipificadas en el artículo 13 constituyen *numerus apertus* o *numerus clausus*⁵, en mi opinión la enumeración es meramente ejemplificativa y aplicable analógicamente a los casos en que el arrendador en un momento posterior a la celebración del arrendamiento, se vea obligado por cualquier causa a restituir a un tercero el inmueble arrendado. MARÍN LÓPEZ señala como casos «íntimamente ligados con los aludidos en el precepto», los de retracto legal, enajenación forzosa derivada de la vía de apremio administrativo, resolución, anulabilidad, rescisión del contrato, cumplimiento de condición resolutoria, anulación de partición hereditaria o del testamento que le sirvió de base, revocación de donaciones, entre otras.

Vamos a examinar cada una de las causas tipificadas en el artículo 13 de la LAU:

a) Ejercicio de un retracto convencional

El retracto convencional es el derecho de recuperar la cosa que se reserva el vendedor con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1518 del Código Civil y lo demás que se hubiera pactado.

Una vez ejercitado el retracto, si el arrendamiento de vivienda está sujeto a la LAU será de aplicación, no el artículo 1520 del Código Civil, sino el artículo 13.1 de la LAU, que atiende al momento en que el vendedor ejercita el retracto convencional, teniendo derecho el arrendatario a continuar durante el plazo de cinco años desde que celebró el contrato, cumplidos los cuales podrá el vendedor retrayente dar por extinguido el arrendamiento, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1; para ello no es necesario que el retracto convencional esté inscrito en el Registro de la Propiedad, ya que procede la aplicación del artículo 1510 del Código Civil que determina su oponibilidad *erga omnes*.

El TS en sentencia de 21 de enero de 2014, con el voto particular discrepante de uno de los magistrados, dicta sentencia fijando la doctrina que corresponde aplicar en el caso de ejercicio del derecho de retracto arrendaticio en supuestos de venta judicial en pública subasta en un caso en que la acción se ejercitó con posterioridad a la mejora de la postura efectuada por un tercero presentado por el deudor y antes del decreto de adjudicación dictado por el secretario judicial en procedimiento de ejecución de títulos no judiciales. La Sala ha declarado que, aunque la venta judicial se consuma desde el decreto de adjudicación, el retraso en el dictado del decreto de adjudicación no puede perjudicar a quien se ha comportado con diligencia procesal. En este caso, consta que el demandante-retrayente era arrendatario en el momento de la mejora de la postura y había dejado de serlo en la fecha del decreto de adjudicación. En el recurso se alega la existencia de interés casacional en resolver el asunto por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de la Sala Primera, relativa al día de comienzo del plazo para el nacimiento del derecho de retracto en supuestos de transmisión de bienes inmuebles en subasta pública.

En el recurso se mantenía, en primer lugar, que el retrayente carecía de acción, puesto que para que haya retracto debe existir venta y transmisión de la cosa a un tercero, lo cual en supuestos de venta en pública subasta, solo tiene lugar con el decreto de adjudicación, no antes. En segundo lugar, sostenía que al haber perdido la condición de arrendatario al tiempo de interponer la demanda, el retra-

yente carecía también de legitimación activa. Esta sentencia sitúa el núcleo de la controversia en decidir si cuando se presentó la demanda podía ejercitarse la acción de retracto. La sentencia recurrida admitió la legitimación del demandante, pues entendió que la venta estaba perfeccionada desde que se mejoró la postura por el demandado, al ser cuando el arrendatario que seguía siéndolo, conoció las condiciones, bases y precio del contrato y estuvo en condiciones idóneas para retraer. El TS responde que constituye doctrina consolidada que el ejercicio del retracto precisa que el retrayente conozca todos los términos del contrato lo que, en los casos de venta en pública subasta requiere esperar el decreto de adjudicación. Sin embargo, en este caso ya se obtuvo información íntegra de la venta y sus condiciones en el momento de la mejora de la postura por el tercero, tras la que se consignó el precio.

Por lo tanto, aunque se confirma la doctrina que sitúa la consumación de la venta en pública subasta en el momento en que se ha dictado el decreto de adjudicación, se fija también como doctrina jurisprudencial que el retraso en el dictado del referido decreto no ha de perjudicar al arrendatario, en tanto que la consumación de la venta judicial debió efectuarse cuando todavía era arrendatario, dado que el retrayente ostentaba el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24.2 CE.

b) Apertura de una sustitución fideicomisaria

Se trata de un arrendamiento celebrado por el heredero fiduciario, cuando por cumplirse la condición o llegar el término previsto, la vivienda objeto del fideicomiso debe ser entregada al fideicomisario.

Ha planteado discusión en la doctrina si el fiduciario tiene facultad para celebrar contratos de arrendamiento. El TS, en sentencia de 18-11-1995, fundamenta dicha capacidad en su equiparación con el usufructuario; en mi opinión, el fiduciario no tiene la posición jurídica de usufructuario, sino que es un propietario *ad tempus* gravado de restitución, y sucede a título universal, a diferencia del usufructuario que en base a la regulación del Código Civil es sucesor a título particular y solo titular de un *ius in re aliena*.

El artículo 13 de la LAU considera al fiduciario como titular dominical, regulando en apartados distintos y con consecuencias jurídicas diferentes el supuesto de resolución del derecho del fiduciario y el arrendamiento concertado por el usufructuario u otros titulares de un análogo derecho de goce.

Destacamos en este punto la opinión de MARÍN LÓPEZ, que considera que la resolución del arrendamiento celebrado por el fiduciario en base al artículo 13.1 LAU (o también en el art. 10 LAR/2003) únicamente tendrá lugar si el arrendador está gravado con la obligación de conservar y transmitir los bienes objeto del fideicomiso, pero no si se trata de un fideicomiso de residuo, ya que si el fiduciario de residuo está facultado para disponer de los bienes de la herencia, también se entiende que lo está para arrendarlos.

La solución del artículo 13.1 de la LAU es la siguiente: si se extingue el derecho del fiduciario antes del plazo de cinco años, entrando en la posesión de los bienes el fideicomisario, este debe mantener al arrendatario durante dicho plazo, pudiendo también subsistir el arrendamiento por la totalidad del plazo pactado, si accedió al Registro de la Propiedad antes que el derecho del fiduciario.

c) Enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria

Ha sido una cuestión sumamente debatida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia si subsisten o no los arrendamientos celebrados con posterioridad a la inscripción de una hipoteca en caso de ejecución de esta.

La hipoteca no limita las facultades dispositivas del propietario, el cual puede válidamente celebrar arrendamientos sobre la finca hipotecada; cuando el acreedor hipotecario decide iniciar el procedimiento de ejecución *ex* artículos 681 y siguientes de la LEC, se plantea la duda de si el adjudicatario de vivienda debe soportar el arriendo constituido con posterioridad a la inscripción de la hipoteca o si puede resolver el arrendamiento.

La jurisprudencia no ha mantenido una postura unánime, destacamos las siguientes posiciones:

POSICIÓN DEL TS: En un principio sostuvo que la ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos celebrados con posterioridad a la hipoteca. Es el criterio que siguen las SSTS de 22-5-1963, 23-12-1988 y 17-11-1989, entre otras, con este criterio se otorga protección al adjudicatario de la finca frente al arrendatario.

Después el TS cambió su posición, inclinándose por la subsistencia del arrendamiento y su oponibilidad frente al adjudicatario de la finca, con la salvedad de que hubiera mediado dolo, fraude o confabulación entre arrendador y arrendatario. En esta línea destacan las SSTS de 9-6-1990, 6-6-1990 y 14-6-1997, entre otras.

El artículo 13.1 de la LAU contempla expresamente la enajenación forzosa derivada de la ejecución hipotecaria como causa de resolución del derecho del arrendador, distinguiendo dos supuestos:

- Durante los cinco primeros años de duración del contrato, el arrendatario tendrá derecho a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco (que es el tiempo mínimo de duración del contrato), sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1, ello opera con independencia de que el arrendamiento esté o no inscrito en el Registro de la Propiedad.
- Transcurridos los cinco primeros años del contrato, si el derecho del arrendador se resuelve como consecuencia de una ejecución hipotecaria, el arrendamiento quedará extinguido (art. 13.1, párrafo segundo).

POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: El TC también se ha pronunciado sobre este tema, centrándose en la necesidad o no de dar audiencia al arrendatario y los requisitos que deben concurrir para proceder al lanzamiento del mismo, si tiene lugar la extinción del arrendamiento. La STC de 16 de enero de 1992 y la de 24 de enero de 1995, establecieron que el lanzamiento del arrendatario de un inmueble vulnera el artículo 24 de la Constitución al no haberse dado audiencia en dicho procedimiento al arrendatario.

Posteriormente la STC de 9 de mayo de 1995 matiza esta doctrina entendiéndolo que la misma no puede aplicarse indiscriminadamente a todo poseedor, aunque sigue reiterando que la arrendataria «debe ser oída y vencida en un procedimiento contradictorio con igualdad de armas entre las partes y con todas las garantías procesales establecidas en las leyes».

REGULACIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: La LEC regula esta materia en los artículos 661 y 675; en el primero se ocupa de la notificación de la ejecución a arrendatarios y ocupantes de la finca para que en el plazo de diez días

presente al Tribunal los títulos que justifiquen su situación. Por tanto, más que una mera notificación, es un emplazamiento que tiene por objeto que el emplazado se persone y pueda actuar dentro de plazo. El artículo 661.2 establece que «el ejecutante puede pedir antes de anunciarse la subasta que el Tribunal declare que el ocupante/s no tienen derecho a permanecer en el inmueble, una vez que este se haya enajenado en la ejecución». Se inicia con esta petición un proceso incidental que se tramitará según lo dispuesto en el artículo 675.3 de la LEC.

d) Enajenación forzosa derivada de sentencia judicial

Aquí se engloban todos aquellos supuestos en que la pérdida del derecho de propiedad lo sea en virtud de la responsabilidad patrimonial del deudor, con independencia de que haya existido o no anotación preventiva de embargo o estuviera o no anotada la demanda en el Registro.

A la enajenación forzosa se llega:

- Cuando tras un proceso declarativo se obtiene sentencia condenatoria cuya ejecución se despacha mediante la realización forzosa del bien inmueble arrendado.
- Cuando se ejercita la acción ejecutiva acudiendo directamente al procedimiento ejecutivo si el acreedor fundamenta su derecho en cualquiera de los títulos ejecutivos previstos en el artículo 517 de la LEC.

Si la enajenación forzosa del bien se produce durante los cinco primeros años de duración del contrato, el arrendatario tendrá derecho a continuar en el arrendamiento durante este plazo mínimo legal. Sin embargo, si la enajenación forzosa se produce una vez transcurrido dicho periodo, el que resulte adquirente de la vivienda, podrá dar por extinguido el arrendamiento, salvo en el caso de que este hubiera tenido acceso al Registro con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución, es decir, de la anotación preventiva de embargo o de demanda.

e) Ejercicio de opción de compra

La opción es el convenio por el que una parte concede a la otra por tiempo fijo y en determinadas condiciones, la facultad que se deja exclusivamente a su arbitrio, de decidir respecto a la celebración del contrato principal.

Si el concedente de la opción arrienda el bien a un tercero estando vigente el derecho de opción, el derecho del optante quedaría menoscabado.

En base al artículo 13.1 de la LAU, el ejercicio de la opción por el optante determina la resolución del derecho del arrendador con la consiguiente extinción del arriendo, una vez transcurridos los cinco primeros años del contrato, aun cuando no esté inscrito el derecho de opción. La doctrina pone de relieve que parece excesivo dotar de eficacia real a un derecho meramente personal, por ello se considera preferible sostener que solo producirá la extinción del arrendamiento, el derecho de opción inscrito y siempre que no hayan transcurrido los cinco primeros años.

Si la opción no está inscrita y se ejercita una vez transcurridos los cinco primeros años, hay que entender que el arrendamiento subsiste durante todo el plazo pactado o hasta la duración máxima de la prórroga *ex* artículo 10 LAU.

B) *Consecuencias jurídicas*

Si la resolución del derecho del arrendador se produce durante los cinco primeros años de duración del contrato, prevalece el interés del arrendatario, subsistiendo el arrendamiento hasta que se cumplan cinco; ello tiene lugar a pesar del cambio producido en la titularidad dominical del bien arrendado, y aún cuando el arrendamiento no esté inscrito en el Registro de la Propiedad.

Si relacionamos esto con el juego de los principios hipotecarios, vemos que se produce, aunque solo sea temporalmente, la oponibilidad del arrendamiento no inscrito frente a terceros, lo que supone una quiebra del principio de inoponibilidad de lo no inscrito tipificado en los artículos 32 de la LH y 606 del Código Civil, si bien con la limitación temporal de cinco años. Transcurridos los cuales, los principios hipotecarios vuelven a funcionar normalmente.

En contratos de duración pactada superior a cinco años, si transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias que hemos mencionado, el arrendamiento se extingue; se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, en cuyo caso continuará el arrendamiento por la duración pactada. Esta excepción es una manifestación del principio de prioridad registral —*prior tempore, potior in iure*—.

C) *La extinción del derecho del arrendatario, superficiario o titular de un análogo derecho de goce sobre el inmueble*

El artículo 13.2 dice: «Los arrendamientos otorgados por un usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley».

En este caso y a diferencia de los supuestos contemplados en el apartado primero, el arrendador no es propietario del inmueble, sino titular de un derecho de goce sobre cosa ajena, derecho que tiene naturaleza temporal y que por tanto está destinado a extinguirse.

Para que se produzca la consecuencia jurídica prevista en el artículo que hemos mencionado es necesario que el arrendamiento haya sido celebrado por alguno de los sujetos en él aludidos:

En cuanto al usufructuario, hay que tener en cuenta el artículo 480 del Código Civil, que le faculta para aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro e incluso enajenar su derecho de usufructo, con el límite del principio de no alteración de forma y sustancia.

Con relación al superficiario, el derecho de superficie confiere a su titular el derecho de edificar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo construido. En la actualidad, esta materia está regulada en los artículos 35 y 36 del TR, Ley de Suelo 2/2008, de 20 de junio (modificada parcialmente por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbana. El artículo 35 establece:

«El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edi-

ficciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo».

Las características fundamentales de este derecho es, por tanto, la separación entre el dominio de lo construido y el del suelo en que se efectúa.

Cuando el artículo 13.2 alude a los arrendamientos concertados por quienes «tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble», se plantea la cuestión de cuáles son los derechos incluíbles en el ámbito de aplicación del precepto.

Autores como GUILARTE GUTIÉRREZ son partidarios de incluir solo otros derechos reales, distintos del usufructo y la superficie, en cambio MARÍN LÓPEZ se inclina por incluir también derechos personales de goce o disfrute —posición que comparto—.

Entre estos derechos de naturaleza personal análogos podría incluirse el arrendamiento concertado por el propio arrendatario, por el comodatario y también por el precarista. En todo caso, es necesario que tenga carácter limitado y temporal, destinado a extinguirse con la consiguiente recuperación del dominio pleno por el propietario, en base a la vis atractiva característica del derecho dominical.

Cuando concurren todos estos requisitos, la consecuencia jurídica que se produce es la extinción del arrendamiento, con independencia del tiempo del contrato transcurrido, es decir, el arrendamiento se extingue aunque no hayan transcurrido los cinco primeros años desde que se celebró, alejándose así del principio de protección al arrendatario durante este plazo mínimo que preside la Ley de 1994 y estableciendo una regulación diferente a la prescrita en el artículo 13.1 que hemos examinado.

D) *Los arrendamientos concertados sobre vivienda ajena*

Esta materia está regulada en el artículo 13.3 de la LAU que establece:

«Durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad, o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1».

Se trata de una regla aplicable al arrendamiento concertado por quien no es propietario de la vivienda, pero que en base a una apariencia registral o meramente fáctica parece serlo.

Para su aplicación es preciso que:

El arrendatario haya confiado en la apariencia registral, la cual refleja una situación que no se corresponde con la realidad, o bien que haya sido creada por un estado de cosas que haga aparecer al arrendador como dueño.

Es una manifestación del principio de protección a la confianza depositada en la apariencia de titularidad que tiene su fundamento en los principios registrales de exactitud y legitimación, y por ende, en el juego de los artículos 32 y 38 de la LH. En este artículo se protege no solo al arrendatario, que confía en la titularidad registral, sino también al que confía en la apariencia fáctica o de hecho.

Se necesita que el arrendatario sea de buena fe, es decir, que crea que quien se presente como dueño lo sea en realidad o ignore que no lo es. Para quedar protegido no es necesario que el arrendatario inscriba su derecho, basta que de buena fe haya confiado en dicha apariencia.

Si se trata de una apariencia de hecho es necesario que su creación sea imputable al verdadero propietario, el cual por su comportamiento tanto activo como pasivo ha generado una apariencia de titularidad a favor del *non dominus*.

Si concurren estos requisitos, la consecuencia jurídica ínsita en la norma es que el arrendamiento de vivienda durará el plazo mínimo de cinco años protegiendo así al arrendatario a pesar de ser ajeno el derecho del arrendador.

A pesar de los términos literales del precepto «durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena», ello no debe interpretarse en sentido imperativo, sino que se reconoce en todo caso la facultad de no renovación del arrendatario *ex* artículo 9.1 de la LAU.

2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO CELEBRADOS BAJO LA LEY 4/2013

Con la modificación del artículo 13 LAU, los efectos que tendrá en el arrendamiento de vivienda la resolución del derecho del arrendador se regulan como sigue:

1. Si durante la duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, quedará extinguido el arrendamiento. Conforme a lo dispuesto en el artículo 7.2 y en el 14, se exceptúan los supuestos en los que el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada.
Cuando se trate de un arrendamiento sobre finca no inscrita se estará a la duración establecida en el artículo 9.4.
2. Los arrendamientos otorgados por un usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley.

La modificación de este artículo responde a la intención del legislador manifestada en el Preámbulo de la Ley 4/2013, de que la protección de los derechos de arrendador y arrendatario no se consiga a costa de la seguridad del tráfico jurídico. Como vemos supone un cambio importante para el arrendatario, con la redacción anterior el arrendatario tenía derecho en todo caso a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplieran cinco años. Siendo la duración pactada superior a cinco años, el arrendamiento duraba todo el periodo estipulado cuando el contrato estuviera inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos que determinan la resolución del derecho del arrendador. Pero incluso no estando inscrito, solo si se extinguía transcurridos los cinco primeros años del contrato, el derecho del arrendador quedará resuelto.

Con la nueva redacción del apartado primero del artículo 13, salvo que el arrendatario haya inscrito el contrato, ya no tendrá garantizado un tiempo mínimo de estancia en la vivienda arrendada si el derecho del arrendador se resuelve por las circunstancias señaladas en el mismo⁶.

La regla general del artículo 13.1 es la extinción del arrendamiento al quedar resuelto el derecho del arrendador, sea cual sea la duración que se hubiera convenido, si el arrendatario no ha inscrito su derecho. Se otorga así prioridad sobre el arrendatario a los terceros adquirentes de la vivienda arrendada por el ejercicio de un retracto convencional, por la enajenación derivada de una ejecución forzosa, por el ejercicio de un derecho de opción de compra o por la apertura de una sustitución fideicomisaria.

Sin mucha justificación (PÉREZ CONESA, 2013, 62), el arrendatario es peor tratado frente a estos terceros adquirentes que frente al adquirente que compra la vivienda arrendada. En ambos casos, se extingue el contrato de arrendamiento por no estar inscrito, pero a diferencia del artículo 13.1.1 LAU, de acuerdo con el artículo 14 LAU (enajenación de vivienda arrendada), si el adquirente por compra quisiera dar por terminado el arrendamiento, el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar tres meses en la vivienda. No se ha incluido previsión similar en el artículo 13.1.1 LAU.

La excepción a dicha regla general de extinción del arrendamiento se regula en el segundo inciso, pues el arrendamiento continuará por la duración pactada si se hubiera inscrito con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.2⁷ y en el artículo 14⁸. La continuación del arrendamiento inscrito durante el tiempo pactado se debe a la mera aplicación de los principios registrales de oponibilidad de lo inscrito y de prioridad registral, no a una voluntad del legislador de dispensar al arrendatario una protección especial.

Se contempla también el supuesto de que la finca no esté inscrita, en tal caso tampoco estará inscrito el arrendamiento ni los derechos que determinan la resolución del derecho del arrendador; se estará a la duración establecida en el artículo 9.4, el cual establece una duración de tres años para los arrendamientos de vivienda no inmatriculada concertados por el arrendatario de buena fe con quien no es el verdadero dueño de la misma.

Si comparamos los dos incisos primero y tercero del artículo 13.1 de la LAU vemos que:

- Estando la finca inmatriculada y siendo el arrendador verdadero propietario, la resolución del derecho de este conlleva la extinción del arrendamiento al no estar inscrito (inciso primero).
- No estando la finca inmatriculada y no siendo el arrendador dueño, la resolución del derecho de este no impide que el arrendamiento tenga una duración de tres años *ex* artículo 9.4 LAU, a pesar de la falta de inscripción del derecho del arrendatario por no ser posible (inciso tercero).

De ahí que se haya indicado (PÉREZ CONESA, 2013, 65) que la regla del artículo 13.1 en su parte tercera sea absurda, ya que resulta mejor tratado el arrendatario que contrata con un arrendador no propietario que quien arrienda del propietario real, pues ante la resolución del título de este puede ser desahuciado inmediatamente⁹.

III. LA ENAJENACIÓN DE LA VIVIENDA ARRENDADA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 14 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos regula la enajenación de vivienda arrendada por el arrendador y las consecuencias jurídicas que se derivan de la misma en todo lo relativo a la continuidad del arrendamiento previamente concertado. A continuación estudiamos cómo afecta la enajenación a los derechos del arrendatario, es decir, si este conserva los derechos que tenía frente al antiguo propietario o si por el contrario, el comprador de la vivienda puede dar por terminada la relación arrendaticia. Para ello distinguiremos, como hemos hecho anteriormente, entre el régimen aplicable a los contratos celebrados al amparo de la Ley 29/1994 y los que se rigen por la Ley 4/2013.

En este artículo se trata de dar solución a los diferentes intereses en juego que se producen con motivo de la enajenación. Por un lado, el del arrendador, que como propietario de la vivienda que es tiene derecho a enajenarla, por otro lado, el interés del adquirente en disfrutar de la vivienda, sin tener en cuenta un arrendamiento que él no pactó y, finalmente, el del arrendatario a mantener la estabilidad de la vivienda, al menos temporalmente, por ello, en aras de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario se obliga al adquirente a subrogarse en los contenidos de la relación arrendaticia que consten previamente inscritos o que haya conocido de una manera clara.

Parangonando el artículo 14 de la LAU con el 1571 del Código Civil observamos claras diferencias, ya que el 1571 del mencionado Código, recogiendo la máxima romanista «venta quita renta», reconoce el derecho del adquirente de vivienda arrendada «a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». En esta norma se le da al comprador la posibilidad de dar por terminado el arrendamiento, sin que de ello debamos deducir que la venta produzca la extinción *ipso iure* del arrendamiento¹⁰.

La aplicación del artículo 1571 del Código Civil se va reduciendo ante la aparición de normas especiales (como el artículo que estamos estudiando) que persiguen fundamentalmente la protección del arrendatario e imponen al adquirente la obligación de subrogarse en la posición jurídica del arrendador durante el plazo de duración mínimo legal, que es de cinco años.

Es fundamental determinar el concepto de «enajenación» *ex* artículo 14 de la LAU, dentro del cual, cabe incluir no solo la venta, sino cualquier transmisión dominical de la vivienda arrendada, como la permuta, dación en pago, aportación a una sociedad..., tanto a título oneroso como a título gratuito¹¹, si bien hay que tener en cuenta que solo el adquirente a título oneroso puede quedar protegido por el artículo 34 de la LH, por lo tanto el que adquiera a título gratuito se subroga en el arrendamiento por la totalidad de la duración pactada.

La combinación de los artículos 14 y 13 de la LAU nos lleva a entender que los actos de enajenación incluidos en el ámbito de aplicación de la norma que estamos exponiendo han de ser realizados por el arrendador que sea propietario de la vivienda, ya que los otorgados por titulares de otros derechos reales de goce, como el usufructuario o el superficiario tienen su regulación específica en el artículo 13 de la LAU, que determina la terminación del arrendamiento por la resolución del derecho de goce del arrendador.

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ENAJENACION DE LA VIVIENDA ARRENDADA

La enajenación de la vivienda arrendada produce diferentes efectos, atendiendo a la duración del contrato de arrendamiento, según se haya pactado una duración inferior a cinco años (que es el plazo mínimo legal *ex art. 9 de la LAU*) o se hubiera previsto un plazo superior. Vamos a analizar ambos supuestos:

A) *Contratos de duración no superior a cinco años*

El artículo 14.1 de la LAU dice: «El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria». Por tanto, el contrato no se extingue sino que continúa vigente hasta que transcurra el plazo mínimo de cinco años y el arrendatario conserva todos los derechos que tenía frente al anterior propietario y esto tiene lugar aunque el arrendamiento no esté inscrito y aunque el adquirente esté protegido por la fe pública registral.

Se combinan así dos intereses en juego: el del arrendatario de vivienda de mantener la estabilidad del arrendamiento por un plazo de cinco años y el de los adquirentes que en aras de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario han de subrogarse en los contenidos de la relación arrendaticia que consten previamente inscritos o que hayan llegado a conocer de modo claro.

La alusión que hace este artículo al 34 de la LH ha sido criticada por la mayor parte de la doctrina, ya que reunir o no los requisitos del tercero hipotecario influye a efectos de que se consolide o no una adquisición *a non domino* pero es irrelevante a efectos de que proceda una subrogación arrendaticia. En realidad lo que el legislador pretende con dicha mención es introducir una excepción al principio de inoponibilidad de lo no inscrito que resulta del juego de los artículos 32 y 38 de la LH, consagrando la oponibilidad de todo arrendamiento al adquirente de la vivienda durante los cinco primeros años de duración, es una manifestación más de la finalidad tuitiva de los derechos del arrendatario ínsita en el espíritu de la norma.

Atendiendo a la naturaleza jurídica de esta figura *ex artículo 14 LAU*, parece que se asemeja más a una cesión del contrato que a una subrogación, ya que el vendedor le cede al comprador mediante contrato todos los derechos y obligaciones que le corresponden en el arrendamiento.

En la tramitación parlamentaria de esta norma desapareció el requisito, según el cual el enajenante de la vivienda arrendada quedaba obligado a comunicar esta circunstancia por escrito al arrendatario en los treinta días siguientes a la perfección del contrato, en la actualidad aunque no se dice nada sobre ello, es lógico en aras de la buena fe contractual que el arrendatario sea informado por el enajenante de la enajenación realizada al objeto de que conozca la nueva parte contractual; de todas formas, mientras dicha notificación no se realice los pagos de renta hechos por el arrendatario, se consideran liberatorios *ex artículo 1527 del Código Civil*, sin olvidarnos tampoco del derecho de adquisición preferente que regula el artículo 25 de la LAU.

Nada obsta a que el adquirente y transmitente alcancen determinados pactos sobre las condiciones en que ha de producirse dicha cesión o subrogación contractual, teniendo siempre en cuenta los límites del artículo 1255 del Código Civil, para garantizar así la duración mínima legal.

B) *Contratos de duración superior a cinco años*

El artículo 14.2 de la LAU dice: «Si la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que en él concurren los requisitos del artículo 34 de la LH. En este caso, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, reste por cumplir».

Si el arrendamiento se pactó por un plazo superior a cinco años, la regla general es que el adquirente tiene que soportar el arrendamiento por la totalidad de la duración pactada, si bien se introduce como excepción que en el adquirente de la vivienda concurren los requisitos del artículo 34 de la LH en cuyo caso el comprador se subroga en las obligaciones del arrendador solo hasta el cumplimiento de los cinco primeros años, transcurridos los cuales, el adquirente está facultado para dar por terminado el arrendamiento.

Todo esto nos lleva a preguntarnos cuándo el adquirente puede alegar su condición de tercero hipotecario para así acortar la duración del arrendamiento. Para ello es necesario que se cumplan los requisitos del artículo 34 de la LH, es decir, que se trate de un adquirente de buena fe, que haya adquirido a título oneroso y mediante un acto válido de quien en el Registro aparezca con facultades para transmitir y que haya inscrito su derecho.

De estos requisitos el que más dificultades plantea a efectos de acreditar su concurrencia es el de la buena fe. En principio, la buena fe es el desconocimiento de la existencia del arrendamiento en la realidad, sin que tampoco conste inscrito en el Registro. Entiendo que se trata de la buena fe del artículo 34 de la LH, no de la buena fe del artículo 36 de la LH, que tiene su ámbito de aplicación en sede de usucapión.

Parece que no existirá buena fe, aunque no esté inscrito el arrendamiento, si el adquirente conocía o podía conocer la existencia del arrendamiento empleando una mínima diligencia, ya que aunque la buena fe se presume en el adquirente, la posesión de la vivienda arrendada implica una situación arrendaticia que difícilmente el adquirente podrá desconocer; si bien corresponde al arrendatario demostrar este conocimiento que, en mi opinión, enervaría los efectos protectores de la buena fe¹², la cual deberá ser apreciada atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Lógicamente si el arrendamiento está inscrito, el adquirente no puede ser considerado tercero hipotecario, ya que no puede alegar desconocimiento de la situación registral y, por tanto, el arrendamiento le es oponible por todo el tiempo de duración pactado¹³. Recordemos que tras la modificación del artículo 2.5 de la LH por la Disposición Adicional 2.^a de la LAU, se facilita la inscripción de los arrendamientos, inscripción también facilitada por el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero.

En definitiva, si concurren los requisitos del artículo 34 de la LH, el adquirente solo debe soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para cumplir el plazo mínimo legal de cinco años, ahora bien para que el arriendo finalice es necesario no solo que se produzca la enajenación, sino que el propio adquirente use de su derecho a darlo por terminado, en este caso surge a favor del arrendatario el derecho a ser indemnizado por el enajenante.

El *quantum* de la indemnización no se rige por las reglas generales de los artículos 1106 y 1107 del Código Civil, sino por los criterios establecidos en el

artículo 14.2 de LAU, consistiendo en el abono de una cantidad equivalente a una mensualidad de renta por cada año del contrato que excediendo de cinco reste por cumplir. La renta será la que esté en vigor en el momento de la extinción del contrato, teniendo, por lo tanto, en cuenta las sucesivas actualizaciones de la renta de los años anteriores.

Las partes intervinientes en el contrato pueden pactar cualquier otra indemnización, pero siempre respetando la cuantía mínima *ex* artículo 14.2 de la LAU, y siempre que no se perjudique al arrendatario, ya que entonces sería nula por aplicación del artículo 6 de la LAU.

3. PACTO DE EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO

El artículo 14.3 regula esta materia diciendo: «Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento, durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años».

Si el arrendamiento está inscrito, en la inscripción se hará constar la existencia del pacto, y existiendo este, el adquirente ya no necesita reunir los requisitos del artículo 34 de la LH, y solo deberá soportar el arrendamiento durante el plazo de cinco años.

Las partes, a las que se refiere la norma, son las que intervienen en el arrendamiento, es decir, arrendador y arrendatario, no las que intervienen en la enajenación, ya que los pactos entre enajenante y adquirente no podrían, en ningún caso, perjudicar los derechos del arrendatario ya que vulnerarían el artículo 6 de la LAU.

Nos podemos plantear si este pacto de extinción excluye la posibilidad de indemnización a favor del arrendatario, el artículo 14 de la LAU solo contempla dicha posibilidad cuando el arrendatario ha sido privado del disfrute de la vivienda por la enajenación de la misma. Hay autores que entienden que también en este caso el arrendatario tiene derecho a ser indemnizado, ya que el pacto determina la oponibilidad del arrendamiento, pero no exonera al arrendador de su obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la vivienda durante el plazo pactado. En mi opinión, la existencia de este pacto, libremente concertado por el arrendatario, le impide reclamar con posterioridad cualquier tipo de indemnización, ya que no existe incumplimiento contractual por parte del enajenante.

4. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS ARRENDAMIENTOS CELEBRADOS BAJO LA LEY 4/2013

La incidencia que tiene en el arrendamiento la finca arrendada también ha sido objeto de modificación por Ley 4/2013 y por tanto aplicable a los contratos que se celebren a partir del 6 de junio de dicho año. El actual artículo 14 LAU distingue si la finca arrendada está o no inscrita en el Registro de la Propiedad:

1. El adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la LH, solo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7¹⁴ y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca.

2. Si la finca no se hallase inscrita en el Registro de la Propiedad, se aplicará lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1571 del Código Civil. Si el adquirente usare del derecho reconocido por el artículo citado, el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar durante tres meses, desde que el adquirente le notifique fehacientemente su propósito, durante los cuales deberá satisfacer la renta y demás cantidades que se devenguen al adquirente. Podrá exigir además al vendedor, que le indemnice los daños y perjuicios que se le causen.

Si comparamos la anterior redacción y la actual vemos que el arrendatario a partir de ahora se encontrará con una situación más precaria si el arrendador enajena la vivienda arrendada. Como hemos visto, el artículo 14 anterior garantizaba al arrendatario la permanencia en la vivienda durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, a pesar de concurrir en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la LH y de no estar inscrito el arrendamiento. Lo que significa que durante, al menos, ese periodo de tiempo, el arrendamiento era oponible sin necesidad para ello de inscripción. En el caso de que la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente quedaba subrogado por la totalidad de dicha duración si no se trataba de un tercero del artículo 34 de la LH. Pero incluso concurriendo los requisitos del artículo mencionado, el adquirente estaba obligado a soportar el arrendamiento durante el tiempo que restara para el transcurso del plazo de cinco años. Más allá del mismo, siendo la duración pactada superior, el adquirente dejaba de estar obligado a soportar el arrendamiento, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de renta en vigor por cada año del contrato que faltara por cumplir.

Con la nueva redacción, no se asegura ya al arrendatario una estancia mínima en la vivienda arrendada en caso de enajenarse, aunque fuera por tres años, que es el plazo mínimo al que se refiere el artículo 9.1.1 LAU. Si quiere evitar que el adquirente ponga término al arrendamiento tendrá que inscribir, ya que el artículo 14 LAU hace depender de tal circunstancia la incidencia que vaya a tener en el arrendamiento la enajenación de la vivienda arrendada y por tanto, la duración de aquel.

Para determinar los efectos de la enajenación de la vivienda arrendada sobre el arrendamiento, se distingue entre:

- Finca inmatriculada en el Registro de la Propiedad, constando registralmente que está arrendada en todo o en parte, distinguiendo, a su vez, si el arrendamiento estuviera inscrito con anterioridad a la transmisión de la vivienda o no.
- Finca no inmatriculada y por tanto, no podrá hallarse inscrito el contrato de arrendamiento.

En el primer caso, si la finca está inscrita, el adquirente que reúna los requisitos del artículo 34 de la LH solo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se halla inscrito conforme a los artículos 7 y 10 LAU. La remisión al artículo 7.2 LAU parece referirse a la oponibilidad del derecho del arrendatario inscrito frente a terceros que también hayan inscrito su derecho (PÉREZ CONESA, 2013, 67). Sin embargo, el arrendamiento inscrito es oponible frente a terceros que no hubieran inscrito, así como frente a terceros que hubieran inscrito su derecho con posterioridad. A la inversa, el arrendamiento no inscrito será inoponible frente a cualquier tercero, con independencia de que haya

inscrito su derecho. Se trata de la aplicación del principio de inoponibilidad de lo no inscrito *ex* artículo 32 de la LH¹⁵.

En el segundo caso y partiendo del supuesto de hecho de la enajenación de la vivienda arrendada cuando el arrendador es verdadero dueño, el adquirente puede dar por terminado el arrendamiento conforme al artículo 1571 del Código Civil, en cuyo caso el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar durante tres meses contados desde que el adquirente le notifique fehacientemente su propósito, durante este plazo, el arrendatario deberá pagar la renta y demás cantidades que se devenguen al adquirente. Como vemos, se concede al arrendatario un derecho frente al adquirente para que pueda continuar en la vivienda arrendada durante tres meses desde que tiene conocimiento de la terminación del contrato de arrendamiento y además podrá exigir al vendedor una indemnización por los daños y perjuicios que se le causen.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M. J. (2013): «Estudio crítico de la reforma del juicio de desahucio por falta de pago por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler», en *Diario La Ley*, núm. 8130.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2013): «Primeras reflexiones sobre la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas», en *Diario La Ley*, núm. 8099.
- CORDÓN MORENO, F. (2013): «La reforma del juicio de desahucio en la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, págs. 191-196.
- FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2013): *Arrendamientos urbanos: Derecho sustantivo y procesal. Adaptado a la Ley 4/2013, de 4 de junio*, Madrid, El Derecho Grupo Francis Lefebvre.
- GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2013): «El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, págs. 170-190.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1994): *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Valladolid, Lex Nova.
- LOSCERTALES FUENTES, D. (2013): «El Registro de la Propiedad y los arrendamientos urbanos», en *Revista el Notario del Siglo XXI*, núm. 53.
- MARÍN LÓPEZ, J. J. (2005): «Comentario al artículo 14», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (COORD.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- PAU PEDRÓN, A. (1995): *La protección del arrendamiento urbano*, Madrid, Cuadernos Civitas, ed. Civitas.
- PÉREZ CONESA, C. (2013): *Arrendamientos de vivienda y desahucios: Su reforma. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- SERRANO ALONSO, E. (1995): «Comentario al artículo 14», en X. O'CALLAGHAN (dir.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*, Madrid, Edersa.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 22 de mayo de 1963.
- STS de 23 de diciembre de 1988.
- STS de 17 de noviembre de 1989.
- STS de 9 de junio de 1990.
- STS de 6 de junio de 1990.
- STS de 14 de junio de 1997.
- STC de 16 de enero de 1992.
- STC de 24 de enero de 1995.
- STC de 9 de mayo de 1995.
- STS de 28 de julio de 1993.
- STS de 29 de septiembre de 1997.
- STS de 21 de julio de 1998.
- STS de 6 de marzo de 2013.
- STS de 20 de marzo de 2013.
- STS de 10 de junio de 2013.
- STS de 21 de enero de 2014.
- STS de 18 de marzo de 2014.
- STS de 27 de marzo de 2014.
- SAP de Asturias, de 9 de abril de 2011.

NOTAS

¹ Como señala GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2013), «El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6/2013, pág. 173: «Los problemas de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 no tienen su origen en la prórroga quinquenal obligatoria. En la práctica judicial, han sido infinitamente superiores los pleitos motivados por el arrendatario dentro del periodo pactado (a veces muy superior al periodo prorrogable) que los que han tenido por objeto la pretensión de denegación de prórrogas por parte del arrendador. Para el arrendador, un arrendamiento largo con un arrendatario de calidad es la mejor de las inversiones, porque le permite amortizar los costes de adecuación de la vivienda sin someterse a las necesidades cambiantes de otros arrendatarios o a pretensiones de minoración de la renta inicial una vez novado el contrato tras la expiración del plazo prorrogado. Y si el arrendatario es moroso, el arrendador ya podía resolver el contrato dentro del plazo contractual incluso pactado, pues el pago de la renta era y es causa de resolución de pleno derecho (art. 27 LAU). El problema de toda legislación arrendaticia urbana está en la lentitud de los procesos de desahucio y no en el número de prórrogas obligatorias, máxime cuando ahora el arrendador puede oponerse a cualquiera de ellas, una vez cumplido el primer año del contrato sin que la necesidad se haya previsto en el contrato (art. 9.3 LAU)».

² En este sentido, la Exposición de Motivos dice: «es preciso normalizar el régimen jurídico del arrendamiento de viviendas para que la protección de los derechos, tanto del arrendador como del arrendatario, no se consiga a costa de la seguridad del tráfico jurídico, como sucede en la actualidad. La consecución de dicha finalidad exige que el arrendamiento de viviendas regulado por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, se someta al régimen general establecido por nuestro sistema de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y en consecuencia, en primer lugar, que los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no pueden surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho y, en segundo lugar, que el tercero adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la LH, no pueda resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito. Todo ello sin mengua alguna de los derechos ni del arrendador ni del arrendatario».

³ Véase CORDÓN MORENO, F. (2013), «La reforma del juicio de desahucio en la Ley de Medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6/2013, págs. 191-196.

⁴ La STS, de 18 de marzo de 2014, entiende que el arrendador está facultado para resolver el contrato de arrendamiento por impago puntual de renta por parte del arrendatario y estima la acción de desahucio por falta de pago y de reclamación de cantidades. Se considera incumplimiento contractual el impago de una mensualidad, las partes pactaron el abono de renta dentro de los cinco primeros días de cada mes y no durante la primera quincena, en este caso el pago se realizó el último día del mes y una vez presentada la demanda, habiéndose producido una anterior enervación, por lo que el TS consideró que el arrendador está facultado para resolver el contrato. En sentido similar, la STS de 27 de marzo de 2014, acuerda la resolución por falta de pago de la renta y declara como doctrina jurisprudencial que el pago total de la renta del arrendamiento de una vivienda, fuera de plazo y después de presentada la demanda de desahucio, no excluye la posibilidad de la resolución arrendaticia o, en su caso, de declarar enervada la acción de desahucio, aunque la demanda se funde en el impago de una sola mensualidad de renta, sin que el arrendador venga obligado a soportar que el arrendatario se retrase de ordinario en el abono de las rentas periódicas.

⁵ La sentencia de la AP de Asturias, de 9 de abril de 2001, establece el carácter meramente enunciativo de esta norma. Es también la tendencia dominante en la doctrina: MARÍN LÓPEZ, J. J. (2002), «Comentario al artículo 13», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (COORD.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 3.ª ed., Pamplona, 2002, pág. 287; GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1997), *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Valladolid, 1997, ed. Lex Nova.

⁶ PÉREZ CONESA, C. (2013), *Arrendamientos de vivienda y desahucios: Su reforma*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, señala: «Podría haberse preservado dicha garantía con tan solo haber adaptado en el artículo el plazo de cinco años al nuevo de tres años, pero no lo ha hecho así el legislador, puesto que no es esa su intención, sino la de obligar indirectamente al arrendatario al inscribir, con lo que ello lleva consigo».

⁷ De acuerdo con el artículo 7.2 LAU, los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas inscritos en el Registro de la Propiedad surten efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho.

⁸ Según el artículo 14 LAU: «El adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 LH, solo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca». Entre las obligaciones del arrendador está la de respetar la prórroga obligatoria si el arrendatario no manifiesta su voluntad en contra, al igual que la prórroga voluntaria anual si ninguna de las partes notifica a la otra lo contrario.

⁹ CARRASCO PERERA, A. (2012), «Comentarios al Proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de viviendas», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 4, 2012, pág. 128.

¹⁰ Este es el criterio que sigue tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia del TS en sentencias de 28 de julio de 1993, 29 de septiembre de 1997, 21 de julio de 1998, entre otras.

¹¹ En contra de esto último destaca la opinión de SERRANO ALONSO, E. (2013), «Comentario al artículo 14», en Xavier O'CALLAGHAN (COORD.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 24/1994, de 24 de noviembre)*, Madrid, Ed. Edersa, pág. 148, considera que la enajenación comprende la compraventa de la vivienda arrendada y la permuta de la misma, que son actos de enajenación o de disposición onerosa, quedando excluidos los actos de disposición a título gratuito que realice el arrendador, de manera que la donación de la vivienda no afecta a la relación arrendaticia.

¹² En este punto son distintas las opiniones doctrinales suscitadas, parte de la doctrina ha defendido que la apariencia arrendaticia evidente excluye la buena fe, ya que esta conlleva desconocimiento del arrendamiento, el cual supone un *ius possessionis* público y notorio que elimina *per se* la ignorancia del arrendamiento. Otros autores como PAU PEDRÓN, A. (1995), *La protección del arrendamiento urbano*, Madrid, Civitas, consideran que

la apariencia arrendaticia no desvirtúa la buena fe, ya que de lo contrario la prueba para destruir la buena fe se estaría facilitando injustificadamente en el arrendamiento frente a cualquier otro derecho real.

Por su parte, MARÍN LÓPEZ, J. J. (2005), «Comentario al artículo 14», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Navarra, Thomson Aranzadi, señala que: «no parece posible sostener la existencia de una buena fe “arrendaticia” superpuesta y diferente a la buena fe “hipotecaria” que presume el apartado segundo del artículo 34 de la LH, ni es razonable imponer al adquirente de la vivienda arrendada un canon de diligencia más gravoso que a cualquier otra persona que adquiera a título oneroso de persona que en el Registro aparezca con facultades transmisivas e inscriba su derecho».

¹³ En este sentido, SERRANO ALONSO (1995), *ob. cit.*, señala que: «La calificación del adquirente como tercero de buena fe o sin ella depende de la circunstancia de haberse inscrito el contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad y que la vivienda figure inscrita a nombre de la persona que resulte ser el arrendador».

¹⁴ Recordemos que el artículo 7.2 LAU tipifica: «En todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad».

¹⁵ El artículo 32 de la LH dice: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

1.6. Responsabilidad civil

Responsabilidad civil del fabricante: análisis de casos limítrofes y aplicabilidad de la noción técnica de productor a otros agentes económicos

Civil liability for damage caused by defective products: possible subjects to assimilate to the final producer

por

FELIPE MUÑOZ BENAVENTE¹

Abogado

Doctorando del Departamento de Derecho Civil de la UNED

RESUMEN: El concepto normativo de productor que concibe la Directiva 85/374, eje central en el sistema de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos instaurado por la UE, engloba ciertos agentes económicos que participan en el proceso fabril de un producto o en su etapa de comercialización, equiparados —idealmente— al productor final de un producto en calidad de productores, para hacerles responder ante el perjudicado por el defecto de un producto. Sin embargo, esta decisión del legislador europeo abre espacio a algunas situaciones límite, donde no está claro si otros agentes económicos no nombrados por la referida Directiva, dadas las circunstancias concurrentes, pueden ser considerados como productores con el fin pragmático de aplicarles este sistema especial de responsabilidad. Este trabajo analiza varios casos donde podría estimarse que este régimen especial de responsabilidad extiende su ámbito subjetivo de aplicación, vía análisis e interpretación de los principios inspiradores de la Directiva 85/374.

ABSTRACT: *The normative concept of producer which conceives Directive 85/374, the core of the system of civil liability for damage caused by defective products introduced in the EU, includes a number of operators involved in the manufacturing process of a product or its commercialization, which are ideally-matched to the final producer of a product as producers to make them accountable to the injured by a product defect. However, this decision of the european legislator open space to a series of border situations where it is not clear whether other operators not named by this Directive, given the circumstances, can be considered as producers with the pragmatic purpose of applying this special system responsibility. This paper attempts to analyze several cases it may be considered that this special liability regime extends its scope of application, via analysis and interpretation of the principles underlying Directive 85 /374.*

PALABRAS CLAVE: Directiva 85/374. Productor. Sujetos equiparados. Riesgo de empresa. Riesgo creado.

KEY WORDS: *Directive 85/374. Producer, Subjects to assimilate to the final producer. Business risk. Risk created thesis.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DEFINICIÓN DE PRODUCTOR.—III. SUJETOS ASIMILADOS AL PRODUCTOR EN LA DIRECTIVA 85/374: 1. EL PRODUCTOR APARENTE. 2. EL PRODUCTOR DE PARTE COMPONENTE (PRODUCTOR PARCIAL) Y EL PRODUCTOR DE MATERIA PRIMA. 3. EL IMPORTADOR COMUNITARIO. 4. EL PROVEEDOR O SUMINISTRADOR FINAL.—IV. ANÁLISIS PARTICULAR DE LA SITUACIÓN DE OTROS AGENTES ECONÓMICOS QUE INTERVIENEN EN LA CADENA DE PRODUCCIÓN O COMERCIALIZACIÓN DEL PRODUCTO, QUE PUDIEREN SER EQUIPARADOS AL PRODUCTOR EN BASE A LAS CONSIDERACIONES QUE HAN MOTIVADO LA ASIMILACIÓN AL PRODUCTOR DE CIERTOS AGENTES ECONÓMICOS EN LA DIRECTIVA 85/374: 1. EL ENVASADOR O EMBALADOR DEL PRODUCTO. 2. EL INSTALADOR. 3. EL ENSAMBLADOR. 4. LA SITUACIÓN DE UNA EMPRESA DE SERVICIOS QUE INTERVIENE EN EL PROCESO FABRIL DE UN PRODUCTO. 5. EL PRODUCTOR BAJO PATENTE INDUSTRIAL O LICENCIA Y EL LICENCIANTE. 6. EL PRODUCTOR QUE CEDE O APORTA A UNA ASOCIACIÓN EMPRESARIAL UNA PATENTE INDUSTRIAL. 7. LAS INTEGRACIONES VERTICALES Y HORIZONTALES DE EMPRESAS. 8. EL CASO DE UNA EMPRESA SUBSIDIARIA O FILIAL DE UNA EMPRESA PRODUCTORA. 9. EL DISTRIBUIDOR. 10. EL ARTESANO. 11. EL PRODUCTOR COMITENTE Y EL PRODUCTOR COMETIDO. 12. EL CONSUMIDOR QUE MANDA ELABORAR BIENES CONFORME DETERMINADAS ESPECIFICACIONES.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se piensa en el régimen especial de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos que se impuso en la Unión Europea («UE»), a través de la Directiva 85/374/CCE, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos («Directiva 85/374»), indudablemente la figura central es el productor, pues sobre él se estructura todo este sistema de responsabilidad civil por daños. Por así decirlo, en cabeza de él se encauza toda la carga resarcitoria que surge de los daños causados por los defectos de los productos elaborados industrial y masivamente². Por ello, no es de extrañar que la Directiva 85/374 haya decidido concebir una noción amplia de productor.

El productor es, sin duda, un elemento esencial y de los más complejos dentro de la arquitectura de esta Directiva, porque le atribuye directamente la responsabilidad de los daños causados por un defecto de un producto elaborado por él (LASARTE, 2013, 236; BERCOVITZ, BERCOVITZ, 1987, 263), según determina el artículo 1. Este precepto señala que el productor «...será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos», lo cual se justifica, al decir de PARRA LUCÁN, porque él es quien está en mejores condiciones para controlar el proceso productivo y así evitar la introducción en el mercado de productos defectuosos y contratar los seguros idóneos para ampararse de accidentes de consumo de este tipo (PARRA LUCÁN, 1995, 738; RUIZ MUÑOZ, 1999, 518; SOTOMAYOR GIPPINI, 1994, 66-67; CILLERO DE CABO, 2000, 108), primas que además puede recargar en el precio de sus productos.

Por lo demás, dadas las características del comercio moderno transfronterizo, lo más habitual es que en las relaciones de consumo casi nunca exista contacto entre productor y perjudicado, incluida la situación de los *bystander*, esto es, aquellas personas dañadas por su mera cercanía o contacto con un producto

defectuoso. Como evidencia de la ausencia de ese contacto directo, actualmente en los procesos productivos participan distintos agentes económicos, a veces en virtud de relaciones societarias y en otras ocasiones como simples proveedores, sea de materias primas, partes integrantes, productos acabados, importadores, mayoristas, minoristas, etc. Todo ello dificulta notablemente al justiciable identificar, con exactitud, quién es el productor de un producto determinado, lo que desde luego es una señal de alarma para el legislador de la UE. En este sentido, se adoptó una decisión pragmática creando un gran responsable de cara a los eventuales perjudicados, quienes sin más demoras y sin mayores problemas de identificación, pueden proceder a demandar a un agente económico normalmente solvente y conocido, como es el productor.

CILLERO DE CABO, en la misma línea, justifica la responsabilidad del productor por los daños causados por sus productos defectuosos, entendiendo que es «...el protagonista indiscutible del sistema económico que se desarrolló a partir de la industrialización, a la vez que director del proceso de producción, principal fuente de estos daños...» (CILLERO DE CABO, 2000, 42). Es una visión compartida por CALVO, para quien, en el contexto del proceso productivo moderno, caracterizado por la división y especialización del trabajo, es al productor, «...que ha organizado el sistema de producción integrado...», a quien le corresponde asumir el riesgo de empresa (CALVO ANTÓN, 1994, 40).

Atendiendo a las reflexiones previas, la Directiva 85/374 focaliza la responsabilidad por productos defectuosos sobre el productor, adoptando una definición particularmente vasta de este agente económico. Apréciase que no solo concibe al productor en términos generosos, según veremos, sino que además acude a la técnica de la asimilación o equiparación a otros agentes económicos que, en sentido estricto no son productores, si bien para esta legislación especial son considerados, normativamente hablando, como si lo fueran, imponiéndoles una responsabilidad directa en carácter de tales.

Por tanto, al concepto de productor y al análisis de otros agentes económicos asimilados a él, dedicaremos las líneas siguientes. En su virtud, prescindiremos del estudio de la figura del proveedor o suministrador final, pues si bien puede ser responsable bajo la égida de la Directiva 85/374, no lo es en carácter de productor ni como sujeto equiparado a él (un responsable directo), sino que responde subsidiariamente a falta de identificación del productor u otro responsable directo, reunidos ciertos requisitos que se desprenden del artículo 3.3 de la Directiva que comento³. Ello nos permite no considerarlo en este trabajo.

Por ende, una vez diseccionados los conceptos de productor y de los sujetos equiparados a él en la Directiva 85/374, dilucidaremos la situación de otros agentes económicos que también pudieran ser aparejados a este protagonista indiscutido del sistema de la UE de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

II. DEFINICIÓN DE PRODUCTOR

En una aproximación inicial al concepto de productor, puede definirse este agente económico como «...cada una de las personas que intervienen en la producción de bienes o servicios»⁴. Sin embargo, con mayor rigor conceptual, podemos buscar en la Directiva 85/374 una noción de productor, perfilada en el Considerando 4.º que, reafirmandose en el deber de proteger al consumidor, expresa que: «...la protección del consumidor exige que todo aquel que participa en un

proceso de producción deba responder en caso de que el producto acabado o una de sus partes o bien las materias primas que hubiera suministrado fueran defectuosos...»⁵.

Contesta a esta verdadera declaración de principios, el artículo 3.1⁶, donde se define al productor como la persona que fabrica un producto acabado o que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante y a toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto; agregando que se considerará productor a toda persona que importe un producto en la UE con la finalidad de venderlo, alquilarlo, de darlo en arriendo financiero o en cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial e, incluso, si el productor no pudiera ser identificado, se asimila al proveedor a la figura del productor, reunidos ciertos requisitos que la misma disposición señala. PIZARRO, coherente con la definición normativa, nos dice que es productor «...cualquier persona física o jurídica que, sin alcanzar tal condición, se presenta externamente al público como fabricante o productor poniendo su nombre, denominación, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto o en el envoltorio o cualquier otro elemento de protección, de presentación o en la publicidad» (PIZARRO, 1997, 385). Por ende, puede concluirse que el término productor abarca, en principio, al productor real de un producto final —léase productor final—, al productor parcial de una parte integrante de un producto elaborado —léase productor parcial o de parte componente—, así como al productor de una materia prima y a quien se presenta al público como el productor del producto sin serlo.

Como se ve, se trata de una definición verdaderamente expansiva, en que pareciera conceptualizarse ampliamente a este agente económico, más que nada nos dice LUCEA, «...por una cuestión de resultado...» (LUCEA MARTÍNEZ, 1986, 21), pues no exige requisitos especiales para ser productor; sino, simplemente, que sea quien «...fabrica un producto acabado... produce una materia prima... fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto...», como dispone el artículo 3.1 ya citado.

Sin embargo, esta posibilidad de definir al productor por una cuestión de resultado también admite otra lectura, pues profundizando en los preceptos en cuestión, pudiera concluirse que es productor quien pone o introduce un producto en los canales de distribución, esto es, en el mercado. Para sostener esta afirmación, podemos detenernos en el artículo 7.a) de la Directiva 85/374, que permite exonerarse de toda responsabilidad al productor que demuestre que no ha puesto en circulación el producto defectuoso causante del daño⁷. Esta apreciación, para LUCEA, es reflejo de que el legislador de la UE «...está teniendo presente fundamentalmente al fabricante que posee una organización suficiente para intervenir en el mercado...» (LUCEA MARTÍNEZ, 1986, 21), lo que es armónico con el párrafo tercero de la Exposición de Motivos («EM») de la Directiva al plantear lo siguiente: «...La responsabilidad no debiera exigirse más que por razón de bienes muebles que son objetos de producción industrial».

Por último, merece la pena enfatizar que para que exista responsabilidad del productor (y de los sujetos asimilados a él, según veremos enseguida) por daños causados por un producto defectuoso, es menester que su actividad sea profesional, exigencia enraizada en la finalidad y razón de ser de la Directiva 85/374, explicitada en la causal de exoneración de responsabilidad consagrada en su artículo 7.c), que declara libre de toda responsabilidad al productor no

profesional⁸. Puede ilustrarse con el asunto ventilado por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en su sentencia de 19 de septiembre de 2011, cuando determina la condena toda vez: «que se ha acreditado sobradamente en autos que el fallo de diseño estructural existía en ambas grúas y que el mismo era la única y exclusiva causa del colapso de una de ellas, sin que se aprecie la intervención de terceros (SERTEMAC) en condiciones que pudieran interrumpir el nexo causal o reducir, en todo o en parte, la responsabilidad del fabricante de las grúas (y, por ende, de su entidad aseguradora de responsabilidad por producto) [...] Resulta claro, a juicio de la Sala, que la responsabilidad civil del fabricante de un producto —que es la asegurada— comprende, en primer lugar, los daños y/o la pérdida de ese mismo producto como consecuencia de un defecto de fabricación (y así es innumerable la jurisprudencia recaída estableciendo la responsabilidad civil del fabricante como tal fabricante, con independencia de los contratos por él suscritos con los usuarios o titulares de esos productos, e indemnizar el daño sufrido por el mismo producto —siendo el ejemplo típico la reparación o sustitución de automóviles defectuosos—)».

III. SUJETOS ASIMILADOS AL PRODUCTOR EN LA DIRECTIVA 85/374

Aclarado ya que la Directiva ha optado por una noción amplia de productor, es conveniente explicar la posible concurrencia de responsabilidad a título de productor de ciertos agentes económicos que, en puridad, no lo son, pero a los cuales por razones de política jurídica, imbuidas de un alto grado de pragmatismo, se les asimila o equipara a la figura de productor para efectos de hacerlos responder civilmente por los daños causados por productos defectuosos.

En efecto, la Directiva 85/374 considera productores a los agentes económicos que, en relación a un producto defectuoso: (i) lo importan a la UE; (ii) le colocan signos distintivos, tales como marcas, signos, logos u otros; y (iii) no está identificado el productor (RODRÍGUEZ LLAMAS, 1997, 74). Nos referimos al importador comunitario, al productor aparente y al proveedor o suministrador, aunque este último no responde directamente como el resto de los nombrados, sino subsidiariamente, a falta de identificación del productor propiamente tal o de alguno de los sujetos asimilados a él por la Directiva.

Como se evidencia, la noción inicial de productor comienza a ensancharse, pues queda de manifiesto que además de los casos de sujetos equiparados al productor normativamente, la realidad económica y comercial nos muestra un abanico de otros supuestos en que ciertos agentes económicos pudieran ser considerados productores, invocado los mismos o similares principios y razones que aquellos que el legislador comunitario consideró para asimilar a determinados agentes económicos al productor.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial («SAP») de Valladolid, de 21 octubre de 1994⁹, expresa que el concepto de productor no puede ser interpretado en sentido estricto, confinado al empresario que elabora el producto final, pues: «...cabe también extenderlo al que fabrica una parte componente del producto [...] a quien aporta al producto su patente, fórmula de composición y el método de fabricación, como una parte inmaterial del mismo...». Por tanto, reitera la existencia de otros agentes económicos que pueden resultar responsables bajo la disciplina de la Directiva 85/374, a título de productores. En general, podrían estimarse como productores o equiparables a un productor, todos quienes participan en la cadena de producción y comercialización del producto; los

licenciantes de marcas; los anunciantes; el productor de componentes o partes o elementos integrantes; el productor de materias primas; quien arma un producto final, con los elementos o componentes suministrados por terceros; los locadores de servicios que, para prestarlos, usan productos; quienes importan productos terminados, elementos integrantes o materias primas a la UE; quienes transfieren tecnologías para la elaboración de un producto; quienes ponen su marca en los productos fabricados por terceros; quienes certifican la calidad o características determinadas de un producto; quienes anuncian o realizan la publicidad de un producto; los dependientes de una empresa productora que introdujeron los defectos del producto; el dueño o guardián del producto; y el proveedor del producto, si el productor no resulta identificado, etc.

Aplicada esta visión generosa del concepto de productor, queda la fuerte impresión que el legislador de la UE adoptó la decisión de crear un «... círculo de personas que deben ser responsables...» (ALCOVER GARAU, 1990, 90), estructurando un elenco de legitimados pasivos cuya responsabilidad se puede hacer efectiva, «...independientemente de su carácter de contratante o tercero, surgiendo con independencia de que medie o no un contrato entre las partes, prescindiendo de toda preocupación dogmática por ser encuadrada dentro de la esfera contractual o extracontractual...» (RODRÍGUEZ CARRIÓN, 2000, 30). FARINA, en idéntica línea argumental, puntualiza que la responsabilidad del productor comprende no solo la de quien produce, sino que «...la de toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, que desarrolla actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, clasificación, elaboración, en base, acondicionamiento, etc., de bienes...» (FARINA, 1995, 331). Por último, BUSTAMANTE ALSINA, con gran sentido práctico, asevera: «...para proteger a la víctima con el debido resarcimiento debe buscarse al responsable a través de todas las etapas de la circulación desde el fabricante hasta quien puso el producto al alcance de la víctima...». De este modo se evita la indefensión de la víctima ante la imposibilidad de identificar al productor directo del producto defectuoso causante del daño, abriéndole la posibilidad de demandar a otros agentes económicos que, por sus actuaciones o por su intervención en la cadena de valor del producto, han sido equiparados a la figura del productor, a fin de hacerles responder civilmente.

Asumido lo anterior, analizaremos primero los casos de equiparación mencionados por la propia Directiva 85/374 y luego de ello, otros supuestos donde se puede inferir de los principios informativos de esta nomenclatura y de las definiciones y ejemplos proporcionados por la norma, que estamos frente a un agente económico merecedor de la calificación como productor, con la finalidad de hacerles responder por daños causados por productos defectuosos.

1. EL PRODUCTOR APARENTE

MEDINA *et al.* definen al productor aparente como la persona que se presenta al público como productor, poniendo su nombre, marca, logo o cualquier otro signo distintivo en el producto, en su envase o en su envoltorio o en cualquier otro elemento de protección o de presentación del mismo (MEDINA ORTA, MÉNDEZ GARCÍA DE PAREDES, RUBIO BENITO, 2001, 41 y sigs.) PIZARRO, a su turno, lo define como «...cualquier persona física o jurídica que, sin alcanzar tal condición, se presente externamente al público como fabricante o productor, poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección,

de presentación o en la publicidad...» (PIZARRO, 1989, 385). Desde luego, el productor aparente no es quien ha elaborado el producto, sin embargo, se presenta como si lo fuese realmente. Por ello, al decir de RODRÍGUEZ CARRIÓN, es quien «...se presenta, a los ojos del público, como si fuese el fabricante del producto, colocando en el mismo cualquier distintivo suyo externo, de forma que genera la apariencia jurídica ante los terceros de ser fabricante del producto, cuando realmente no lo es, puesto que no interviene en el proceso de producción, sino solo en el de distribución, permaneciendo oculto, o anónimo, el verdadero fabricante del producto» (RODRÍGUEZ CARRIÓN, 2000, 123-124; JIMÉNEZ LIÉBANA, 1998, 265; ALCOVER GARAU, 1993, 264; DE LA VEGA GARCÍA, 1998, 108).

La definición de productor aparente reside en el artículo 3.1 de la Directiva 85/374: «...toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto...»¹⁰. Nótese que este precepto alude a «cualquier persona que se presente como tal...», en el entendido que la voz «presentación» lleva implícito que se trata de algo manifestado al público, esto es, dirigido a los adquirentes del producto, consumidores y usuarios en general.

¿Cuál es la razón de su incorporación como responsable? Esta duda es válida, pues puede llamar la atención que se le haya asimilado al productor, en circunstancias que él no crea (fabrilmente) el defecto del producto, ni colabora en su aparición. Por ende, las razones de su incorporación tienen que ser otras, distintas a la actividad industrial. La doctrina entiende que se justifica la atribución de responsabilidad sobre este agente económico en virtud del riesgo de empresa y de la generación de confianza (ALTERINI, 1993). Y sobre este último argumento prestaremos mayor atención, pues la generación de confianza en el público, a través del empleo de su marca, nombre, prestigio, etc., explica sobradamente que se le haga responder, pues esa confianza se traduce en que el público compra sus productos pensando que serán seguros (PIZARRO, 1997). ALTERINI sentencia que quien pone su marca en el producto, sin haberlo fabricado, por ese solo hecho está generando confianza en el público y motivando sus decisiones de consumo, «...razón suficiente para hacerlo responsable...» (ALTERINI, 1993, 541).

Entonces, atendida la trascendencia de las marcas y de la publicidad en la decisión de consumo de las personas, se sostiene esta asimilación del productor aparente al productor, pues se subentiende que ellas generan en el consumidor razonables expectativas de calidad y seguridad del producto y, más aun, lo deciden a adquirirlo. Es por ello que TALLONE asevera que «...los conceptos de marca y publicidad juegan un importantísimo rol...» (TALLONE, 2002, 142), ya que el poder de convocatoria de la marca «...lleva a que los consumidores o usuarios de estos productos bajen la guardia en cuanto a la toma de medidas de seguridad de estos productos...» (ÍÑIGO CORROZA, 2001, 283), relajando sus controles y cuidados al consumirlos o emplearlos.

De estas apreciaciones surge la idea de MARKESINIS, para quien la configuración como responsable del productor aparente es «...la contrapartida de la apariencia creada por el producto y la contrapartida de una necesaria seguridad» (ALTERINI, LÓPEZ CABANA, 1995, 250). ATAZ, más rotundo, justifica la responsabilidad del productor aparente en una necesaria protección de la apariencia jurídica y, también, en una suerte de protección global del mercado, ya que «...quien incorpora su nombre o marca al producto genera una confianza en el mercado y, en cierto modo, asume su autoría; aparte de que la empresa comercializadora del mismo, en cuanto es quien se beneficia de él, debe correr también con las

consecuencias gravosas que se puedan deparar si el producto resulta perjudicial» (ATAZ LÓPEZ, 1995, 66).

Por último, MARCO aporta otro sólido argumento, pues nos recuerda que en las modernas relaciones comerciales «...no es infrecuente que una gran empresa distribuidora comercialice, bajo su propia marca o signo, productos fabricados por productores anónimos, que, en realidad, han actuado siguiendo instrucciones y bajo el control del titular de la marca, de manera que, en esos casos, la figura del productor aparente y la del productor, por así decirlo, real, podrían llegar a coincidir, si las referidas instrucciones determinan que dicho productor aparente pueda ser considerado artífice del diseño o concepción del producto» (MARCO MOLINA, 2007, 186).

2. EL PRODUCTOR DE PARTE COMPONENTE (PRODUCTOR PARCIAL) Y EL PRODUCTOR DE MATERIA PRIMA

Estos responsables figuran en el artículo 3.1 de la Directiva 85/374, que también los denomina productores, definiéndolos como la persona que fabrica una parte o elemento integrante de un producto acabado y a quien produce una materia prima, respectivamente¹¹.

Para configurar su responsabilidad, se deben considerar independientemente las partes integrantes respecto del producto terminado, pues acontece que el defecto puede derivar de esa parte integrante y nada más que de ella. Con ese antecedente a la vista, la solución ideada por el legislador es que el productor de partes integrantes se apareja, en todo, al productor final, debiendo responder con este de cualquier daño, aunque pudiera considerársele responsable único «...si el defecto pueda ser fácilmente aislado con relación al bien que ha pasado a integrar» (AA.VV., ORDUÑA MORENO, 1998, 110).

Su responsabilidad se sustenta en el hecho que ha puesto en circulación bienes defectuosos incorporados a un producto final o a otros componentes o a materias primas integrantes del producto final. Como dicen los BERCOVITZ, se justifica su responsabilidad porque cada uno de ellos «...ha podido con su conducta empresarial (personal o de sus empleados o subordinados), ser la causa del defecto dañoso. Lógico es, pues, que todos ellos sean responsables» (BERCOVITZ, 1987, 266).

Del mismo modo, el productor de una materia prima debe responder por cualquier defecto de ella. Y si la materia prima defectuosa se integra o incorpora a un producto terminado, en opinión de VATTIER responden tanto el productor (final) de dicho producto, ya que es responsable de cualquier defecto del mismo y por ende, de su materia prima, como el productor de la materia prima de la que tal producto se nutre, sea total o parcialmente (VATTIER FUENZALIDA, 2004, 55-56).

De lo dicho hasta aquí, parece razonable concluir que al productor parcial, cuyo producto ha sido concebido y fabricado como producto de serie, debe dársele el tratamiento reservado por la Directiva 85/374 para el productor. Sin embargo, es distinto el caso del productor de partes integrantes de productos que no han sido concebidos de forma autónoma, sino siguiendo especificaciones técnicas o guías específicas establecidas por el productor final.

En ese caso, si la parte integrante es inadecuada o inapropiada en relación con las exigencias específicas del producto y lo priva de la seguridad que legítimamente cabía esperar, indudablemente estaremos frente a un producto defectuoso. La interrogante a despejar es quién responde en este supuesto: ¿el

productor final o el productor de la parte integrante? RODRÍGUEZ LLAMAS analiza esta situación, planteándose una primera hipótesis en la cual el productor final es el responsable, si es que ha dado las instrucciones de fabricación, guías técnicas o especificaciones técnicas que el productor de parte integrante se ha limitado a cumplir; concluyendo que este último no puede ser considerado responsable del defecto del producto final (RODRÍGUEZ LLAMAS, 1997, 121). Puede parecer, según esta conclusión, que al productor de parte integrante o de materias primas no le asiste obligación alguna de informarse acerca de las exigencias que sus productos deben satisfacer, aunque parece de suyo evidente que al menos puede exigírsele que su producto cumpla con las condiciones o exigencias habituales en relación a su uso o empleo normal, a menos, claro está, que se le hayan solicitado por el productor final precisas y determinadas características o condiciones.

Es por ello, finalmente, que no responde en estos dos supuestos recogidos en el artículo 7.f) de la Directiva 85/374¹² como causales de exoneración de responsabilidad —pese a que el producto sea defectuoso—, consistentes en que el defecto del producto sea imputable: (i) al diseño del producto al que se ha incorporado la parte o elemento integrante. En puridad, en este caso no se puede decir que la parte componente sea defectuosa, por lo que en realidad nos encontramos ante una excepción, en opinión de ALCOVER (ALCOVER GARAU, 1990, 106); o (ii) a las instrucciones dadas por el productor final, pues si bien la parte integrante es defectuosa, ello ha ocurrido por culpa del productor final, quien ha dado instrucciones erróneas, por las que debe responder.

En este sentido, sobre la acción de responsabilidad civil por un producto defectuoso ejercitada contra GENERAL MOTORS ESPAÑA, S. L., en su admitida condición de fabricante/importador del turismo conducido por la perjudicada el día del siniestro, fechado en 1 de noviembre de 2002, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 27 de marzo de 2014, resuelve la existencia de un producto defectuoso, atendidos los artículos 217.2.º LECivil, 5 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por daños causados por productos defectuosos, y 139 del Real Decreto Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, así como a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2008.

3. EL IMPORTADOR COMUNITARIO

La Directiva 85/374, en su artículo 3.2, indica que el importador comunitario será considerado como productor¹³ y, por ende, responsable directo frente al perjudicado, incluso si el productor está identificado. Como dice BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, es indispensable que se trate de un importador en el territorio de la UE (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1987, 83 y sigs.), pues, en caso contrario (o sea, un importador nacional de un producto procedente de un país comunitario), dicho importador no puede ser considerado productor para estos efectos, pues es un mero proveedor o suministrador del producto, por lo que su responsabilidad en ningún caso sería la del productor o la del importador comunitario. De ello se sigue que para los efectos de esta Directiva, la noción legal de importador comprende a la empresa o empresario que importa productos desde un país situado fuera de la UE, introduciéndolos en cualquier país que forme parte de esta. Este concepto es consecuente con la concepción de Mercado Común, esto es, mercado sin fronteras, tal y como dispone el artículo 30 del Tratado Constitutivo

de la UE¹⁴, en cuanto se prohíbe a los Estados miembros imponer restricciones cuantitativas a la importación o cualquier otra medida de efecto equivalente.

El necesario carácter extracomunitario del importador para ser equiparado al productor, ha sido ratificado consistentemente por la jurisprudencia. Sin ir más lejos, la sentencia del Tribunal Supremo («STS»), de 14 de julio de 2003, afirma que la responsabilidad por productos defectuosos se extiende «...a todo el que importe productos en la Comunidad»¹⁵. Por su parte, la SAP de Asturias, de 21 de marzo de 2001¹⁶, dictaminó que la demandada *Peugeot España, S. A.*, no podía «...considerarse como importador del gato, pues se fabrica dentro de la Unión Europea, lo que impide la aplicación del apartado 2.º del artículo 4 de la Ley de 6 de julio de 1994». Ratifica el criterio anterior esta misma AP, en fallo de 28 de enero de 2004¹⁷, referido a las lesiones causadas a un trabajador por el desprendimiento de una plataforma elevadora defectuosa de un camión, respecto de cuyo vendedor y su pretendida calidad de importador se dijo que: «...el hecho de que la plataforma en cuestión haya sido fabricada e importada de Suecia, país perteneciente a la Unión Europea, le excluye del concepto legal de importador a que se refiere el artículo 4.º, número 2 de dicha Ley».

En síntesis, para que el importador comunitario pueda ser equiparado al productor, deben reunirse los siguientes requisitos: (i) la importación debe ser consecuencia del ejercicio de una actividad empresarial, exigencia que se deriva de la decisión del legislador comunitario de responsabilizar por los daños causados por productos defectuosos solo a quienes desempeñen una actividad comercial¹⁸; (ii) la importación tiene que realizarse en la UE; (iii) el producto debe provenir de un país no comunitario¹⁹; y (iv) el producto debe estar destinado a la venta, arrendamiento, arrendamiento financiero u otra forma cualquiera de distribución.

Las razones que justifican la asimilación del importador comunitario al productor se explican, más que nada, en la idea de facilitar al perjudicado el ejercicio de sus acciones indemnizatorias contra el importador —que en este caso es comunitario—, más que en contra del productor real, quien se encuentra domiciliado en un país extracomunitario. En el pensamiento de GUTIÉRREZ SANTIAGO, la responsabilidad del importador de productos a la UE: «...evita, como mínimo, las peliagudas dificultades que acarrearía al perjudicado el tener que demandar a un fabricante instalado fuera de esos confines; obstáculos que se traducirían, en todo caso, en importantes costos para aquel y, a menudo, en una auténtica frustración de la reparación del daño sufrido...» (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2006, 388). Así lo confirma la STS de 3 de diciembre de 1997, que responsabiliza al importador comunitario, pues «...si no se pudiera detectar la responsabilidad del importador, la víctima se vería desasistida, debido, a veces, a la imposibilidad práctica de dirigirse contra el fabricante extranjero, que puede estar sometido a una normativa en caso de responsabilidad, no exigible con arreglo a las pautas nacionales...» (VELA SÁNCHEZ, 2004, 28), sentencia que refleja el prurito defensor en favor de la víctima que anida en esta nomenclatura comunitaria, pues si el perjudicado tuviese que demandar a un productor situado fuera de la UE, lo más probable es que no pudiera hacerlo, sea por los costos de ese juicio, o por las dificultades inherentes de litigar en otro país y bajo otras legislaciones, etcétera, frustrándose todo el carácter protector de esta legislación especial.

Alguna discusión ha habido respecto de la responsabilidad del importador comunitario de una parte integrante o de una materia prima. En nuestra opinión, debiera considerársele un responsable más, pues pese a que el artículo 3.2 de la Directiva 85/374²⁰ solo menciona que responde el importador comunitario de un producto, sin especificar si se trata de una parte integrante o materia prima,

ocurre que tales partes o elementos integrantes, así como las materias primas, también son producto para los efectos de esta legislación especial, según la definición de producto que se recoge en el artículo 2²¹ de la Directiva 85/374²².

4. EL PROVEEDOR O SUMINISTRADOR FINAL

El artículo 3.3 de la Directiva 85/374 consagra una asimilación entre el productor y el proveedor, reunidos ciertos requisitos y condiciones, siempre bajo la égida de proteger al consumidor y facilitar la obtención de reparaciones por parte del perjudicado por un daño originado por un producto defectuoso.

Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en estos no estuviera indicado el nombre del importador comunitario, predica la disposición en cita²³.

Sin embargo, como decíamos, la responsabilidad de este agente económico en el contexto de la Directiva no es directa sino subsidiaria y a falta de identificación del productor o del importador comunitario o de alguno de los otros posibles responsables por asimilación al productor, razón por la cual, omitiremos más análisis a sus respectivos.

IV. ANÁLISIS PARTICULAR DE LA SITUACIÓN DE OTROS AGENTES ECONÓMICOS QUE INTERVIENEN EN LA CADENA DE PRODUCCIÓN O COMERCIALIZACIÓN DEL PRODUCTO, QUE PUDIEREN SER EQUIPARADOS AL PRODUCTOR EN BASE A LAS CONSIDERACIONES QUE HAN MOTIVADO LA ASIMILACIÓN AL PRODUCTOR DE CIERTOS AGENTES ECONÓMICOS EN LA DIRECTIVA 85/374

Nos parece interesante discutir la situación de ciertos agentes económicos que, de alguna manera, participan lucrativamente en la cadena de producción o comercialización de un producto, cuya intervención podría ser la causa basal del defecto. Por tanto, dilucidar si pueden ser considerados como productores por aplicación de la teoría del riesgo de empresa y/o del riesgo creado, tiene la importancia de hacerles aplicable las normas de esta legislación especial. En caso contrario, entendemos que el perjudicado siempre podrá intentar responsabilizar a este agente económico que no es posible de calificar como productor, pese a que su intervención en la manufactura del producto o en su comercialización lo han vuelto defectuoso, pero a través de los remedios que ofrece el Derecho común.

Entre otros casos, nos parece atractivo analizar la situación de los siguientes agentes económicos: (i) el envasador o embalador del producto; (ii) el instalador; (iii) el ensamblador; (iv) la situación de una empresa de servicios que interviene en el proceso fabril de un producto; (v) el productor bajo patente industrial o licencia y el licenciante; (vi) el productor que cede o aporta a una asociación empresarial una patente industrial; (vii) las integraciones verticales y horizontales de empresas; (viii) el caso de una empresa subsidiaria o filial de una empresa productora; (ix) el distribuidor; (x) el artesano; (xi) el productor comitente y el productor cometido; y (xi) el consumidor que manda elaborar bienes conforme determinadas especificaciones.

1. EL ENVASADOR O EMBALADOR DEL PRODUCTO

El envasador o embalador del producto se limita a prestar un servicio que, por su propia naturaleza, no puede afectar la seguridad del producto. Por lo que nos parece que en ningún caso puede ser asimilado al productor. Por ende, si algún daño causa el envasador o embalador con su quehacer, este es resarcible a través de los remedios que ofrece el Derecho Común.

Solo en circunstancias especialísimas y productos muy sensibles, pudiera realmente elucubrarse una responsabilidad del envasador o el embalador surgida de alguna manipulación del producto que afecte la seguridad legítimamente esperable en su uso o consumo. Probablemente sería el caso de un envase primario, que por regla general es provisto por el propio productor o fabricante. En caso de deterioros o daños a esos envases o embalajes secundarios, no se estaría afectando la seguridad del producto y más bien lo que sucede es que se hace imposible su comercialización.

En este punto, la explosión del envase de un refresco puede producir responsabilidad, como mantiene la STS de 29 de mayo de 1993, citando a su vez las SSTS de 14 de noviembre de 1984 y 25 de marzo de 1991: «a) La responsabilidad civil del fabricante por los daños causados a los usuarios o consumidores de los productos que aquel elaboró, habrá de basarse bien en la negligente fabricación, con lanzamiento al tráfico comercial de una sustancia defectuosa, ora en faltas cometidas respecto de la necesaria instrucción o información, es decir, en el olvido de las indicaciones precisas para la utilización, absteniéndose de comunicar al público los peligros que el uso entraña, por lo que los daños pueden ser directamente causados por el propio producto o motivada por la carencia de instrucciones o inadecuación de las mismas en cuanto a sus cualidades, características y forma de empleo, prescindiendo de señalar las precauciones que han de adoptarse; doble aspecto que también aparece recogido en el artículo 1 del Convenio de La Haya de 21 de octubre de 1972, sobre Ley aplicable a la responsabilidad por tales daños, en cuanto indica que ha de tratarse de los causados por el producto, así como de los provenientes de una indicación inexacta o de la ausencia de indicaciones sobre sus cualidades específicas o su modo de empleo, y que asimismo tiene eco en la jurisprudencia de esta Sala, que en unas ocasiones contempla el quebranto causado por incorrecta fabricación o defectuoso envase del preparado —sentencias de 26 de marzo de 1982 y 29 de marzo de 1983— y en otras el ocasionado por la falta de instrucciones para la utilización de sustancias de alto poder tóxico —sentencia de 20 de octubre de 1983—».

2. EL INSTALADOR

A propósito del instalador, CALVO distingue dos situaciones distintas: (i) aquella en que la actividad del instalador es accesoria y solo consiste en el aporte de trabajo, supuesto en el cual la figura del productor predominará a efectos de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos y, por ende, el instalador debiera catalogarse como un mero prestador de servicios; y (ii) aquella en que el instalador realiza una actividad plenamente autónoma, utilizando elementos o productos de diversa procedencia, caso en el cual nos parece que, efectivamente, asume el rol de productor, pues al menos respecto de las partes o piezas empleadas para la realización de la instalación, es un productor parcial (CALVO ANTÓN, 1994, 41).

Así, la SAP de Baleares, de 28 de diciembre de 2004, en un caso de incendio de una caldera que obligó a su sustitución, amén de condenar al instalador a la indemnización de los daños, conforme a las normas generales, «la sujeta a la LRCDCPD (pese a lo dispuesto en su art. 10) y le equipara al fabricante, con arreglo al artículo 4 *in fine* de la Ley 22/94». Por el contrario, la SAP de Barcelona, de 17 de abril de 2009, absuelve al carpintero instalador por cuanto: «No puede atribuirse al carpintero instalador responsabilidad alguna por la falta de control de calidad de los materiales, al tratarse de una función que ni normativa ni contractualmente le venía impuesta, tanto más cuanto el coste de ese control de calidad era asumido *a priori* por el propio contratista, al reducirse del importe de las certificaciones el porcentaje pactado por tal concepto, reducción del precio que fue efectivamente realizada. En definitiva, no siendo imputable a la demanda un reproche culpabilístico en la elección y control del material y habiendo ejecutado correctamente la obra, no le es atribuible incumplimiento del que derive su responsabilidad, por lo que procede su absolución, ello sin perjuicio de las acciones que, fundadas en la responsabilidad decenal, en la protección al consumidor o en la responsabilidad civil del fabricante de productos defectuosos, pudieran amparar al dueño de la obra».

3. EL ENSAMBLADOR

La mayor parte de la Doctrina opina que el ensamblador debe ser considerado como un productor. Su función, al decir de MARKOVITZ, es la de encajar o combinar productos fabricados por un tercero (MARKOVITZ, 1990). Es decir —señala MILLER— es quien une y acopla productos fabricados por otros (MILLER, 1979, 60), actividad que en opinión de RODRÍGUEZ CARRIÓN: «...debe ser considerada de producción y no de servicios; por lo que el ensamblador deviene fabricante y, por lo tanto, sujeto activo responsable de los daños causados, al comercializar el producto como propio, ejerciendo su control sobre el producto final» (RODRÍGUEZ CARRIÓN, 2000, 121). Por así decirlo, el resultado final de la actividad del ensamblador es un producto terminado y, por ende, es plenamente responsable como productor. Incluso si el daño causado por el producto final en verdad obedece al defecto de un bien incorporado a él²⁴.

4. LA SITUACIÓN DE UNA EMPRESA DE SERVICIOS QUE INTERVIENE EN EL PROCESO FABRIL DE UN PRODUCTO

Es interesante ponderar si una empresa de servicios que interviene en una etapa del proceso fabril de producción de un bien, puede ser calificada como productor, a fin de poder aplicarle esta legislación especial de resultar defectuoso este producto en definitiva. Podría ser el caso de un proceso de barnizado, de un tratamiento térmico, de un proceso de impermeabilización, etc.

Desde luego y desde una óptica muy simple, podemos entender que únicamente se trata de servicios prestados al productor final del producto, caso en el cual, obviamente no se le puede calificar de productor. En cambio, desde un ángulo más complejo y bajo la premisa de que este agente económico en realidad interviene en el proceso productivo de un producto que resultó defectuoso, es posible entender que debe tener responsabilidad bajo el título de productor de fase o de parte integrante, por lo que debe responder bajo la Directiva 85/374.

Por último, nos parece que su teórica responsabilidad como productor solo debiera gatillarse si el defecto del producto final es causado por un defecto del servicio o de la actividad desarrollada por él en el proceso productivo. Por tanto, extender su responsabilidad como productor por otros hechos que no han estado bajo su control ni organización empresarial y que sí dependen de otros agentes económicos que ya responden a título de productor, sería un exceso.

5. EL PRODUCTOR BAJO PATENTE INDUSTRIAL O LICENCIA Y EL LICENCIANTE

El productor bajo una patente industrial o licencia, en nuestra opinión debe considerarse sometido a esta disciplina especial, pues, al fin y al cabo, es productor del bien potencialmente defectuoso.

Por su parte, el licenciante o cedente de la patente no figura como productor en las definiciones de la Directiva 85/374 (RODRÍGUEZ CARRIÓN, 2000, 121), ni se le ha equiparado normativamente al productor. En su virtud, podría concluirse que no existen argumentos de índole jurídica para considerarlo como un productor para los efectos de esta disciplina especial. Con todo, esta afirmación exige matices, como veremos en los apartados siguientes.

6. EL PRODUCTOR QUE CEDE O APORTA A UNA ASOCIACIÓN EMPRESARIAL UNA PATENTE INDUSTRIAL

Armonizando lo dicho en el acápite anterior, puede discutirse la situación del titular o licenciatario de una patente que, mediante alguna forma de asociación empresarial, la cede o licencia, contribuyendo así al proceso productivo del bien que termina siendo defectuoso.

¿Puede ser considerado productor este agente económico? GÓMEZ CALERO piensa que una patente no puede calificarse como parte o elemento integrado al producto y tampoco es un insumo o materia prima (AA.VV., ORDUÑA MORENO, 1998, 110). De hecho, esta situación está contemplada expresamente en el artículo 78 de la Ley de Patentes²⁵, que señala que quien transmite una solicitud de patente o una patente ya concedida, o bien otorga una licencia, responderá solidariamente con el adquirente o con el licenciatario de las indemnizaciones a que hubiere lugar. Significa, por tanto, que quien aporta una patente empleada en la fabricación de un producto, cualquiera que sea el título en virtud del cual lo haga, incurre en responsabilidad si el producto causa un daño, independientemente de su calificación como defectuoso o no. Por lo que devendría en ocioso el ejercicio de asimilarlo al productor para hacerle responder bajo esta nomenclatura especial, en circunstancias que esta situación ya está prevista y resuelta por un cuerpo legal específico.

Sin embargo, estas ideas pueden quedar en entredicho si atendemos a lo prevenido por la SAP de Valladolid, de 21 de octubre de 1994²⁶, que propala que el concepto de productor no puede ser interpretado, en el contexto de la realidad industrial y comercial actual, en un sentido estricto, circunscrito al empresario que elabora el producto final, postulando un concepto comprensivo de productor, sosteniendo que este concepto debiera englobar a «...quien aporta al producto su patente, fórmula de composición y el método de fabricación, como una parte inmaterial del mismo...», lo que debiera traducirse en que se estime como productor a quien fabrica el producto bajo una patente y también al dueño de una

patente que la ha licenciado, cedido o aportado bajo alguna fórmula asociativa a un tercero que produce bienes. Bajo este enfoque, estaríamos concibiendo a otro agente económico como un responsable más que adicionar al elenco de responsables que contempla la Directiva 85/374.

Otra arista posible de explorar en este contexto, es la situación del titular de una patente o de una licencia aportada a un proceso fabril, que en definitiva torna defectuoso el producto, pero desde el punto de vista de su diseño o concepción. En tal caso, la fórmula asociativa a través de la cual se aporta la licencia al proceso productivo del bien, permitiría considerar a todos los partícipes en esa cadena de valor —en cuanto ponen algo en común con miras a repartirse la utilidad que obtengan—, como productores, lo que comulga plenamente con la tesis del riesgo de empresa, lo que en nuestra opinión sería argumento suficiente para considerar como productor y por ende responsable según esta legislación especial, al dueño de la patente o de la licencia.

7. LAS INTEGRACIONES VERTICALES Y HORIZONTALES DE EMPRESAS

En este caso nos preguntamos si las reorganizaciones empresariales, las fusiones de empresas u otras fórmulas asociativas que se manifiesten como integraciones verticales u horizontales de empresas, permiten estimar como productor a un agente económico que participa de tales estructuras societarias.

En una primera aproximación a este tema, parece interesante resolver la situación de las empresas que se integran verticalmente. En un fenómeno como ese, es palmario que el producto final contiene partes integrantes, insumos o materias primas producidas por diferentes empresas que integran esa cadena vertical, distintos al productor final. En tal supuesto, entendemos que deben aplicarse las reglas que la Directiva 85/374 dispensa para los productores de partes integrantes y materias primas, así como las propias del productor final según corresponda.

En un segundo examen, es interesante analizar la situación de las integraciones horizontales de empresas. En tal caso, los agentes económicos están en el mismo escaño productivo e, incluso, en términos naturales, podrían ser considerados competidores entre sí. Ahora bien, de todas las opciones posibles de fenómenos integrativos, solo mencionaremos el supuesto en que el productor encarga a otra empresa el control de calidad de sus productos, o el caso en que una de las empresas aporta una patente, una licencia, un *know how*, etc. ¿Pueden ser considerados como productores estos agentes económicos que forman parte de una integración horizontal de empresas? Para ALCOVER, el empresario que aporta una patente, licencia o *know how*, en realidad está contribuyendo al producto final con elementos que integran el producto terminado, razón por la cual debe considerárseles como productores responsables, «...ya que en tal caso cabe la aplicación analógica del artículo 3.1 teniendo en cuenta la *ratio legis* del mismo, que no es otra que la de incluir en el círculo de los responsables a los que han tenido una participación directa en la fase de fabricación de forma tal que su actividad genera un riesgo que no es lícito soportar el perjudicado» (ALCOVER GARAU, 1990, 104).

Empero y más allá de la influencia de este autor, nos parece que este supuesto no es una regla general aplicable indiscriminadamente, pues puede resultar muy forzado calificar de productor a un agente económico que, si bien integrado horizontalmente, solo ha contribuido con el diseño del producto. Lo normal es calificarlo simplemente como un asesor, cuya tarea era proyectar o diseñar para

el productor, por lo que de incurrir en un error, su responsabilidad debe perseguirse bajo las reglas del Derecho común. Aunque si queremos tensionar los términos, podría elucubrarse que las empresas integradas constituyen una unidad económica, bajo una misma dirección empresarial y, por esa vía, enderezar una demanda contra todas estas empresas como productoras del producto.

8. EL CASO DE UNA EMPRESA SUBSIDIARIA O FILIAL DE UNA EMPRESA PRODUCTORA

Similar al caso de una integración empresarial (horizontal o vertical), es el supuesto de una empresa productora que posee una compañía subsidiaria o filial en un 100 por 100, que interviene en el proceso de comercialización del producto defectuoso causante del daño. La controversia residirá en si esa empresa subsidiaria o filial, en cuanto distribuidora del producto o incluso suministradora de este, puede ser estimada como productor más que como proveedor.

Sobre esta problemática es necesario distinguir algunas situaciones posibles. Verbigracia, puede ocurrir que la función de esta empresa filial o subsidiaria sea simplemente comercializar o distribuir el producto en cuestión, sin ninguna intervención ni directriz de la matriz, que es la empresa productora. En tales casos, nos parece que la figura más nítida es la de considerar a esa empresa filial o subsidiaria como un simple distribuidor o proveedor. En el extremo opuesto, puede acontecer que la empresa filial o subsidiaria en realidad dependa en todas sus políticas y conductas de las instrucciones de la empresa matriz. Es decir, no tenga ninguna independencia ni autoridad para desarrollar su rol comercial, sino, más bien, ser un instrumento de las políticas y decisiones comerciales decididas por la matriz. En tales casos, pareciera plausible concluir que existiendo una unidad de dirección, de propósito y de control, bajo el concepto de unidad de negocio o unidad empresarial, o incluso de integración funcional (no jurídica sino de propósito), pudiera ser calificada esta empresa como un departamento o Sección más de la empresa productora, pues simplemente forma parte del departamento de comercialización o ventas. En tal caso, más que proveedor, la filial o subsidiaria, en los hechos, es una extensión del productor, lo que permitiría hacerla responsable a título de productor y no de proveedor o suministrador.

Desde luego, esta tesis es compleja y contingente, pues dependerá de las circunstancias si se está frente a un productor o no, a ponderar por el juzgador casuísticamente²⁷.

9. EL DISTRIBUIDOR

Según *ALCOVER*, el distribuidor no debiera ser considerado productor para efectos de ser considerado responsable bajo esta legislación especial, pues ello «...podría incrementar de manera excesiva e inútil los costes asegurativos, en perjuicio de los consumidores y de los pequeños distribuidores...» (*ALCOVER GARAU*, 1990, 96), brindando una razón pragmática para eliminarlo del elenco de responsables.

Si bien se trata de una opinión absolutamente razonable, quizás pueda dársele consideración a una hipótesis en que el distribuidor puede llegar a ser calificado como responsable, pues sabemos que el proveedor puede liberarse de responsabilidad identificando al productor del producto defectuoso o a su propio proveedor, quien perfectamente puede ser un distribuidor, atendidas las estructuras

comerciales en boga, caso en el cual se le haría responder como productor si a su turno no es capaz de identificar al productor, o a algún sujeto equiparado a este o a su propio distribuidor.

En este sentido, la STS de 29 de marzo de 2006, sobre la responsabilidad de la compañía suministradora de bombonas de gas, asevera haciendo propios los argumentos de la Audiencia: «puede afirmarse que Repsol ha actuado negligentemente en dos aspectos: la información al usuario y la revisión de la instalación. Por cuanto se refiere a dicha información, esta obligación viene impuesta por la propia Ley de Consumidores y Usuarios [art. 2.1.d) y art. 13.1.f)]. En la actualidad en el ámbito de la Ley 22/94 basta que el producto no contenga información sobre su utilización que afecte a su seguridad para ser considerado producto defectuoso (...). Lo cierto es que la demandada Repsol no solo no aporta contrato alguno en el que se expliquen las instrucciones para el uso de las bombonas, sino que fundamentalmente no consta que cada una de ellas tenga la información necesaria para garantizar una adecuada seguridad al usuario. Dicho de otro modo, es exigible que todas y cada una de las bombonas acompañen instrucciones para su uso. La información debe acompañarse al producto. Como ya se indicó, el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias no exime de responsabilidad a Repsol. Además este defecto de información impediría apreciar culpa alguna en el usuario, puesto que es un requisito previo e inexcusable para que le pueda ser imputada una utilización incorrecta. Un segundo aspecto del que se desprende negligencia es la revisión de las instalaciones. A tal efecto señala REPSOL que el Reglamento de la actividad de distribución de gases licuados del petróleo, aprobado por Real Decreto de 11 de septiembre, impone a los titulares de los contratos de suministro o a los usuarios el mantener en perfecto estado la instalación, revisándolas periódicamente cada cinco años».

10. EL ARTESANO

La figura del artesano es compleja desde el prisma de la responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos, pues si la idea basal es hacer responder como productor a quien ha organizado profesionalmente una labor productiva, las peculiaridades de la labor artesanal se alejan del arquetipo industrial. En suma, confecciona sus productos personalmente, sustentados en su habilidad personal y al margen de todo proceso industrializado.

Atendidas tales consideraciones, se suele sostener que la responsabilidad por daños por productos defectuosos elaborados artesanalmente está sometida al Derecho Común (ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, 1974, 187), pues es imposible vincular su actividad con la tesis del riesgo creado o la del riesgo de empresa que, como se sabe, son los sustentos dogmáticos del régimen de responsabilidad objetivo (en rigor cuasi-objetivo) implantado por la Directiva 85/374.

Con todo, no es posible obviar las corrientes que postulan que en realidad no es posible entablar diferencias entre productores y artesanos en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, ya que entre ellos no hay diferencias que justifiquen la aplicación de regímenes diferentes de responsabilidad. En tal contexto, ZANNONI señala que de todos los argumentos esgrimidos para fijar la responsabilidad del artesano bajo la Directiva 85/374, el único que no aplica es aquel que sostiene que el productor puede distribuir mejor el riesgo²⁸, por lo que es razonable analizar su situación bajo el alero de la teoría del riesgo de empresa o del riesgo creado (ZANNONI, 1984, 275).

En nuestra opinión, definir si el artesano puede ser responsable como productor o no, debe resolverse sobre el elemento de profesionalidad, pues si en su labor en realidad concurre una organización industrial, donde el eje de la actividad es la producción masiva y no su habilidad personal, debiera aplicarse la Directiva 85/374. En caso contrario, si prima la labor individual basada en su destreza personal, debiera dejársele al margen de esta nomenclatura especial, quedando su responsabilidad regida por el Derecho común.

11. EL PRODUCTOR COMITENTE Y EL PRODUCTOR COMETIDO

Este supuesto refiere a un fenómeno habitual en las organizaciones empresariales modernas, donde por insuficiencias de capacidad instalada, es posible que parte de una producción se encargue a otro productor. Este encargo fabril puede configurar un arriendo de servicios, un contrato de mandato o un subcontrato de producción, según las circunstancias, relación en la cual es posible distinguir un productor comitente o mandante, quien le encarga a otro productor, el cometido, la fabricación de sus productos.

La pregunta obvia es si este productor cometido tiene responsabilidad como productor conforme la Directiva 85/374. La respuesta de la Doctrina es que debe ser tratado como productor final del producto, sin excusas, lo que es absolutamente coherente con la naturaleza de la labor que desarrolla y, además, se sostiene que no puede eximirse de responsabilidad mediante el pretexto de ser su mandante o comitente el verdadero productor del producto defectuoso que ha causado el daño.

Nos parece que quizá la única salvedad que pudiera discutirse en esta hipótesis apunta al caso en que el defecto del producto obedezca a instrucciones erróneas del comitente o a un diseño impuesto por el productor comitente o a otra situación similar que justifique la aparición del defecto, pues en tal evento la responsabilidad podría ser compartida entre el productor cometido y el productor comitente (AA.VV., ORDUÑA MORENO, 1998, 110); o bien, ser por entero responsabilidad del productor comitente, según las circunstancias, aplicando la regla del artículo 7.f) de la Directiva 85/374²⁹.

Adicionalmente, nos parece que si el productor cometido por alguna circunstancia pone su marca, razón social, logo o signos distintivos en el producto que luego es comercializado, se daría la figura del productor aparente y, por tanto, pasible de responsabilidad conforme al artículo 3.1 de la Directiva 85/374³⁰.

12. EL CONSUMIDOR QUE MANDA ELABORAR BIENES CONFORME DETERMINADAS ESPECIFICACIONES

Nos parece que un consumidor podría ser considerado como productor, a los efectos de la Directiva 85/374, si al pretender construir un producto, sea un producto final o uno que está destinado a ser parte integrante de otro, lo encarga a un tercero bajo instrucciones y especificaciones determinadas para su fabricación o ensamblaje.

Desde luego, esta hipótesis admite una primera respuesta muy obvia, consistente en que este consumidor no pierde su calidad de tal por el solo hecho de encargar la elaboración de un bien bajo ciertas instrucciones. De hecho, faltaría en este supuesto la nota de profesionalidad o de actividad empresarial que exige la Directiva 85/374 para estar frente a un productor.

Sin embargo, sofisticando este ejercicio, del análisis de las definiciones de *consumidor* y de *bienes elaborados conforme a las especificaciones dadas por un consumidor* contenidas en la Directiva 83/2011, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva 83/2011»), nos parece que pudiera generarse un caso en que este consumidor que encarga la fabricación de un bien bajo determinadas especificaciones puede ser considerado como un productor. Desde luego, se requieren ciertas condiciones o circunstancias para que esta hipótesis se verifique, que iremos comentando enseguida.

En efecto, la Directiva 83/2011 define consumidor en su artículo 2.1 como «...toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva³¹, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión», definición que nos obliga a poner cuidado en las expresiones «...con un propósito ajeno a su actividad...», pues permite columbrar la posibilidad de que existan actos de consumo amparados por contratos con doble finalidad o mixtos, en que el consumidor en realidad se desdobra, pues detenta al mismo tiempo la calidad de consumidor y de comerciante, precisando el Considerando 17.º de esta Directiva que para discernir si estamos o no frente a un consumidor en los contratos con doble finalidad, es necesario distinguir si su objeto se relaciona o no con la actividad comercial del sujeto o, si por el contrario, esa relación es tan limitada o tenue que no predomina en el contexto general del contrato. Por ende, se puede concluir que hay actos de consumo en que si bien el consumidor no pierde su carácter de tal, es posible concebir que también tiene un rol comercial o económico. El artículo 4.2 de esta Directiva define lo que se entiende por bienes elaborados conforme a las especificaciones de un consumidor como «...aquellos bienes no prefabricados para cuya elaboración sea determinante una elección o decisión individual por parte del consumidor».

De modo que si entendemos que el consumidor en ciertos casos realiza actividades que además de consumo son de intermediación para él, y asumiendo que en tales casos se trata de una actividad no esporádica —aunque tampoco industrializada—, como podría ser la fabricación y venta de un vehículo terrestre de tracción a vela, que construye para él, que emplea un tiempo y que luego decide vender (es decir, lo pone en el mercado), repitiendo este esquema cada tanto para ir perfeccionado su trineo de viento y obtener alguna ganancia, empieza a surgir un germen de duda sobre su eventual calidad de productor; pues en una figura como la descrita, es plausible vislumbrar la existencia de una cierta organización de medios de producción, con la cual se lucra por el organizador y controlador de esta actividad. Si a ello le sumamos que alguno de estos trineos de viento portan un defecto de diseño o de fabricación, que luego devienen en un daño para sus posteriores adquirentes o usuarios, pareciera ser que concurren todos los elementos estructurales de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, pues estamos ante un producto defectuoso, es puesto en circulación, se produce un daño (por ende hay un perjudicado distinto al consumidor) y existe un agente económico, aunque sea a nivel muy básico e independientemente de su categorización como formal o informal, que obtiene una ganancia con su actividad empresarial o semi-empresarial. Todo lo cual, nos parece, justifica suficientemente la aplicación de la tesis del riesgo creado o la del riesgo de empresa.

De hecho, un supuesto como el descrito no es tan inusual en estos tiempos, pues existen un sinnúmero de pasatiempos que en algún momento se transfor-

man en un negocio o emprendimiento. Pensemos, por ejemplo, en los *tunning* de automóviles y motocicletas, la construcción y/o adaptación de embarcaciones de remo o vela, la construcción de ultralivianos y alas delta, etc. De ahí que resulte interesante ponderar si además de las posibilidades de intentar una acción resarcitoria por responsabilidad contractual o extracontractual, según las circunstancias concomitantes, sea posible enderezar una demanda en un caso como este invocando la calidad de productor y bajo este sistema especial de responsabilidad. Nuestra opinión es que ello es viable, como queda indicado.

V. CONCLUSIONES

I. En el régimen especial de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos impuesto en la UE por la Directiva 85/374, la figura central es el productor, pues sobre él se canaliza la responsabilidad indemnizatoria por los daños causados por productos defectuosos, según se desprende del artículo 1 del texto que comento.

II. Se instaura por esta Directiva un régimen de responsabilidad objetiva del productor (en verdad casi-objetivo), sobre el factor de atribución objetivo de responsabilidad del riesgo creado en su versión riesgo de empresa.

III. En este sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, le será imputada responsabilidad a todo agente económico que intervenga profesionalmente en un proceso productivo industrial y masivo.

IV. Con tales antecedentes, el legislador de la Unión Europea ha concebido la noción de productor en términos amplios, ya que no solo es «...la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto...» en su artículo 3.1, sino que equipara normativamente —es decir, en una conexión ideal o de deber ser—, al productor con otros agentes económicos que en realidad no son productores, con la finalidad de hacerlos responder ante el perjudicado por el producto defectuoso como si hubiesen sido sus verdaderos productores. Así acontece con las figuras del productor aparente, del productor de parte componente (productor parcial) y del productor de materia prima, del importador comunitario y del proveedor o suministrador final como hemos tenido oportunidad de comentar con precedencia.

V. Desde luego, esta decisión de crear un elenco de responsables por daños causados por productos defectuosos obedece a una disposición de política jurídica, donde prescindiendo de purismos dogmáticos, se instaura un sistema protector en favor de quienes resulten dañados por productos defectuosos.

VI. Sin embargo, este ejercicio demanda del legislador el empleo de enunciados normativos amplios, si bien y naturalmente no son capaces de capturar todas las opciones o posibilidades que ofrece la rica realidad económica y comercial constatada en los mercados. La experiencia empírica muestra situaciones y coyunturas en que se ven envueltos diferentes agentes económicos que, bajo ciertas circunstancias y de la mano de interpretaciones más o menos generosas, permitirían incluirlos como productores, aunque no figuren en la Directiva 85/374 como sujetos equiparados a este último.

VII. Pensamos que el efecto práctico de este ejercicio interpretativo es desembocar en la aplicación de la Directiva 85/374 a otros agentes económicos no previstos expresamente, con la ventaja para los perjudicados de disponer

de otros sujetos a quienes demandar bajo esta nomenclatura especial. Tal es la situación, entre otros, del envasador o embalador del producto; del instalador, del ensamblador; de una empresa de servicios que interviene en el proceso fabril de un producto; del productor bajo patente industrial o licencia y el licenciante; del productor que cede o aporta a una asociación empresarial una patente industrial; de las integraciones verticales y horizontales de empresas; de una empresa subsidiaria o filial de una empresa productora; del distribuidor; del artesano y del productor cometido, hipótesis todas que intentamos analizar en sus méritos, particularmente a través de la lupa de la tesis del riesgo creado y del riesgo de empresa.

VIII. Del estudio realizado de estas otras hipótesis, podemos concluir que la determinación de si un agente económico puede ser calificado como productor o no dependerá de las circunstancias del caso; de una interpretación idónea de los preceptos de la Directiva 85/374 que compendian la figura del productor y de los sujetos equiparados a él, que no puede prescindir de las realidades empresariales y económicas imperantes en el mercado; y de una correcta aplicación del factor de atribución de responsabilidad del riesgo creado, que no solo debe emplearse para imputar responsabilidad a un agente económico que se define o califica normativamente como productor; sino que también deberá ser utilizado como elemento guía en la interpretación de los casos que la exuberante realidad comercial —siempre en ebullición, siempre cambiante—, nos pueda ofrecer. En suma, la tesis del riesgo creado nos muestra la clave de bóveda a través de la cual discernir en los casos complejos comentados con antelación y que, evidentemente, el legislador de la UE —en verdad cualquier legislador— no está ni puede estar en situación de prever al tiempo de crear la norma, que en cuanto tal, es una descripción general y abstracta de la institución regulada.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 9 de febrero de 2006.
- STJUE de 2 de diciembre de 2009.
- STS de 29 de mayo de 1993.
- STS de 3 de diciembre de 1997.
- STS de 14 de julio de 2003.
- STS de 29 de marzo de 2006.
- STS de 7 de noviembre de 2008.
- SAP de Valladolid, de 21 de octubre de 1994.
- SAP de Asturias, de 21 de marzo de 2001.
- SAP de Baleares, de 28 de diciembre de 2004.
- SAP de Barcelona, de 17 de abril de 2009.
- SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 19 de septiembre de 2011.
- SAP de Barcelona, de 27 de marzo de 2014.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., ORDUÑA MORENO, F. J., director (1998): *Contratación y consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ALCOVER GARAU, G. (1993): «La responsabilidad civil del fabricante», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, vol. XIX.

- (1990): *La responsabilidad civil del fabricante. Derecho Comunitario y adaptación al Derecho español*, Madrid, Editorial Civitas.
- ALTERINI, A. A. (1993): «Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza», en AA.VV., KEMELMAJER DE CARLUCCI (dir.), PARELLADA (coord.), *Derecho de Daños, Segunda Parte (Homenaje a Félix A. Trigo Represas)*, Buenos Aires, La Roca.
- ALTERINI, A. A., y LÓPEZ CABANA, R. (1995): *Temas de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina.
- ATAZ LÓPEZ, J. (1995): «La legitimación pasiva en la Ley 22/1994, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos», en *INIURIA*, 5.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1987): «La adaptación del Derecho español a la Directiva Comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos», en *EC*, 12.
- BERCOVITZ, A., y BERCOVITZ, R. (1987): *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos.
- BERCOVITZ, R., y BERCOVITZ, A. (1986): *La nueva Ley de patentes: ideas introductorias y antecedentes*, Madrid, Tecnos.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. H. (1992): «Responsabilidad civil por productos elaborados o defectuosos», en *LL*, diciembre.
- CALVO ANTÓN, M. (1994): «La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 4, 31-55. Madrid, Ed. Complutense.
- CILLERO DE CABO, P. (2000): *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Madrid, Civitas.
- DE LA VEGA GARCÍA, F. L. (1998): *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^ª D.; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA; POUS DE LA FLOR, M.^ª P., y TEJEDOR MUÑOZ, L. (2012): *Derecho Civil de la Unión Europea*, Ed. Colex.
- DONADO VARA, A. (2011): «La responsabilidad civil por productos defectuosos», en *Derecho de daños: una perspectiva contemporánea*, Ed. Palestra. Perú, págs. 199-216.
- FARINA, J. M. (1995): *Defensa del Consumidor y del Usuario*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- GÓMEZ LAPLAZA, M. C. (2000): «La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea. Presente y futuro», en *AC*, 15.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2006): *Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*, Granada, Comares.
- ÍÑIGO CORROZA, M. E. (2001): *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Barcelona, Bosch.
- JIMÉNEZ LIÉBANA, D. (1998): *Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*, Madrid, McGraw-Hill.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013): *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, Dykinson.
- LUCEA MARTÍNEZ, R. (1986): «La regulación de daños a consumidores en la legislación española. Seguridad y responsabilidad de productos», en AA.VV., *Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros*, Madrid, Ed. Mapfre.
- MARCO MOLINA, J. (2007): *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, Barcelona, Atelier.
- MARKOVITZ, Y. (1990): *La Directive CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

- MEDINA ORTA, O.; MÉNDEZ GARCÍA DE PAREDES, J. L., y RUBIO BENITO, N. (2001): «Marcas de distribuidor y marcas de fabricante. ¿Presentan calidades similares?», en *EC*, 56.
- MILLER, C. J. (1979): *Product Liability & Safety Encyclopedia*, London, Butterworths & Company.
- PARRA LUCÁN, M. A. (2006): «La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales», en *Tratado de responsabilidad civil*, coord. por REGLERO CAMPOS, L. F. Pamplona, Aranzadi.
- (1995): «Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos», en *Aranzadi Civil*, 36.
- PIZARRO, D. (1989): «Causalidad adecuada y factores extraños», en *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Roca.
- (1997): «Responsabilidad civil del que pone la marca en un producto defectuoso y en un servicio defectuosamente prestado», en AA.VV.; BUERES, A. J., y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dirs.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L. (2000): *La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, Valencia, Ed. Revista General de Derecho.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, S. (1997): *Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*, Pamplona, Aranzadi.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (1974): *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia-Zaragoza, Real Colegio España.
- RUIZ JIMÉNEZ, J. (2005): «Responsabilidad por productos defectuosos», en *RCDI*, 81, 692, 2005, págs. 2110-2116.
- RUIZ MUÑOZ, M. (1999): «Responsabilidad civil del empresario/fabricante», en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, Madrid, McGraw-Hill.
- SOTOMAYOR GIPPINI, J. M. (1994): «La nueva Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos», en *RES*, núm. 79.
- TALLONE, F. C. (2002): *Daños causados por productos elaborados*, Buenos Aires, Hammurabi.
- VATTIER FUENZALIDA, C. (2004): «Responsabilidad civil por alimentos defectuosos y seguridad alimentaria», en *Cuadernos de Derecho Agrario*, La Rioja, Universidad de La Rioja.
- VELA SÁNCHEZ, A. J. (2004): *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Granada, Comares.
- ZANNONI, E. (1984): «Responsabilidad por productos elaborados», en *Seguros y Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Astrea.

NOTAS

¹ Abogado, cd UNED. Dirección: 13 Norte, núm. 853, piso 9, Viña del Mar, Chile.fmuñoz@bmsabogados.cl

Agradezco al Departamento de Derecho Civil de la UNED, el apoyo que me ha dispensado y en particular a mi director de tesis, el catedrático de Derecho Civil de la UNED, profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ y a mi codirectora, la profesora M.^a Fernanda MORETÓN SANZ por las revisiones sucesivas de mis trabajos y artículos.

² Directiva 85/374, artículo 3.3: «Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informara al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró».

el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. / Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en estos no estuviera indicado el nombre del importador al que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del productor».

³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22.ª ed.

⁴ Directiva 85/374, Considerando 4º: «la protección del consumidor exige que todo aquel que participa en un proceso de producción, deba responder en caso de que el producto acabado o una de sus partes o bien las materias primas que hubiera suministrado fueran defectuosos; que, por la misma razón, la responsabilidad debiera extenderse a todo el que importe productos en la Comunidad y a aquellas personas que se presenten como productores poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo y a los que suministren un producto cuyo productor no pudiera ser identificado (...)».

⁵ Directiva 85/374, artículo 3.1: «Se entiende por productor la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto. 2. Sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que importe un producto en la Comunidad con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial será considerada como productor del mismo, a los efectos de la presente Directiva, y tendrá la misma responsabilidad que el productor. 3. Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informara al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en estos no estuviera indicado el nombre del importador al que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del productor».

⁶ Directiva 85/374, artículo 7.a): «En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba: a) que no puso el producto en circulación...».

⁷ Directiva 85/374, artículo 7.c): «o que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional (...)».

⁸ AC 1994/1744.

⁹ El precedente normativo de esta disposición es el artículo 3.2 de la Convención de Estrasburgo del Consejo de Europa, de 27 de enero de 1977, así como el artículo 2.1 de la propuesta de Directiva presentada por la Comisión al Consejo de la Comunidad Económica Europea el 1 de octubre de 1979.

¹⁰ Directiva 85/374, artículo 3.1: «Se entiende por productor la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante...».

¹¹ Directiva 85/374, artículo 7.f): «En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba: f) o que, en el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto».

¹² Directiva 85/374, artículo 3.2: «Sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que importe un producto en la comunidad con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial será considerada como productor del mismo, a los efectos de la presente Directiva, y tendrá la misma responsabilidad que el productor».

¹³ El Tratado Constitutivo de la Unión Europea («TCEE»), fue celebrado en Roma el 25 de marzo de 1957 y también es conocido como el Tratado de Roma.

¹⁴ RJ 2003/5837.

¹⁵ AC 2001/637.

¹⁶ AC 2004/18.

¹⁷ Por ende, no se encuadra en esta figura el importador accidental o quien importa sin fines de lucro.

¹⁸ Este requisito busca generar una protección para los consumidores comunitarios, en el entendido que hay bienes que ingresan al Mercado Común provenientes de países cuyos niveles de control y seguridad de los productos no se ajustan a los estándares comunitarios.

¹⁹ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.2: «Sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que importe un producto en la comunidad con vistas a su venta, alquiler,

arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial será considerada como productor del mismo, a los efectos de la presente Directiva, y tendrá la misma responsabilidad que el productor».

²⁰ Directiva 85/374, artículo 2: «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por “producto” cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble / También se entenderá por “producto” la electricidad».

²¹ Puede considerarse que si el importador comunitario proporciona una materia prima o una parte componente defectuosa al productor final, que este luego integra al producto final, ya no debiera responder como importador comunitario, sino que como productor de una materia prima o de una parte integrante.

²² Directiva 85/374, artículo 3.3: «Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informara al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable».

²³ Aunque en esta hipótesis existe un derecho a repetir del ensamblador en contra del productor del producto parcial o de la materia prima, si fuera el caso.

²⁴ No se debe olvidar el artículo 78.1 de la Ley de Patentes que dispone que en caso de responsabilidad derivada de defectos inherentes a la invención, el cedente y el cesionario o el licenciante y el licenciatarario son responsables solidarios y en caso de que el cedente o el licenciante respondan, podrán luego repetir contra el cesionario o el licenciatarario, excepto que: (i) se hubiere pactado lo contrario; (ii) se hubiere procedido de mala fe; (iii) si dadas las circunstancias del caso y por razones de equidad, deba ser el cedente o el licenciante el que deba soportar en todo o en parte la indemnización, disposición que no es sino reflejo de la protección que la Constitución dispensa a las relaciones de consumo. Vid., por todos, BERCOVITZ, R., BERCOVITZ, A. (1986), *La nueva Ley de patentes: ideas introductorias y antecedentes*, Tecnos, Madrid, págs. 63 y sigs.

²⁵ AC 1994/1744.

²⁶ De hecho, entendemos que ya ha habido oportunidades en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») se ha pronunciado sobre situaciones como estas. Por ejemplo, la sentencia de este Tribunal, de 9 de febrero de 2006, que enfatiza que la valoración en casos como estos debe ser efectuada por los tribunales de justicia, ponderando todas las circunstancias concretas que concurren, ya que «...con independencia de si se trata o no de diferentes personas jurídicas..., ...es pertinente saber si se trata de empresas que ejercen actividades de producción distintas o si, por el contrario, la empresa filial actúa simplemente como distribuidora o como depositaria del producto fabricado por la empresa matriz...».

²⁷ Vid. TJUE 2006/34, asunto C-127/04. Otro caso interesante es el asunto C-358/08, *Aventis Pasteur SA contra OB*, sentencia de este mismo Tribunal de 2 de diciembre de 2009.

²⁸ *Contrario sensu*, si le serían aplicables al artesano argumentos tales como: el incentivo por producir artículos más seguros; el control sobre el producto; la protección de las expectativas del consumidor; la dificultad de la prueba de la culpa del productor.

²⁹ Directiva 85/374, artículo 7.f): «En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba: f) o que, en el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto».

³⁰ Directiva 85/374, artículo 3.1: «Se entiende por productor la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto».

³¹ El apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 83/2011 explicita que el ámbito de aplicación de esta norma afecta a «...los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor (...) los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción mediante sistemas urbanos, incluso por parte de proveedores públicos, en la medida en que esas mercancías se suministren sobre una base contractual».

1.7. Concursal Civil

Sobre los problemas derivados de la aplicación de la Ley 1/2013, «anti-desahucios», y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, en la reciente jurisprudencia nacional

On the problems deriving from the application of Law 1/2013, the «anti-eviction» law, and Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, in recent national caselaw

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: La Ley 1/2013 «anti-desahucios» está suscitando numerosos problemas en su aplicación, en particular su Disposición Transitoria 2.^a (relativa a los intereses de demora de préstamos con garantía hipotecaria constituida sobre vivienda habitual), en relación con el nuevo apartado 3.º del artículo 114 LH, relativo al límite establecido para dichos intereses de demora. La cuestión más controvertida es la determinación de las consecuencias jurídicas que tiene la apreciación por el juzgador de la existencia de una cláusula de intereses moratorios abusiva, existiendo en relación con este problema, tres cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de la UE, así como numerosa jurisprudencia de variado signo. En otro orden de cosas, se ha planteado un recurso de inconstitucionalidad ante el TC y una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la posible desigualdad de armas procesales en que se encontraría el deudor a la hora de recurrir el auto por el que se despacha ejecución y el auto resolutorio del incidente de oposición que desestimase la planteada por el deudor hipotecario alegando la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo. También se cuestiona ante el TC la posible desigualdad de armas procesales en que se encontraría el deudor hipotecario en relación con el procedimiento de venta extrajudicial, al obligarse al deudor a realizar una actividad positiva de impugnación de las cláusulas abusivas ante los Tribunales, para lograr la suspensión de dicha venta.

ABSTRACT: The implementation of the «anti-eviction» Law 1/2013 is causing many problems, especially with regard to its Second Transitional Provision (relating to default interest on mortgage-backed loans secured on a person's main residence), in relation to the new section 3 of article 114 of the Mortgage Law, relating to the cap imposed on the said default interest. The most disputed question is the determination of the legal consequences arising in the event the judge decides that the clause on default interest is unfair, and in respect of this problem, three pre-trial questions have been submitted before the European Court of Justice, as well as ample caselaw reaching diverse conclusions. Meanwhile, an appeal for unconstitutionality has been filed before the Constitutional Court, along with a question of unconstitutionality in relation to the possible lack of a level playing field that would leave the mortgagor short of procedural resources when appealing the foreclosure order and the order concluding the opposition hearing dismissing the appeal filed by the mortgagor alleging that the executive title contains unfair clauses. Another

possible lack of a level playing field in terms of the procedural resources available to the mortgagor is also being questioned before the Constitutional Court in relation to the procedure for extra-judicial sale, given that the mortgagor is compelled to perform a positive act in challenging the unfair clauses before the Courts in order to be able to suspend the sale.

PALABRAS CLAVE: Ejecución hipotecaria. Intereses moratorios. Protección del consumidor.

KEY WORDS: *Mortgage foreclosure. Default interest. Consumer protection.*

SUMARIO: I. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JUZGADO DE 1.^a INSTANCIA E INSTRUCCIÓN, NÚMERO 2, DE MARCHENA.—II. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JUZGADO DE 1.^a INSTANCIA, NÚMERO 2, DE SANTANDER.—III. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN, NÚMERO 1, DE MIRANDA DE EBRO.—IV. OTROS ASPECTOS DE LA LEY 1/2013 «ANTI-DESAHUCIOS» CUESTIONADOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JUZGADO DE 1.^a INSTANCIA E INSTRUCCIÓN, NÚMERO 2, DE MARCHENA¹

La aplicación de las disposiciones introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en particular de su Disposición Transitoria 2.^a (relativa a los intereses de demora de préstamos con garantía hipotecaria constituida sobre vivienda habitual) en relación con el nuevo apartado 3.º del artículo 114 LH (introducido por el art. 3.Dos de la citada ley), está suscitando una nueva problemática consistente en la determinación de las consecuencias jurídicas que tiene la apreciación por el juzgador de la existencia de una cláusula de intereses moratorios abusiva².

Esta pregunta es la que traslada el Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción, número 2, de Marchena, en Auto de 16 de agosto de 2013, al TJUE, mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial.

El 26 de febrero de 2013, la entidad BBVA interpuso demanda de ejecución hipotecaria, solicitando que se despachase ejecución por la cantidad de 184.714,45 euros de principal más la cantidad que resultase en concepto de intereses y costas. La demanda partía del contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes el 6 de julio de 2007, en virtud del cual BBVA había concedido a los demandados un préstamo hipotecario por importe de 191.550 euros, con un plazo de amortización de cuarenta años, unos intereses ordinarios al tipo máximo del 12 por 100 nominal anual, una cláusula de vencimiento anticipado y la siguiente cláusula (cláusula sexta) de interés de demora: «En caso de no satisfacerse a la entidad prestamista, a su debido tiempo, las obligaciones pecuniarias derivadas del préstamo, incluso las nacidas por causa de vencimiento anticipado, las su-

mas adeudadas, con indiferencia de que se haya iniciado o no su reclamación judicial, producirán intereses de demora, desde el día siguiente inclusive a aquel en que la falta de pago se haya producido hasta el día en que se realice el pago, se aplicará el 19 por 100 de interés. Los intereses de demora se liquidarán por meses naturales. Los intereses devengados y no satisfechos serán capitalizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317 del Código de Comercio»³.

El Juzgado, mediante providencia de 22 de abril de 2013, dio traslado a las partes a los efectos de decidir si había nulidad en la cláusula de intereses moratorios y vencimiento anticipado. El 3 de mayo, el ejecutante presentó escrito de alegaciones. Los *deudores hipotecarios, por su parte, no se habían personado en el procedimiento. Teniendo dudas sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, el Juzgado plantea cuestión prejudicial al TJUE en relación con las consecuencias jurídicas de determinar la nulidad de una cláusula de intereses moratorios abusiva*. En este sentido señala que en el anexo a la Directiva, al que se remite el artículo 3.3 de esta, se menciona expresamente como ejemplo de cláusula abusiva, en su número 1, letra e), las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta. Que el artículo 6.1 de la Directiva, por su parte, impone a los Estados miembros la obligación de establecer que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y *dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas*. La jurisprudencia comunitaria habría entendido que este precepto es una disposición imperativa que trataría de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pudiese restablecer la igualdad entre estas. Pero el artículo 83 del TRLGDCU (norma nacional) señalaría que «la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato...». Por su parte, el artículo 1258 del Código Civil indicaría que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Con arreglo a la doctrina del TJUE (SSTJUE, de 27 de junio de 2000, 4 de junio de 2009, 14 de junio de 2012, 21 de febrero de 2013, 14 de marzo de 2013 y 30 de mayo de 2013) debería verificarse un control de oficio cuando el Tribunal contase con los elementos de hecho y de Derecho suficientes, como sería el caso, y este control se basaría en el principio de efectividad comunitario (el juez nacional habría de garantizar el efecto útil de la protección que otorga la Directiva)⁴, debiendo producirse por respeto al instituto de la cosa juzgada formal y las características del procedimiento de ejecución hipotecario español en el despacho de la ejecución. Se apreciaría en este caso una penalización del todo desproporcionada al incumplimiento de las obligaciones del consumidor, con el simple análisis de la petición ejecutiva y el contenido de la escritura de constitución de hipoteca, al señalarse unos intereses moratorios del 19 por 100 a aplicar, no ya a cuotas impagadas constante el contrato, sino al total del principal resultante al vencer anticipadamente el contrato. De acuerdo con la STJUE, de 30 de mayo de 2013, «el Tribunal de Justicia ha precisado que... cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor

se opone a ello. El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, *sin estar facultados para modificar el contenido de la misma*. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. El Tribunal de Justicia ha señalado además que esta interpretación se ve confirmada por la finalidad y la sistemática de la Directiva. Ha recordado al respecto que, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores, la Directiva impone a los Estados miembros, como se desprende de su artículo 7, apartado 1, la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». *Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1 de la Directiva, no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula. El artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor».*

En este sentido, continúa el juzgador, la Ley 1/2013 habría introducido en la ejecución de título no judicial ni arbitral, en el momento del despacho de la ejecución (art. 552.1) y en la oposición a la ejecución (arts. 557.1.7.^a y 561.1.3.^a y 695.1.4.^a y 3), un control de oficio y a instancia de parte de las cláusulas abusivas, estableciéndose que de estimarse la existencia de cláusulas abusivas, se decretará la improcedencia de la ejecución o el sobreseimiento de la misma si la cláusula abusiva fundamenta la ejecución, o en otro caso, la continuación de la ejecución *con la inaplicación de la cláusula abusiva*. En el caso de una cláusula sobre intereses de demora, el órgano jurisdiccional debería examinar, en particular, en qué medida el tipo de interés se aparta del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable, y si no está en proporción con los objetivos que persigue dicho interés (indemnización del perjuicio causado por la mora e incentivación del cumplimiento y pronta salida de la situación de mora). En este sentido, el Juzgado indica que el interés legal del dinero en el año 2006 y 2012 no superaba el 4 por 100 anual. El interés de demora de deudas tributarias al que se refiere el artículo 56.6 de la Ley 5/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en el año 2006, era del 5 por 100 y en el año 2012, según Disposición Adicional, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, Ley 2/2012, era del 5 por 100 anual. El interés de demora en caso de impago de títulos cambiarios, a tenor del artículo 58 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, se corresponde con el interés legal del dinero, incrementado en dos puntos, por lo que en el momento de interponer la demanda

ejecutiva ascendía al tipo del 6 por 100 anual. En el ámbito propio de comerciantes, operaciones comerciales entre empresas, trasponiendo la Directiva 2000/35/CE, la Ley 2/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en defecto de pacto, en el artículo 7.2 determina que «el tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el BCE a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales...», estableciendo el apartado tercero que «el Ministerio de Economía y Hacienda publicará semestralmente en el BOE el tipo de interés resultante por la aplicación de la norma contenida en el apartado anterior», habiéndose indicado por Resolución de 27 de diciembre de 2011, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, que para el primer semestre anual natural del año 2012, el tipo de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales sería del 8 por 100 anual. Indica también el juzgador que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, ha introducido un tercer párrafo al artículo 114 LH, fijando como límite a los intereses moratorios en préstamos para adquisición de vivienda, garantizados con hipoteca sobre la misma, tres veces el interés legal del dinero. Y que de acuerdo con el artículo 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, debe existir una proporción entre incumplimiento e indemnización pactada, de suerte que no se advierta un serio e injustificado desequilibrio patrimonial. Igualmente, de acuerdo con el artículo 82 de la misma norma, para analizar la contrariedad con la buena fe y el perjuicio al consumidor que conlleve el desequilibrio patrimonial, debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato.

Aplicando su razonamiento al caso de autos, indica el juzgador que «si bien la naturaleza de unos intereses moratorios impuestos sobre las cuotas vencidas e impagadas constante el contrato que, en sí, aunque indemnizan estimulan al cumplimiento, no presentan duda alguna en cuanto a su naturaleza, *la imposición de intereses moratorios al total de la cantidad prestada que quede por amortizar una vez usada la facultad de vencer anticipadamente el préstamo, difícilmente tendrán en puridad la naturaleza de intereses moratorios, en tanto no estimulan nada, sino además de indemnizar al acreedor, lo que hacen a la contra es penalizar al consumidor de una forma totalmente desproporcionada e injustificada. Aun considerándose lícitas las cláusulas de vencimiento anticipado del contrato, la imposibilidad del deudor de devolver de inmediato la totalidad de la cantidad prestada que es en sí lo que implica el ejercicio de la facultad del acreedor de vencer anticipadamente el contrato, difícilmente podría ser calificado como incumplimiento de una obligación contractual que justificase la imposición de intereses moratorios tan elevados. De ahí, que es discutible que tal cláusula relativa a los intereses moratorios, cuando se aplican al total del préstamo vencido, no revista naturaleza de cláusula penal y por tanto susceptible de ser moderada judicialmente de conformidad con el artículo 1154 del Código Civil, debiéndose tener en cuenta específicamente para reputar o no proporcional un tipo de interés de demora, la consabida improbabilidad [de] que el consumidor pueda devolver de inmediato toda la cantidad prestada y en origen aplazada, y que esta obligación de restitución está a merced de la facultad del acreedor de dar por vencido anticipadamente el préstamo.*

En cualquier caso, dejar de pagar unas cuotas del préstamo mercantil (desde julio de 2012) por unos miles de euros, en el contexto de un procedimiento de ejecución como el español, sustancialmente beneficioso para el acreedor, no puede justificar imponer una penalización de un 19 por 100 anual, siendo abusivo por ser del todo

desproporcionado, inclusive en atención a su mera comparativa con cualquier otro tipo de interés de demora previsto por el legislador, los intereses remuneratorios pactados, el TAE y el interés legal del dinero a la firma de la escritura y del incumplimiento y desatendiendo la garantía hipotecaria concurrente y, a su vez, justifica sobremanera un control de oficio al admitir la demanda, se opusiera o no el consumidor...

Declarada abusiva la cláusula relativa a los intereses moratorios reclamados, cuando estos se aplican no a cuotas vencidas e impagadas constante el contrato, sino al total del principal resultante de dar por vencido anticipadamente el préstamo, de conformidad con el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, la cláusula sería nula de pleno derecho y se tendría por no puesta. Quedando vetada al juez nacional, al ser contrario a Derecho de la Unión Europea, la posibilidad de moderar los intereses moratorios al amparo del artículo 83.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, según determina la STJUE de 14 de junio de 2012 ... sin posibilidad alguna de integrar judicialmente el contrato con arreglo al artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva, al ser contraria esta facultad prevista en el artículo 83.2 del Real Decreto-ley 1/2007, con la interpretación del TJUE del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13».

Continúa señalando el juzgador que aunque la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, vendría implícitamente a imponer al órgano jurisdiccional la moderación de los intereses de demora, al conceder al ejecutante un plazo de diez días para recalcular los intereses, el artículo 6.1 de la Directiva y el 21.º Considerando, señalarían que el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes, *en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas*. «Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos,... los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad [de moderación] de que se trata, esta no podría, por sí misma, garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección...

Es por ello, que de las referidas consideraciones no cabe sino concluir que la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, al imponer de forma implícita al órgano jurisdiccional la obligación de moderación de una cláusula de interés moratorio incurso en abusividad, *no ha transpuesto de forma efectiva la Directiva 93/13, no otorga la debida protección al consumidor de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, impide la aplicación de la sanción de nulidad de la cláusula de interés de demora abusiva como exige el artículo 6.1 y tergiversa de manera flagrante la jurisprudencia comunitaria del TJUE y la Directiva 93/13/CEE...*

De aplicarse la referida Disposición Transitoria por el órgano jurisdiccional, tal como solicita el ejecutante, se conculcaría la efectiva protección al consumidor que exige el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, dado que se procedería a moderar una cláusula de interés de demora abusiva que en modo alguno puede vincular al consumidor, tal como establece la referida Directiva y se impediría la sanción de nulidad (a razón del carácter no vinculante de la cláusula abusiva) que conforme al derecho comunitario resulta procedente...

A partir de estas consideraciones se plantea la duda o pregunta que se debería trasladar al TJUE en una cuestión prejudicial, la de si la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos, así como para el control de oficio de cláusulas abusivas por el órgano jurisdiccional, al imponer una suerte de moderación obligatoria de aquellas cláusulas de intereses moratorios que hayan incurrido en abusividad»⁵.

II. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JUZGADO DE 1.^a INSTANCIA, NÚMERO 2, DE SANTANDER

Esta segunda cuestión prejudicial se plantea por sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia, número 2, de Santander, de 19 de noviembre de 2013. La entidad BBVA interpuso demanda ejecutiva el 8 de mayo de 2013, reclamando la suma de 66.721,68 euros de principal y 20.015 euros para los intereses que se devengasen durante el procedimiento y las costas. La demanda tenía su origen en contrato de préstamo hipotecario por el que BBVA prestaba a don F. Q. y doña S. G., 79.234,96 euros. En el contrato se establecía una cláusula de interés de demora del 20 por 100 nominal anual, una cláusula de vencimiento anticipado y una garantía hipotecaria sobre la vivienda de don F. Q. Impagadas cuatro cuotas, cada una de 539,61 euros (de 31 de julio a 31 de octubre de 2012), la ejecutante practicó liquidación unilateral de la deuda, expidiéndose acta notarial que daba cuenta de que la liquidación era conforme a lo pactado, y resultando el siguiente desglose: 65.557,01 de principal; 1.074,74 euros de intereses remuneratorios y 89,94 euros de intereses de demora.

El 15 de mayo de 2013 se dictó providencia por el Juzgado en la que se acordaba oír al Banco para que realizase alegaciones sobre la posible abusividad de la cláusula concerniente a los intereses moratorios a la luz de la Ley 1/2013. El 4 de junio de 2013 se dictó auto, acordando considerar nula por abusiva (a lo que se había opuesto la entidad bancaria) la dicha cláusula contractual, ordenando continuar la ejecución solo por un principal de 66.637,71 euros, resultante de restar los intereses devengados hasta la liquidación de la deuda (89,94 euros), *eliminando los intereses moratorios que se devengasen en el futuro* y reduciendo las costas al 5 por 100 (art. 575.1 bis LEC, en la redacción dada por la Ley 1/2013). BBVA interpuso recurso de reposición interesando dejar sin efecto el auto recurrido, y en su caso, que se le confiriese traslado de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria 2.^a3 de la Ley 1/2013. Entonces, por providencia de 21 de octubre de 2013, se acordó oír a las partes sobre la pertinencia de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE en relación con la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 y el artículo 1108 del Código Civil. La ejecutante alegó que era innecesario plantear la cuestión, porque la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 sería una norma imperativa que caería fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (art. 1.2 de la misma y STJUE de 21 de marzo de 2013) y fijaría una posición de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Los ejecutados postularon, en cambio, que no existía colisión entre la Directiva 93/13 y el artículo 1108 del Código Civil, pero sí con la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013. Posteriormente, por providencia de 28 de octubre de 2013, se acordó oír a las partes sobre la pertinencia de plantear cuestión prejudicial en relación con la posible abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

El Juzgado argumenta que siendo los ejecutantes consumidores de un producto o servicio financiero, y resultándoles de aplicación la normativa protectora de los consumidores y usuarios, la nacional (RD-Leg 1/2007) y la Directiva 93/13, se cuestionó de oficio la cláusula de interés de demora que superaba en más de tres veces el interés legal del dinero al perfeccionarse el contrato (que era de un 4 por 100). Y que por su parte los ejecutados habían cuestionado la cláusula de vencimiento anticipado. En relación con aquella cláusula, el juez nacional se pregunta sobre las consecuencias de la apreciación de la cláusula como abusiva. Según el artículo 6.1 de la Directiva, la consecuencia sería la no vinculación al consumidor de tal cláusula. Conforme la norma nacional (art. 83.1 RDL 1/2007), el efecto sería su nulidad absoluta, pero permitiendo el artículo 83.2 la integración del contrato. Ahora bien, esta operación integradora parecería prohibida, *obligando a una interpretación abrogatoria de la norma nacional, la STJUE de 14 de junio de 2012*. El Juzgado señala que antes de entrar en vigor la Ley 1/2013, este Juzgado y otros, en aplicación de la Jurisprudencia del TJUE venían reduciendo a 0 por 100 el interés moratorio declarado abusivo, criterio recientemente ratificado por AAP de Santander, Sección 4.ª, de 10 de octubre de 2013⁶. Pero este planteamiento se vería trastocado por la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013, que no solo recoge un tope máximo para el interés moratorio sino también un proceso de ajuste a dicho tope máximo. Podría entenderse que dicha Disposición impondría implícitamente una moderación de los intereses moratorios prohibida por el TJUE (así lo entendería el JPII, núm. 2 de Marchena). *Sin embargo, el juez de Santander entiende que siendo claro que la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013 obliga a un proceso de recálculo, no señalaría con claridad que la consecuencia fuese que el interés moratorio debiese rebajarse al tope de tres veces el interés legal del dinero, siendo posible que se rebajase hasta el interés legal (art. 1108 CC), que se aplicase el previsto en el artículo 4 de Real Decreto-ley 6/2012, siempre que concudiesen los requisitos para su aplicación o bien que el tipo se redujese a 0 por 100 por expulsión de la pena convencional liquidatoria de la indemnización de daños y perjuicios*. «Lo cierto es que en la práctica jurisprudencial —afirma textualmente— se está manifestando una gran discrepancia de criterios pues los partidarios de la primera y segunda alternativa [art. 114 LH o 1108 CC] postulan que *no están integrando una pena contractual que saben nula sino dando aplicación supletoria a una norma legal*. El TJUE ha dejado claro que no cabe integración (STJUE de 14 de junio de 2012 y 30 de mayo de 2013) de la cláusula sobre intereses moratorios abusiva *pero falta por clarificar si cabe que el pacto sobreviva merced a la aplicación supletoria de una norma nacional. Esta es la cuestión que aquí se suscita*». En este sentido, muchos jueces españoles serían partidarios de salvar la pena contractual aplicando el artículo 1108 del Código Civil⁷. Frente a esta tesis, se querrían expresar dudas sobre si este modo de interpretar la Disposición Transitoria 2.ª es compatible con el efecto disuasorio que el TJUE ha considerado en sus sentencias de 14 de junio de 2012 y 30 de mayo de 2013, en la medida en que «la nulidad tiene un componente sancionatorio que no debe ser desdeñado y que no es justo que el profesional infractor que predispone un pacto abusivo de intereses moratorios pueda obtener el interés legal por aplicación del artículo 1108 del Código Civil, lo que supondría equiparar al infractor con el que no pactó ningún interés moratorio. ...Por otra parte, el tipo de interés moratorio previsto en el artículo 1108 del Código Civil está diseñado para una situación (a falta de convenio) que no es equiparable, sin forzar, a la que aquí se enjuicia (pacto considerado nulo) aunque no es esta una duda que haya de resolver el TJUE. ...A partir de

las anteriores consideraciones se plantea una primera pregunta acerca de si la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 no es conforme a la Directiva al imponer un proceso de recálculo de un tipo de interés moratorio abusivo tomando como referencia el triple del interés legal, en la idea de que el TJUE aclare si supone una limitación de la tutela del consumidor al imponer una suerte de integración legal de aquellas cláusulas de intereses moratorios que han incurrido en abusividad ... Una segunda pregunta que [se] cuestiona [es] si es conforme a la Directiva la interpretación que siguen algunos tribunales españoles de acuerdo con la cual es compatible considerar abusiva la pena contractual, no teniéndola por puesta, con la aplicación de un interés moratorio previsto por una norma nacional, ya sea el del artículo 114 de la LH, el del artículo 1108 del Código Civil o cualesquiera otro como el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012... Se reclama del TJUE que aclare si el legislador español ha limitado con la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 los mecanismos de protección de los consumidores o si son los tribunales españoles [quienes estando obligados al aplicar el Derecho nacional, ya sea anterior o posterior a una Directiva, a hacer todo lo posible a la luz de la literalidad y finalidad, de la Directiva, para alcanzar el resultado al que se refiere la Directiva] los que los limitan con su interpretación, ya sea de esta norma o del artículo 1108 del Código Civil».

El ejecutante sostiene que la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 cae fuera del ámbito de aplicación de la Directiva (art. 1.2), por ser una norma imperativa. El Juzgador considera que decidir si la Ley 1/2013 es o no imperativa es un problema de interpretación del derecho interno. Sin embargo lo que tiene sentado el TJUE es que la Directiva es una norma imperativa y que su artículo 6.1 debe entenderse equivalente a las normas nacionales que tienen rango de orden público, debiendo imperar la Directiva y no la Ley 1/2013. Por otro lado, no se estaría en el supuesto de hecho a que se refiere el artículo 1.2 de la Directiva, pues en el caso no hay ninguna cláusula que refleje una disposición normativa. Lo que hay es una disposición normativa (o una interpretación jurisprudencial) que no se acomoda a la Directiva 93/13.

En cuanto al vencimiento anticipado, la cláusula contractual es contraria al artículo 693.2 LEC, en la redacción que le dio la Ley 1/2013, pues preveía el vencimiento anticipado por el impago de una fracción de cuota cuando esa norma solo permite el pacto de vencimiento total para el supuesto de impago de al menos tres plazos mensuales. Lo que en este caso ha hecho la entidad financiera es esperar al impago de cuatro meses. La pregunta es si esta estrategia unilateral del Banco no constituye una integración prohibida por el TJUE en las sentencias de 14 de junio de 2012 y 30 de mayo de 2013, esto es, si el efecto disuasorio se compadece con que el Banco que ha forzado un pacto abusivo salve su nulidad con el sencillo expediente de esperar a que pase tiempo⁸.

III. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN, NÚMERO 1, DE MIRANDA DE EBRO

Una tercera cuestión prejudicial, sobre la base de argumentos diversos a los expuestos en las anteriores, ha sido formulada por Auto de 17 de febrero de 2014, del Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción, número 1, de Miranda de Ebro. El Juzgado plantea la cuestión prejudicial en cumplimiento de la obligación establecida por el artículo 267 TFUE (Tratado de Funcionamiento de la UE), habida cuenta de que de acuerdo con el artículo 695.4 LEC, contra el auto que

desestime la oposición del ejecutado no cabe recurso alguno, solicitando que el TJUE se pronuncie sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, en relación con la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, del artículo 114 LH y del artículo 693 LEC.

Banco Grupo Caja Tres había interpuesto demanda de ejecución hipotecaria el 10 de enero de 2013, en razón de un contrato de préstamo hipotecario suscrito el 23 de junio de 2003. En dicho préstamo, la cláusula sexta establecía un tipo de interés de demora del 15 por 100 nominal anual, y la sexta bis, una cláusula de vencimiento anticipado por no hacer efectiva la parte deudora «los pagos correspondientes por amortización o intereses en los términos pactados». Despachada ejecución, la parte ejecutada formuló oposición, planteando que la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, es contraria a la Directiva 93/13, por permitir al profesional la moderación del contenido de una cláusula abusiva, solicitando planteamiento de cuestión prejudicial, y alegando el carácter abusivo de las cláusulas anteriormente referenciadas. Solicita, consecuentemente, la no aplicación de intereses de demora por considerarlos nulos. La parte ejecutante reconoce que los mismos exceden del límite del 12 por 100 resultante del artículo 114 LH, y señala que el despacho de la ejecución se produjo con anterioridad a la Ley 1/2013, por lo que solicita que se le permita hacer un recálculo conforme autoriza la Disposición Transitoria 2.^a de dicha Ley.

El Juzgado que plantea la cuestión se pregunta inicialmente por la aplicación del artículo 1.2 de la Directiva, según el cual esta deja fuera de su ámbito el examen de aquellas cláusulas que reproduzcan el contenido de una disposición legal o reglamentaria imperativa, todo ello por la presunción de que las disposiciones legales de los Estados miembros, por las que se fijan directa o indirectamente las cláusulas de los contratos con consumidores, no contienen cláusulas abusivas sino que fijarían una situación de equilibrio entre las partes.

El Tribunal señala que los artículos 114 LH y 693 LEC se refieren indirectamente al contenido de las cláusulas cuestionadas por la parte ejecutada, por lo que las cláusulas sexta y sexta bis *parece que no podrían ser objeto de control por la Directiva*. Pero que habría que matizar que el contenido literal de las cláusulas del contrato del que deriva el procedimiento de ejecución hipotecaria *no respetaba los límites establecidos por los artículos 114 LH y 693 LEC*, si bien la parte ejecutante ha acomodado su actuación a dichos límites, interponiendo la demanda ejecutiva después del impago de tres cuotas mensuales del préstamo y, haciendo uso de la facultad de recálculo de la Disposición Transitoria 2.^a Por otro lado, la Ley 1/2013 *no reflejaría en el tenor literal de su articulado todos los criterios establecidos por la jurisprudencia del TJUE en materia de evaluación del carácter abusivo de una cláusula contractual*. «Así, mientras la Directiva establece que la evaluación del carácter abusivo de una cláusula debe realizarse atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, el artículo 114 LH solo tiene en cuenta el factor del tipo de interés moratorio y el artículo 693 LEC permite la efectividad de la cláusula de vencimiento anticipado atendiendo exclusivamente al número de cuotas impagadas por el deudor», por ello, la presunción a que hemos aludido antes, y en que se fundamentaría la exclusión del control por la Directiva, podría quedar desvirtuada, al optar el legislador español por un solo criterio entre los múltiples que deben ser tenidos en cuenta para efectuar el control de abusividad. Además, los artículos 114 LH y 693 LEC tienen un contenido imperativo *solo respecto de los límites impuestos por la norma*. Por lo que el artículo 1.2 de la Directiva solo jugaría en el caso de que la cuestión se planteara en relación con el posible carácter abusivo de una cláusula de intereses moratorios con un tipo de interés

superior a tres veces el interés legal del dinero, o una cláusula de vencimiento anticipado por impago de menos de tres cuotas mensuales del préstamo. *Finalmente, de acuerdo con el Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, el artículo 1.2 se refiere con la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» a las normas de derecho dispositivo que se aplican entre las partes contratantes cuando no existe ningún otro acuerdo. Puesto que el artículo 114 LH y 693 LEC no serían derecho dispositivo aplicable en defecto de pacto, la exclusión material de la Directiva (art. 1.2) no sería de aplicación en este caso.*

Sentado lo anterior, y que por lo tanto cabe el control por parte de la Directiva 93/13/CEE de las cláusulas cuestionadas, el juzgador indica que no se pide al TJUE que se pronuncie sobre la validez de la normativa nacional *sino sobre dos hipótesis de interpretación, para verificar si una de ellas se opone al Derecho de la UE.*

Una primera consistiría en considerar que cualquier interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero y cualquier vencimiento anticipado en el que se haya producido el incumplimiento de tres cuotas mensuales de amortización, serían cláusulas contractuales válidas y nunca abusivas. La segunda hipótesis consistiría en entender que el artículo 114 LH impone un límite máximo y el 693 LEC un límite mínimo, en términos imperativos, pero ello no impediría que las cláusulas fueran declaradas abusivas si, *acudiendo a cualquiera de los criterios establecidos por el TJUE, se advirtiera que existió un desequilibrio perjudicial para el consumidor en contra de las exigencias de la buena fe. Lo que se pide al TJUE es que determine si el Derecho comunitario se opone a la primera interpretación del Derecho nacional. Si el TJUE lo entendiera así, entonces el juzgador podría proceder a examinar el carácter abusivo de las cláusulas denunciadas por la parte ejecutada, en la medida en que el ejecutante ha acomodado su actuación a los exclusivos límites fijados por la normativa nacional.*

Una segunda cuestión que plantea el juzgador se refiere al artículo 114.3 LH. En el supuesto de autos, el empresario pretende hacer valer una cláusula, no en toda la extensión que el tenor literal de la misma le permitiría (un tipo del 15 por 100), sino a un tipo de interés inferior conforme al límite legal (STJUE de 17 de diciembre de 2009). Si bien el TJUE fijó una serie de criterios en orden a valorar el carácter abusivo de una cláusula de intereses moratorios, el artículo 114.3 establecería un límite imperativo, de manera que si el tipo de interés moratorio fuera inferior no podría ser calificado de nulo y *todo ello con independencia de las concretas circunstancias existentes al tiempo de suscribir el contrato. Esta interpretación entraría en contradicción con la jurisprudencia del TJUE y dificultaría el ejercicio de los derechos de los consumidores. «Del tenor literal del precepto, se desprende que la normativa española solo permite tener en cuenta uno de los criterios establecidos por el TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2013. Pero la norma omite cualquier precisión relativa a la proporcionalidad del tipo de interés en relación con la finalidad concreta para la que se pacta, o cualquier otro motivo concurrente y relevante. Y en España el interés de demora puede cumplir tanto una función estimulante para que el deudor cumpla lo pactado, como una función indemnizatoria (STS 709/2011, de 26 de octubre). Ahora bien, si la función indemnizatoria es evidente, pues resulta de la jurisprudencia y del tenor literal del artículo 1108 del Código Civil, el estímulo que el interés moratorio produce al cumplimiento puede ser modulado atendiendo a las circunstancias concretas del contrato, que en este caso prevé una garantía hipotecaria y una cláusula de vencimiento anticipado. Ambas cláusulas representan una mayor admonición de cumplimiento dirigida al deudor, por las graves consecuencias que pueden tener*

para su patrimonio e intereses económicos, y de mayor entidad que la aplicación del interés moratorio.

A la luz de lo expuesto, el juzgador pregunta al TJUE si los artículos 3.1, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE se oponen a una norma como el artículo 114 LH que solo permite al juez nacional, para valorar el carácter abusivo de una cláusula de interés de demora, comprobar si el tipo de interés pactado supera tres veces el tipo de interés legal y no permite tener en cuenta otras circunstancias. Si existiera oposición de la norma así interpretada con el Derecho comunitario, el juez nacional podría considerar que el artículo 114 LH es una norma imperativa de máximos, de modo que, en todo caso, un interés que supere tres veces el interés legal del dinero sería nulo por contrario a norma imperativa, “pero también podría ser declarado abusivo un tipo de interés igual o inferior si, atendidas otras circunstancias ... se considera que existe un desequilibrio perjudicial para el consumidor no justificado por la finalidad que deba otorgarse a los intereses de demora en el contrato de préstamo hipotecario”».

La tercera cuestión que plantea el juzgador tiene relación con el artículo 693 LEC en la redacción dada por el artículo 7.13 de la Ley 1/2013. El artículo 693 LEC solo contemplaría, para permitir el vencimiento anticipado, el incumplimiento de tres cuotas mensuales impagadas por parte del deudor. «El precepto no recoge factores como la duración del préstamo o su cuantía; o cualesquiera otros relevantes para examinar el comportamiento del consumidor en orden a verificar la gravedad de su incumplimiento. La omisión de dichos criterios al aprobar una norma de carácter imperativo como el artículo 693 LEC, podría entrar en contradicción con el artículo 7.1 de la Directiva, pues supondría dificultar la posibilidad de que el consumidor pueda oponer, ante el órgano judicial, algunos de los factores establecidos por el TJUE como criterios determinantes de desequilibrio generado en perjuicio del consumidor en contra de las exigencias de la buena fe». La cuestión es de interés para el caso de autos, pues la parte ejecutada considera que la cláusula de vencimiento anticipado es nula por abusiva, por no ser graves tanto en la cuantía de la obligación incumplida (1,38 por 100), como en el periodo de cumplimiento del contrato, transcurridas 166 cuotas. Además se efectúan diversas consideraciones sobre la situación económica de la ejecutada que podrían ser analizadas en orden a verificar si el incumplimiento responde a causas coyunturales o no. De manera que si se considera que es conforme al Derecho de la UE interpretar el artículo 693 LEC, en sentido de que la efectividad de la cláusula de vencimiento anticipado solo dependa del transcurso de tres meses, debería rechazarse la oposición a la ejecución, pero no, en caso contrario, pudiendo, en su caso, declararse la cláusula nula por abusiva si concurrieren circunstancias que, interpretadas bajo los criterios establecidos por el TJUE, permitieran apreciar que se ha provocado al consumidor una situación de desequilibrio en contra de las exigencias de la buena fe. Por ello el juzgador pregunta al TJUE si los artículos 3.1, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, se opondrían a una norma nacional, como el artículo 693 LEC, que permitiría reclamar de forma anticipada la totalidad del préstamo por incumplimiento de tres cuotas mensuales, sin tener en cuenta otros factores como la duración o la cuantía del préstamo o cualesquiera otras causas concurrentes relevantes y que, además, condicionaría la posibilidad de evitar los efectos del vencimiento anticipado a la voluntad del acreedor [enervación de la ejecución hipotecaria regulada en el art. 693 LEC], salvo en los casos de hipoteca que grave la vivienda habitual de este.

IV. OTROS ASPECTOS DE LA LEY 1/2013 «ANTI-DESAHUCIOS» CUESTIONADOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las expuestas hasta el momento no son las únicas cuestiones que ha suscitado la Ley 1/2013. En otro orden de cosas, se ha planteado también la posible inconstitucionalidad de diversos artículos de la norma, por recurso planteado por diputados del Grupo Parlamentario Socialista. Aparte del cuestionamiento del propio proceso de elaboración parlamentario de la norma, se solicita la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley, que regula la suspensión de los lanzamientos por no establecer una intervención judicial que individualice y valore las circunstancias e intereses concurrentes en el lanzamiento, lo que se considera que constituye parte esencial del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE). Al no dar cauce a esa intervención judicial se considera también que se produciría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido de derecho a una resolución motivada en materia de restricción de derechos fundamentales (art. 24 CE). Igualmente se considera que el artículo 1.2.e) de la Ley 1/2013, al limitar la suspensión de los lanzamientos por dos años a las unidades familiares donde existan menores de tres años, constituiría una exclusión injustificada de otros menores que, a efectos de un desahucio, se encontrarían en una situación análoga de vulnerabilidad y correrían un riesgo cierto de ver afectada su integridad física, psíquica y moral (art. 15 CE), así como el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Una distinción entre menores por razón de edad, excluyendo a la mayoría de ellos de la protección frente al lanzamiento de la vivienda familiar (art. 47 CE), sin previsión alguna de alternativa habitacional, supondría una discriminación, a juicio de los recurrentes, difícilmente justificable, que no respondería al interés de los propios menores. Esta inconstitucionalidad, afirman los recurrentes que debería extenderse también al artículo 8.2 de la Ley que modifica el artículo 3.1.b) del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, pues el nuevo precepto restringiría la posibilidad de solicitar una reestructuración de la deuda hipotecaria a las entidades financieras que suscriban el Código de Buenas Prácticas, solo a las unidades familiares de las que forme parte un menor de tres años, exponiendo a otras unidades familiares con menores mayores de tres años, a una situación de riesgo y de vulnerabilidad añadida, desproporcionada e incompatible con las obligaciones establecidas en la Constitución y en la Convención de los Derechos del Niño. Se vulnerarían pues por el artículo 1.2.e) y 8.2 de la Ley 1/2013, los artículos 14, 15, 10, 39.4 y 47 CE y la Convención de los Derechos del Niño.

En relación con la Disposición Adicional primera de la Ley 1/2013, para proteger a colectivos en especial situación de vulnerabilidad, el artículo 1 impondría a las entidades financieras una concreta obligación de suspender el lanzamiento durante dos años; ahora bien, para circunstancias más graves en que ya se habría producido el desalojo, la Disposición Adicional 1.ª estipularía una obligación de promoción con el sector financiero de un fondo social de viviendas, sin establecer ni condiciones básicas, ni un plazo razonable para llevarlo a cabo, ni el plazo mínimo de los contratos de arrendamiento que se pretendería facilitar, ni establecer un límite al porcentaje de ingresos que pueden dedicarse a pagar la renta. Esta indeterminación absoluta carecería de razonabilidad, ya que no ofrecería una solución adecuada, a corto plazo, para los colectivos que la ley define como especialmente vulnerables, todo lo cual vulneraría el artículo 47 de la CE, y los artículos 10.1, 15, 39.4 CE, interpretados a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio de los Derechos del Niño.

Aparte de lo expuesto, los recurrentes señalarían que el artículo 93 CE ha aceptado la primacía del Derecho de la UE en el ámbito que a ese Derecho le es propio; principio de primacía, de construcción jurisprudencial, que formaba parte del acervo comunitario incorporado en virtud de la LO 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas y que habría sido reconocido y señalado en la Declaración del Pleno del TC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. En este sentido, la STJUE de 14 de marzo de 2013, habría denunciado la normativa española en materia de ejecuciones hipotecarias por hallarla incompatible con el necesario control jurisdiccional de la relación jurídica subyacente en el proceso de ejecución, el contrato de préstamo hipotecario, que se articula por medio de cláusulas que requieren de control para dar seguridad al tráfico jurídico. Con la Ley 1/2013, el legislador asumiría la necesidad de cambiar el ordenamiento jurídico en lo referente a los procedimientos de ejecución hipotecaria, pero se olvidaría de las consecuencias jurídicas de la doctrina del TJUE, imponiendo límites a la protección de los derechos de los ejecutados. En efecto, en su artículo 7, que modifica el artículo 552 LEC, añadiendo un párrafo al apartado 1, quedaría recogida la posibilidad de que el tribunal pudiese apreciar de oficio una cláusula abusiva, pero no, a juicio de los recurrentes, el estricto deber de control de apreciar de oficio las cláusulas abusivas del título ejecutivo. Por otro lado, la Disposición Transitoria 4.^a plantearía si esa forma de comunicar un plazo de preclusión para denunciar la existencia de cláusulas abusivas, cumple el mandato del artículo 9.3 CE, máxime cuando el plazo se reduce a un mes y muchos de los consumidores afectados no estarían personados en los procedimientos. De acuerdo con la jurisprudencia del TS y TC, tanto la administración como los tribunales, para acudir a la notificación edictal o mediante la publicación en diarios oficiales, deberían agotar todas las vías que tuviesen a su disposición. De esta manera, la forma de notificación señalada en la Disposición Transitoria 4.^a de la Ley 1/2013 vulneraría de forma flagrante el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un procedimiento con todas las garantías. Además resultaría contrario al Derecho comunitario, pues el TJUE, en sentencia de 21 de noviembre de 2002, declaró que la protección de la Directiva 93/13 se opondría a una normativa interna que prohibiese al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar de oficio o por la vía de excepción opuesta por el consumidor, una cláusula abusiva inserta en un contrato, sentencia acogida por SAP de Las Palmas, Sección 4.^a, de 1 de diciembre de 2011 y SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 16 de marzo de 2011. Consideran, pues, los recurrentes que la Ley 1/2013, al pretender con un plazo de preclusión obligar a los ciudadanos demandados en un procedimiento de ejecución hipotecaria a denunciar las cláusulas abusivas, sin que medie la apreciación de oficio del juzgador, impondría una grave carga procesal con la finalidad de convalidar las cláusulas no denunciadas en el plazo de un mes, con el consiguiente perjuicio para el consumidor. Las Disposiciones Transitorias 1.^a, 2.^a y 4.^a vulnerarían, pues, los artículos 9, 10, 24 y 96 CE, en particular el derecho a la defensa en relación con las garantías procesales ofrecidas a los consumidores frente a los profesionales, bajo el principio de *pro consumatore*, que se concreta en el ordenamiento jurídico de la UE con la Directiva 93/13/CEE. Otra cuestión que se plantea en el recurso es la posible inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley 1/2013, que ha añadido un párrafo segundo al artículo 552.1 LEC, relativo a la posibilidad de denegar el despacho de la ejecución si aprecia de oficio el juzgador la existencia de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, en relación con el artículo 552.2 LEC, no modificado y que prevé la

posibilidad de que el acreedor pueda apelar el auto que deniegue el despacho de la ejecución. Antes de la reforma operada por la Ley 1/2013, según los recurrentes era lógico que solo el acreedor pudiera recurrir la decisión denegatoria del despacho de la ejecución, porque en esta etapa inicial del procedimiento el deudor no había sido incorporado como parte. La falta de despacho de la ejecución, basada en la falta de alguno de los requisitos formales a cargo del acreedor, solo podía perjudicar a este y era lógico que solo él pudiese recurrir la decisión. El problema radicaría en que el artículo 7.Uno de la Ley 1/2013 introduciría un cambio sustancial al incorporar como parte al deudor, pues a este se le da traslado para ser oído sobre las cláusulas apreciadas de oficio por el juez que puedan ser abusivas. Al quedar inalterado el artículo 552.2, cuando era necesaria su reforma, aparecería como discriminatoria la posibilidad de recurrir por una parte y no por la otra, lo que vulneraría el artículo 14 en relación con el artículo 24 CE, por situar al deudor en clara e injustificada situación de desigualdad procesal frente al acreedor, no habiendo razón objetiva que justificase la desigualdad de tratamiento legal. Un razonamiento similar podría aplicarse respecto del artículo 7.Catorce que da nueva redacción al artículo 695.4 LEC, según el cual solamente cabría recurso de apelación contra el auto que resuelve la oposición del deudor por existencia de cláusulas abusivas, en el caso de ser apreciadas por el juez (e inaplicadas) o en el caso de sobreseerse la ejecución (por fundamentar esta la cláusula en cuestión), pero no si la oposición del deudor es desestimada, de modo que la parte ejecutada no podría discutir en apelación sobre el contenido abusivo (no apreciado por el juzgador de instancia) de los contratos de adhesión de préstamos hipotecarios⁹. Se recurrirían, pues, los artículos 7. Uno y Catorce de la Ley 1/2013, por violación del principio de igualdad de armas procesales y acceso a los recursos establecidos por la ley. Finalmente, los recurrentes cuestionan también el artículo 3.3 de la Ley 1/2013, por el que se modificaría el artículo 129 LH, relativo a la venta extrajudicial del bien hipotecado, sobre cuya inconstitucionalidad habría llamado la atención el TS en SSTS de 4 de mayo de 1998, 30 de enero de 1999, 20 de abril de 1999, 13 de diciembre de 2005, 10 de octubre de 2007 y 14 de julio de 2008, aunque nunca el TC se habría pronunciado sobre la constitucionalidad del mismo. Si bien el procedimiento parecería contradecir el monopolio de la función jurisdiccional que se establece en el artículo 117.3 CE, y el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso, tras la STJUE de 14 de marzo de 2013, su posible inconstitucionalidad quedaría aún más en evidencia, en el parecer de los recurrentes, al impedir el necesario control de oficio de las cláusulas abusivas por el órgano judicial. Si bien existiría la posibilidad de acudir a un procedimiento declarativo sobre la existencia de cláusulas abusivas, en función de que esto haya sido advertido por el notario [art. 129.2.f) de la LH en su nueva redacción], ello no reuniría el requisito de «efectividad» que requiere la tutela judicial para ser reconocida como tal. Además no existiría posibilidad de oposición frente a la cuantificación de la deuda verificada por el acreedor, ni se suspendería el procedimiento notarial por alegación de error o falsedad en un proceso judicial, lo que contrastaría con lo que establece el artículo 695.2 LEC para el procedimiento judicial de ejecución, donde se admite una oposición basada en error en la determinación de la cantidad exigible. Además, en la práctica, sería una posibilidad casi remota que en el escaso tiempo otorgado y no contando con medios económicos en la mayoría de los casos, pudiese llegar el deudor a plantear una acción judicial contra cláusulas abusivas, lo que le colocaría en una situación de indefensión real. En todo caso, los tiempos, requisitos y formas de suspensión

no se han regulado en la Ley 1/2013, remitiéndose a una eventual regulación por vía reglamentaria, lo que no sería admisible para cuestiones atinentes a derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva y en relación con la posible pérdida de la vivienda familiar (art. 47 CE). Las cláusulas que establecerían la posibilidad del acreedor hipotecario de acudir a la venta extrajudicial, serían condiciones no negociadas individualmente que producirían un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, siendo abusivas por imponer un procedimiento inconstitucional, que haría imposible o excesivamente difícil aplicar al consumidor la protección de la Directiva 93/13. Los recurrentes solicitan, pues, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 3. Tres así como de las referencias e incisos que la Ley 1/2013 hace a la venta extrajudicial, por vulneración de los artículos 14, 24, 51.1 y 117.3 de la CE¹⁰.

Estos serían, resumidamente expuestos, los diversos problemas aplicativos y de validez de la norma que estaría planteando la Ley 1/2013, de 14 de mayo, «anti-desahucios», a la que podría afectar la transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) número 1093/2010¹¹.

V. CONCLUSIONES

Los problemas aplicativos y de validez de las normas que estaría planteando la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en relación con la Directiva 93/13 y la propia CE, podrían resumirse del siguiente modo:

1. Para el AJPII, número 2, de Marchena, de 16 de agosto de 2013, la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, al imponer de forma implícita al órgano jurisdiccional la obligación de moderación de una cláusula de interés moratorio incurra en abusividad, *no ha transpuesto de forma efectiva la Directiva 93/13, e impide la aplicación de la sanción de nulidad de la cláusula de interés de demora abusiva como exigiría el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia comunitaria del TJUE.*
2. Para la SJPI, número 2, de Santander, de 19 de noviembre de 2013, el TJUE habría dejado claro que no cabe integración (STJUE de 14 de junio de 2012 y 30 de mayo de 2013) de la cláusula sobre intereses moratorios abusiva, *pero faltaría por clarificar, si cabe, que el pacto sobreviva merced a la aplicación supletoria de una norma nacional.* Igualmente se haría necesario preguntar al TJUE si la estrategia unilateral del Banco de dejar pasar tres o más meses de impago de cuotas (cuando se pactó el vencimiento anticipado por impago de una sola) no constituye una integración prohibida por el TJUE en las sentencias de 14 de junio de 2012 y 30 de mayo de 2013.
3. Para el AJPII, número 1, de Miranda de Ebro, de 17 de febrero de 2014, *de acuerdo con el Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, el artículo 1.2 se refiere con la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» a las normas de derecho dispositivo que se aplican entre las partes contratantes cuando no existe ningún otro acuerdo. Puesto que el artículo 114 LH y 693 LEC no serían derecho dispositivo aplicable en*

defecto de pacto, no cabría la exclusión del control de la Directiva (art. 1.2), aunque el ejecutante hubiera acomodado su actuación a los límites sentados en dichos preceptos. El Juzgador pide, además, al TJUE que se pronuncie sobre dos hipótesis de interpretación del Derecho nacional, para verificar si una de ellas se opone al Derecho de la UE. Esto es, si cualquier interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero y cualquier vencimiento anticipado en el que se haya producido el incumplimiento de tres cuotas mensuales de amortización, serían cláusulas contractuales válidas y nunca abusivas (por lo que no cabría el control de abusividad si el ejecutante acomodase su actuación a tales límites legales imperativos). O sí habría que entender el Derecho nacional en el sentido de que el artículo 114 LH impondría un límite máximo y el 693 LEC un límite mínimo, en términos imperativos, pero ello no impediría que las cláusulas fueran declaradas abusivas si, acudiendo a cualquiera de los criterios establecidos por el TJUE, se advirtiera que existió un desequilibrio perjudicial para el consumidor en contra de las exigencias de la buena fe. Se pide al TJUE que determine si el Derecho comunitario se opone a la primera interpretación del Derecho nacional.

4. Se cuestiona ante el TC la validez de diversos preceptos de la Ley 1/2013, en particular en relación con la desigualdad de armas procesales en que se encontraría el deudor hipotecario (al no poder recurrir el auto que despacha ejecución o el auto que desestime su oposición por existencia de cláusulas abusivas) y en relación con el procedimiento de venta extrajudicial, que obligaría al deudor a realizar una actividad positiva de impugnación de las cláusulas abusivas ante los Tribunales, para lograr la suspensión de aquel procedimiento.
5. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, «anti-desahucios», podría verse afectada por la transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 27 de junio de 2000.
- STJUE de 21 de noviembre de 2002.
- STJUE de 4 de junio de 2009.
- STJUE de 17 de diciembre de 2009.
- STJUE de 26 de abril de 2012.
- STJUE de 14 de junio de 2012.
- STJUE de 21 de febrero de 2013.
- STJUE de 14 de marzo de 2013.
- STJUE de 30 de mayo de 2013.
- Declaración del Pleno del TC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.
- STC de 14 de diciembre de 1982.
- Informe del CGPJ, de 25 de julio de 2013, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el RH.
- STS de 4 de mayo de 1998.
- STS de 30 de enero de 1999.
- STS de 20 de abril de 1999.
- STS de 13 de diciembre de 2005.

- STS de 10 de octubre de 2007.
- STS de 14 de julio de 2008.
- STS de 25 de mayo de 2009.
- STS de 26 de octubre de 2011.
- STS de 9 de mayo de 2013.
- SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 16 de marzo de 2011.
- SAP de Las Palmas, Sección 4.^a, de 1 de diciembre de 2011.
- SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 12 de julio de 2012.
- SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 18 de septiembre de 2012.
- SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 25 de septiembre de 2012.
- SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 26 de octubre de 2012.
- SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 21 de diciembre de 2012.
- SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 26 de febrero de 2013.
- SAP de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 11 de julio de 2013.
- SAP de Valencia, Sección 11.^a, de 30 de septiembre de 2013.
- SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 22 de octubre de 2013.
- SAP de Alicante, Sección 9.^a, de 6 de noviembre de 2013.
- SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 18 de diciembre de 2013.
- AAP de Castellón, Sección 3.^a, de 12 de julio de 2012.
- AAP de Santander, Sección 4.^a, de 10 de octubre de 2013.
- AAP de Castellón, Sección 3.^a, de 18 de noviembre de 2013.
- AAP de Valencia, de 20 de noviembre de 2013.
- SJPI, número 2, de Santander, de 19 de noviembre de 2013.
- SJM, número 9, de Madrid, de 18 de octubre de 2011.
- SJM, número 1, de Palma de Mallorca, de 3 de enero de 2014.
- AJPII, número 2, de Marchena, de 16 de agosto de 2013.
- AJPI, número 34, de Barcelona, de 28 de noviembre de 2013.
- AJPII, número 1, de Miranda de Ebro, de 17 de febrero de 2014.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO GARCÍA, A. I. (2013): «Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, págs. 195-217.
- FERNÁNDEZ GALLARDO, J. A. (2013): «Los intereses moratorios en el proceso de ejecución hipotecaria», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 31.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013): «Las modificaciones en el sistema de ejecución hipotecaria en España a la luz del Derecho Comunitario», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, págs. 171-191.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2014): «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 741, págs. 153-175.
- HUALDE MANSO, M.^a T. (2013): «Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria», en *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, vol. 2, núm. 2, págs. 51-65.
- MADRID RODRÍGUEZ, F. (2013): «El nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia», en *Derecho de los Negocios*, núm. 272, págs. 7-22.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013): «Los intereses moratorios en la Ley 1/2013, o sobre la necesidad de interpretar el artículo 114.III LH y la Disposición Transito-

ria 2.^a de la Ley 1/2013 conforme a la Directiva 93/13/CEE», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, págs. 184-194.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (2013): «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, págs. 223-252.

MOLLAR Y PIQUER, M. y VILAR GONZÁLEZ, S. (2013): «El consumidor frente a la ejecución hipotecaria», en *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 46, págs. 1-40.

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 de la UCM, doctor don Joaquín José RAMS ALBESA.

² Disposición Transitoria 2.^a *Intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual*.

«La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3, apartado Dos, será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el secretario judicial o el notario dará al ejecutante un plazo de diez días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior».

Artículo 114.3 LH: «Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la LEC».

³ Artículo 317 del Código de Comercio: «Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que como aumento de capital devengarán nuevos réditos».

⁴ El principio de equivalencia y el principio de efectividad comunitarios limitan la autonomía procesal de los Estados miembros para configurar los procesos de ejecución. De acuerdo con el primero, la normativa que afecte a un consumidor no puede ser menos favorable que la que regule situaciones similares sometidas al Derecho interno. De acuerdo con el segundo, dicha normativa no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico material de la UE confiere a los consumidores.

⁵ En base a lo expuesto, el Juzgado plantea las siguientes cuestiones prejudiciales al TJUE:

- A) Si de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en particular con el artículo 6.1 de la Directiva, y a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva relativa a interés moratorio en préstamos hipotecarios *debe proceder a declarar la nulidad de la cláusula y su carácter no vinculante o por el contrario debe proceder a moderar la cláusula de intereses, dando traslado al ejecutante o prestamista para que recalculen los intereses.*
- B) Si la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *no supone sino una limitación clara a la protección del interés del consumidor, al imponer implícitamente*

al órgano jurisdiccional la obligación de moderar una cláusula de interés de demora que haya incurrido en abusividad, recalculando los intereses estipulados y manteniendo la vigencia de una estipulación que tenía un carácter abusivo, en lugar de declarar la nulidad de la cláusula y la no vinculación del consumidor a la misma.

- C) Si la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, contraviene la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en particular el artículo 6.1 de la mencionada Directiva, al impedir la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad en materia de protección al consumidor y evitar la aplicación de la sanción de nulidad y no vinculación sobre las cláusulas de interés de demora incuridas en abusividad estipuladas en préstamos hipotecarios concertados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

⁶ En esta línea cabe citar la SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 22 de octubre de 2013. Santander Consumer Establecimiento Financiero de Crédito, S. A., interpuso demanda frente a doña Almudena y don Bernardino, en reclamación del saldo deudor de un contrato de préstamo concertado entre las partes para la compra de un vehículo, en fecha 1 de agosto de 2006 y que se dio por vencido anticipadamente al incumplir los prestatarios su obligación de pago. El Juzgado condenó a los demandados solidariamente a abonar a la mercantil demandante la cantidad de 8.283,64 euros, más los intereses moratorios al tipo contractualmente fijado (2 por 100 mensual). Doña Almudena interpuso recurso de apelación. La Audiencia concede relevancia a la alegación de la abusividad de los intereses moratorios, por su carácter desproporcionado, tomando como referencia el artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo vigente en la fecha de celebración del contrato, que establecía que en ningún caso podría aplicarse a los créditos concedidos en forma de descubiertos en cuenta corriente un tipo de interés que diese lugar a una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero (4 por 100 en aquella época), así como la Disposición Adicional, número 29 de la LGDCU, que establecía que tendría el carácter de cláusula abusiva a los efectos del artículo 10 bis, la imposición de condiciones de crédito para los descubiertos en cuenta corriente que superasen los límites establecidos en el artículo 19.4 de Ley de Crédito al Consumo. Como consecuencia de lo anterior, la Audiencia considera que la cláusula de interés moratorio pactada es nula por abusiva, y que por tanto, no hay lugar a su imposición, procediendo únicamente el devengo de los intereses de mora procesal del artículo 576 LEC, pues «estimado el carácter abusivo de una condición contractual en el marco de una relación negocial entablada con un consumidor, no cabe su integración modificando su contenido (aplicando, por ejemplo un tipo de demora inferior al pactado), sino que directamente deviene nula sin más como consecuencia de su carácter, de conformidad todo ello con la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 14 de junio de 2012), y sin que sea óbice a lo expuesto que se trate de un punto no suscitado con la claridad y concreción precisas tal como hemos adelantado, dado el control de oficio que se impone en esta materia a cargo de los tribunales de justicia conforme a la misma doctrina jurisprudencial (STJUE de 17 de diciembre de 2009 y 26 de abril de 2012)». En esta línea, AAP de Castellón, Sección 3.^a, de 12 de julio de 2012; SSAP de Castellón, Sección 3.^a, de 12 de julio de 2012, 18 de septiembre de 2012, 25 de septiembre de 2012, y con particular referencia a los intereses remuneratorios, sentencias de 26 de octubre de 2012 y de 21 de diciembre de 2012. Estimando, pues, la apelación, la Audiencia reduce el principal reclamado en 127,14 euros (importe correspondiente a intereses moratorios devengados según la liquidación del saldo deudor), determinando que los únicos intereses que devengará el principal (ahora, 8.156,50 euros), serán los que correspondan conforme al artículo 576 LEC. Otra resolución en igual sentido, y de la misma Audiencia y Sección es la SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 18 de diciembre de 2013. El BBVA planteó demanda de ejecución hipotecaria frente a don Everardo. Después de adjudicada la finca hipotecada se practicó la liquidación de intereses por la entidad bancaria. De esta liquidación se dio traslado a la parte ejecutada quien formuló oposición a la misma, mostrando su disconformidad con el periodo liquidatorio y con la cuantía total de la liquidación de intereses reclamada, lo que motivó se citara a las partes a una comparecencia a los efectos previstos en el artículo 715 LEC, tras la que se dictó Auto en el que se acordó estimar la impugnación de la propuesta de liquidación de intereses, debiéndose presentar nueva propuesta de liquidación conforme a lo establecido en

dicha resolución, dado que los intereses moratorios pactados eran nulos de pleno derecho y debían calcularse aquellos conforme a lo establecido en el artículo 576 de la LEC. BBVA interpuso frente a dicha resolución recurso de apelación, refiriéndose en primer término a que cuando se formuló la oposición a la liquidación no se alegó que el interés pactado fuera nulo, habiendo sido otras las cuestiones planteadas. En segundo lugar, manifestó que en la vista celebrada presentó una nueva liquidación de intereses, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, donde volvió a calcular los intereses con un límite de tres veces el interés legal del dinero (12 por 100), solicitando que se declarase que ese recálculo era procedente. A lo expuesto, la Sala responde que su criterio «es que frente a la norma invocada, Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, debe prevalecer el contenido de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, en el sentido que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE, de forma que en cuanto a los intereses de demora, si la cláusula que los impone es declarada abusiva, no cabe aplicar un interés inferior al pactado, *siendo la consecuencia su no aplicación, por lo que no cabe su moderación, que es en definitiva lo que supondría la norma citada*». En relación con la alegación de la ejecutante de que en el momento en que presentó el recálculo (en la vista) no se había declarado la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, de oficio ni a instancia de parte, porque ni siquiera se había denunciado esta cuestión, la Audiencia indica que en la STJUE, de 30 de mayo de 2013, se vuelve a insistir en la doctrina sobre el control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, en el marco de la Directiva 93/13/CEE, y se planteaba la cuestión de que pudiera examinar esta cuestión *incluso el tribunal de apelación, por lo que entiende que sí puede la juez de primer grado, en el momento de decidir sobre la liquidación de intereses, declarar la nulidad de la cláusula en la que se establecen los intereses de demora (aunque no se hubiera planteado la cuestión por el deudor)*. Lo cual respondería al principio de primacía del Derecho Comunitario, según el cual el Derecho europeo tiene un valor superior a los Derechos nacionales de los Estados miembros. Se trataría de un principio fundamental consagrado por el TJUE desde la sentencia Costa contra Enel de 15 de julio de 1964, al declarar que el Derecho procedente de las instituciones europeas se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, y que, en virtud de tal primacía si una norma nacional fuese contraria a una disposición europea, las autoridades de los Estados miembros deberían aplicar la disposición europea; lo que no supondría la anulación o derogación del Derecho nacional, sino que su carácter obligatorio quedaría suspendido ...Desde la perspectiva pues de esta doctrina y en el ámbito de contratos celebrados con consumidores, «una norma como la que, contenida en la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, ofrece un cauce para el recálculo de los intereses de demora, es contraria al derecho y a la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que permite la integración en la cláusula de intereses abusivos y por lo tanto *puede ser inaplicada por el Tribunal*». Cabe citar también dentro de esta corriente jurisprudencial, la SAP de Valencia, Sección Undécima, de 30 de septiembre de 2013. Don Silvio y doña Leonor interpusieron demanda de nulidad de contrato de préstamo hipotecario, por usurario, contra doña M.^a Ángeles y doña Encarnación, al amparo del artículo 698 LEC, desestimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por las demandantes, y fijado día para la deliberación y votación en el 29 de mayo de 2013, el propio día la Audiencia acordó la suspensión al objeto de oír a las partes, a efectos de lo dispuesto en la Ley 1/2013, en relación al posible carácter abusivo de las cláusulas del contrato relativas a intereses moratorios y costas, acordando la remisión de oficio al Juzgado que estaba conociendo de la ejecución hipotecaria, en la que era ejecutante doña Encarnación. Doña María Ángeles había celebrado con los demandantes un contrato de préstamo con garantía hipotecaria el 29 de junio de 2007, garantizándose su devolución con la constitución de hipoteca sobre la vivienda de los actores y mediante libramiento de una letra de cambio a su propia orden, por doña María Ángeles y con vencimiento a 29 de junio de 2008, por importe de 30.387 euros. En la escritura de superposición de garantía con hipoteca cambiaria, los demandantes declararon haber recibido el importe aludido mediante cheques por importe de 23.000 euros y efectivo por 7.837 euros, conviniendo que el impago de la letra a su vencimiento generaría la obligación de pago de un 29 por 100 anual de intereses de demora, constituyéndose hipoteca cambiaria sobre la vivienda familiar en favor de la parte libradora, y los sucesivos tenedores legítimos

de la letra de cambio, en garantía del pago de su nominal (30.387 euros), 26.828,19 euros por intereses de demora al tipo del 29 por 100 anual hasta un máximo de tres anualidades y de 9.000 euros para costas y gastos. Contrariamente a lo manifestado en dicho documento público, la verdadera prestataria fue doña Encarnación, hija de doña María Ángeles, actuando realmente esta como mandataria suya y habiendo esta endosado a favor de aquella la letra de cambio, siendo doña Encarnación la ejecutante en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Además los actores no recibieron en concepto de préstamo sino 22.620 euros mediante entrega de un cheque bancario a nombre de su hijo, don Gerardo, por valor de 20.000 euros y 2.620 euros en efectivo, pues los 3.000 euros restantes, representados por dos cheques al portador por importe de 1.500 euros cada uno, se entregaron a los intermediarios financieros en la operación; 4317 euros se retuvieron por la prestamista en concepto de cobro anticipado de intereses remuneratorios al 14 por 100 anual y otros 900 euros en pago de otros gastos. Los prestatarios no abonaron a su vencimiento la letra de cambio por lo que doña Encarnación inició procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que se despachó ejecución por 57.118,69 euros de principal (de los que 30.837 corresponden al nominal de la letra de cambio y 26.281,69 a intereses vencidos) y por 17.135 euros para intereses futuros y costas, adjudicándose el inmueble la ejecutada, si bien no se había verificado aún el lanzamiento. La Audiencia estima parcialmente el recurso de apelación, en base al artículo 1, 3 y 9 de la Ley de Represión de la Usura de 24 de julio de 1908, en relación con el artículo 1740 del Código Civil y 319.3.º de la LEC, entendiendo que el préstamo es nulo en cuanto al exceso sobre los 22.620 euros, y que los prestatarios están obligados a entregar solo la suma realmente recibida, subsistiendo el préstamo y las garantías otorgadas, en cuanto a tal principal, por lo que procede declarar la nulidad del Auto de 15 de junio de 2011, por el que se admitió a trámite la demanda ejecutiva, retrotrayéndose el procedimiento (al adolecer de defecto insubsanable) al momento anterior a dictarse el Auto despachando ejecución. En relación con la cláusula de intereses moratorios, la Audiencia entiende que le corresponde el control de oficio de las mismas, pues en el procedimiento declarativo se está ventilando precisamente la validez del título que sirvió de base a la ejecución hipotecaria, y por vedarle la Ley entonces vigente al deudor, esgrimir sus argumentos ante el Juzgador ejecutivo, todo ello de acuerdo con el artículo 6 de la Directiva 93/13 y con la STJUE de 14 de junio de 2012. Por otro lado, la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas prevista por la Ley 1/2013, no lo es solo para el caso de ejecución hipotecaria por falta de pago de préstamo obtenido para la *adquisición* de la misma, sino siempre que la obligación resulte de determinados títulos, y entre ellos, de escrituras públicas (art. 7 de la Ley 1/2013), como es el caso. Además, la Ley 1/2013, disciplina su retroactividad (Disposición Transitoria 2.ª y 4.ª), por lo que habiéndose declarado la retroacción de las actuaciones al momento anterior al despacho de ejecución, toda la actividad ejecutiva pende de tramitación, por lo que la calificación de las cláusulas abusivas cobra plena virtualidad. Por otro lado, la actividad de la demandada doña Encarnación no se limita a concertar un préstamo, sino que busca un lucro económico concreto sirviéndose de una empresa de intermediación financiera, por lo que tal modo de proceder lleva a calificar su actividad como «profesional», a efectos de aplicar la LGDCU de 1984, vigente en la fecha de concesión del préstamo. En el caso presente, el interés de demora se cifró en un tipo superior en más de cinco veces el legal (5 por 100 en el año de otorgamiento), produciendo un flagrante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor (Disposición Adicional primera IV.18.ª de la LGDCU), pues la responsabilidad hipotecaria por tal concepto alcanza a casi el 90 por 100 de la aparente cuantía del préstamo. En relación con la integración del contrato haciendo uso de la facultad moderadora que al Tribunal otorgaba el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, el Tribunal entiende que no procede. «El TJUE, en sentencia de 14 de junio de 2012, resolvió sobre la posible oposición del artículo 83 del TRLGDCU ... con los artículos 6, apartado 1 y 8 de la Directiva 93/13/CEE ... Y la resolvió en el sentido de hallarse obligado el juez nacional únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, no hallándose facultado para modificar el contenido de la misma ... Por ello, subsistiendo el contrato sin necesidad de integración alguna, *no procede moderar una cláusula inexistente ya por haber sido declarada nula de pleno derecho*». La Audiencia concluye considerando que a efectos de cuantificar la cantidad

exigible a los deudores en concepto de costas, no podrá exceder del 5 por 100 señalado por el Legislador, sobre los 22.620 euros exigibles.

⁷ En este sentido cabe citar la SAP de Ciudad Real (Sección 1.^a), de 11 de julio de 2013. La entidad BBVA reclamó a don Ángel Daniel y doña Estrella 58.253,12 euros, en virtud del contrato de préstamo hipotecario otorgado entre las partes el 17 de febrero de 2009, por medio de un procedimiento declarativo ordinario. El Juzgado estimó la demanda. Los demandados interpusieron recurso de apelación reiterando el argumento de la inadecuación del procedimiento por considerar que les supone mayores gastos que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Por providencia de 20 de junio de 2013, la Audiencia Provincial dio traslado a la parte apelada para que en el plazo de cinco días alegase lo que estimase procedente en relación a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos por BBVA y en orden a la abusividad de la cláusula de intereses de demora (fijados en el contrato en un 20 por 100). La Audiencia, antes de entrar a conocer de los motivos de impugnación alegados por los recurrentes, señala que si bien en pleno no jurisdiccional había resuelto negativamente la cuestión acerca de si el juzgador de instancia puede valorar *ad limine* y antes de admitir a trámite la demanda de que se trate, el carácter abusivo de los intereses moratorios pactados en un contrato de préstamo (pues entendía que tales cuestiones debían debatirse en la fase del plenario para que la entidad prestamista pudiera hacer las alegaciones que estimase oportunas en defensa de la licitud de la cláusula), la publicación de las SSTJUE, de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, ha dado lugar a la superación de tal tesis, por entenderse que la respuesta dada por dicho Tribunal en la primera de dichas sentencias es aplicable no solo al juicio monitorio (supuesto concreto analizado) sino a cualquier procedimiento en el que se pretenda la eficacia de un contrato celebrado con un consumidor; pudiendo pues examinarse de oficio las cláusulas de intereses moratorios y cualesquiera otras que pudieran ser abusivas. Por otro lado, si bien la Audiencia había acordado en pleno no jurisdiccional que se consideraría abusivo un interés de demora *superior* a un 20 por 100, a la luz de los criterios expuestos por la STJUE, de 14 de marzo de 2013, considera que la cláusula (de un 20 por 100) es abusiva por «superar en exceso el índice de referencia en los años de concierto, por ser desproporcionado en relación con los tipos de morosidad establecidos en las fechas de los contratos por el Banco de España y otros organismos oficiales y en relación con los intereses del mercado de los mismos productos en el año 2009». A mayor abundamiento alega la reforma introducida por la Ley 1/2013, en el artículo 114 de la LH, y que en el año 2009, fecha de suscripción del préstamo hipotecario, el interés legal del dinero era de un 5,50 por 100, por lo que el interés de demora exigible sería como máximo el 16,50 por 100. En cuanto a los efectos de la nulidad, la Sala entiende que siguiendo los criterios establecidos por la STJUE, de 14 de junio de 2012, no cabe la integración del contrato ni la moderación de los intereses moratorios, pues en otro caso, la nulidad no tendría efectos persuasivos para el profesional frente al consumidor, no procediendo el recálculo que parece pedir la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013. Como consecuencia de lo anterior entiende que «los intereses debidos son los legales del dinero a partir de la reclamación judicial (arts. 1101 y 1108 CC), esto es, a partir de la interpelación judicial, sustituidos por los moratorios procesales a partir del dictado de la sentencia de primera instancia (art. 576 LEC)». Por lo que habría que reducir la suma reclamada como principal en 916,41 euros, devengados hasta la liquidación unilateral de la deuda por la entidad. En cuanto a la cuestión de la inadecuación del procedimiento, que provocaría indefensión en los demandados, al retardar la resolución del procedimiento y producir un incremento de los intereses de demora, la Audiencia confirma el criterio de la Juzgadora de Instancia que sobre la base del artículo 681 LEC, entiende que este precepto no obligaría al acreedor hipotecario a acudir al procedimiento de ejecución especial hipotecario, pudiendo el acreedor hipotecario acudir al declarativo ordinario, sin que proceda entrar a valorar las alegaciones relativas al retardo en la tramitación y devengo de intereses por ser cuestión resuelta al declararse nula la cláusula de intereses moratorios. En sentido similar, se pronuncia la SAP de Alicante, Sección 9.^a, de 6 de noviembre de 2013. El Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Torreveja dictó sentencia el 12 de junio de 2012, estimando parcialmente la demanda formulada por General Electric Capital Bank, S. A., y condenando a la demandada doña Sabina al pago de 10.331,84 euros, cantidad que devengaría

el interés de demora del 13,75 por 100 anual desde la fecha de resolución del contrato pactado entre las partes, el 9 de enero de 2001, hasta su completo abono, contrato que era de compraventa de un vehículo, habiéndose financiado a los compradores la operación. Doña Sabina interpuso recurso de apelación alegando que el interés de demora pactado era abusivo por lo que procedía aplicar la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil. La sentencia de instancia había ya apreciado de oficio la cláusula como abusiva, entendiendo que procedía su moderación, aplicando 2,5 veces el interés fijado por la Ley de Presupuestos para el año de la celebración del contrato, resultando un interés del 13,75 por 100. Sin embargo, la Audiencia considera que en la actualidad, de acuerdo con la STJUE de 14 de junio de 2012, no cabe integrar o moderar las cláusulas abusivas, como ha hecho el Juzgado. Y cita la SAP de Baleares, de 26 de marzo de 2013, según la cual: «Los parámetros que han de seguirse para la apreciación del carácter abusivo de los intereses moratorios han de ser, entiende este tribunal, los siguientes: a) A la hora de concretar en un determinado porcentaje el carácter abusivo del tipo pactado ha de tenerse en cuenta si la operación cuenta o no con garantías y, en concreto, con garantía hipotecaria, dado que esta hace disminuir el riesgo de impago, lo que ha de tener una repercusión en los tipos de intereses que, lógicamente, han de ser más bajos que si dicha garantía real no existiese. La Exposición de Motivos de la LH de 1861 menciona expresamente que ese efecto de moderar los intereses es el que se espera de la generalización de la hipoteca. B) Otro parámetro a tener en cuenta es la relación entre el interés remuneratorio y el de demora. En efecto, si el interés remuneratorio es la contraprestación por la puesta a disposición del prestatario de una determinada suma de dinero, y el de demora es la indemnización por incumplimiento de la obligación de devolverlo, ha de existir una cierta proporción entre uno y otro dado que ambos parten de una base común: el coste para la prestamista de no disponer de la cantidad de dinero cedida al prestatario. Dicho coste no puede ser muy distinto tanto si nos hallamos en periodo de cumplimiento contractual (interés remuneratorio) como en periodo de incumplimiento (interés de demora) radicando la diferencia entre una y otra fase en que en esta última, es decir, en la que transcurre después del incumplimiento, se ha puesto en evidencia un mayor riesgo de frustración del fin del contrato. C) Tampoco pueden olvidarse otras referencias como son el tipo de intereses interbancario, el interés legal del dinero o el Euríbor, dado que dichos índices son reveladores del coste que hubiese acarreado para la entidad crediticia reponer la cantidad puesta a disposición del deudor y que este no ha devuelto. D) Finalmente, un parámetro orientativo ha de ser, aunque solo sea por imperativo del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), el criterio de los tribunales en la apreciación del carácter abusivo de un determinado porcentaje de tipos de interés. A los anteriores puede añadirse también la tasa legal subsidiaria de interés de demora en el ámbito de operaciones comerciales, prevista por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, pues, aun cuando tenga un carácter subsidiario, en defecto de pacto, se establece un criterio de carácter objetivo en un tipo de relaciones en las que no se aprecia la especial necesidad de protección como ocurre en aquellas en las que interviene un consumidor. Estos intereses moratorios cumplen la misma función indemnizatoria y disuasoria que la parte apelante atribuye a los fijados en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria». Tras la cita de esta sentencia, continúa señalando la Audiencia, que la Junta de Jueces de Valencia, entre otras que se pronuncian en términos similares, acordó el 4 de diciembre de 2012 que «en lo relativo a las cláusulas que establezcan intereses moratorios, y con el fin de establecer una pauta orientativa, la Junta de Jueces acuerda, por unanimidad, que procederá declararlas nulas de oficio cuando establezcan intereses que excedan del límite establecido en el artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, en el caso de descubiertos en cuenta corriente. En los demás supuestos que queden fuera del ámbito de dicha norma, singularmente en el caso de préstamos personales o garantizados con hipoteca, ante la falta de previsión legal expresa [todavía no se había publicado la Ley 1/2013, de 14 de mayo] y en aras a una deseable uniformidad, se considerarán nulas dichas cláusulas si el interés moratorio excede del cuádruplo del interés legal del dinero vigente al tiempo del contrato». «En consecuencia, aplicando la doctrina europea antes expuesta en relación con la normativa propia para defensa de los consumidores y usuarios, no cabe ya moderar los intereses abusivos como se hace en la resolución recurrida, sino directamente excluirllos de la contratación, que es lo que procede hacer en este caso, por lo que procede la estimación de

este motivo del recurso de apelación...». La Audiencia, pues, estima parcialmente el recurso y revoca parcialmente la resolución de instancia, en el sentido de condenar a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 10.331,84 euros, así como los intereses legales de esta cantidad desde la fecha de la interposición de la demanda...». Otras resoluciones se inclinan por aplicar los intereses de la mora procesal del artículo 576 LEC, desde la fecha del auto que despacha ejecución. En este sentido, cabe citar el AAP de Valencia, de 20 de noviembre de 2013. El 14 de marzo de 2013, el Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Gandía, dictó auto declarando la nulidad de la cláusula de intereses moratorios por abusiva, y en consecuencia, no haber lugar a la práctica de la liquidación de intereses solicitada. Caixa-bank, S. A., recurrió en apelación alegando que no se puede acordar no haber lugar a la práctica de liquidación de intereses, puesto que ello implica, en la práctica, que resulta irrelevante cumplir o incumplir el contrato, por ser idéntica la situación en uno u otro caso, solicitando se revocara la decisión de instancia, declarando la validez de la cláusula de interés de demora del 20,50 por 100, que considera moderado atendido lo usual en el momento de celebrar el contrato, o bien, subsidiariamente, se obligue al Juzgado a integrar el contrato, aplicando el interés legal precedente. La Audiencia Provincial, al amparo de la Ley 1/2013 (art. 3.2 y Disposición Transitoria 2.^a), concluye la corrección de la declaración de nulidad de la cláusula por abusiva «al constituir el objeto de la hipoteca la vivienda habitual, exceder los intereses moratorios fijados al 20,50 por 100 del triple de los legales en aquel momento, al ser en 2004 el interés legal del 3,75 por 100. La norma limitativa indicada, aunque posterior [art. 114.3.º LH, introducido por la Ley 1/2013, art. 3.2], es de aplicación al supuesto examinado, por razón de la retroactividad parcial establecida en la Disposición Transitoria de la misma, anteriormente transcrita». «Declarada la nulidad de la cláusula que fija los intereses moratorios, en trámite de liquidación de los mismos, ello no obstante, tal y como interesa la propia recurrente, han de aplicarse, por imperativo legal, los intereses del artículo 576 LEC, que se devengan desde que se dicta cualquier resolución de condena al pago de determinada cantidad —lo que entendemos ha de incluir el auto despachando ejecución— y sin necesidad de su petición expresa, al devengarse ope legis. No se trata de integrar una cláusula nula —lo que sí se produciría en el supuesto de reducción del interés moratorio para acomodarlo al límite legal máximo— sino de inaplicar aquella, devengándose, en su lugar, los intereses legalmente previstos. La razón de tal apreciación no es otra que evitar un tratamiento idéntico en supuestos de cumplimiento o de incumplimiento, lo que acontecería si, con la declaración de nulidad producida, no se estableciera, sin embargo, la aplicación de un interés legal, que como la propia LEC indica, no requiere, siquiera, petición expresa al efecto. El recurso se estima en tal sentido».

⁸ Expuesto lo anterior, el Juzgado de 1.^a Instancia, número 2, de Santander, por sentencia de 19 de noviembre de 2013, formula las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. Si de conformidad con la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula contractual abusiva sobre el interés moratorio debe extraer como consecuencia la invalidez de todo tipo de interés moratorio, inclusive el que pueda resultar de la aplicación supletoria de una norma nacional como pueda ser el artículo 1108 del Código Civil, la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, en relación con el artículo 114 de la LH o el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012 y sin entenderse vinculado por el recálculo que pueda haber realizado el profesional conforme la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013.
2. Si la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 debe interpretarse en el sentido de que no puede constituirse en obstáculo a la protección del interés del consumidor.
3. Si de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado debe deducir tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello

inherentes incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional.

⁹ Por AJPII, número 7 de Avilés, se ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 695.4.2.º en relación con el artículo 695.1.4.º de la LEC. En el procedimiento de ejecución hipotecaria que se tramitaba ante este Juzgado se había incoado un procedimiento extraordinario de oposición, habiendo planteado el ejecutado el carácter abusivo de diversas cláusulas. Según el Juzgado, dicho precepto legal vulneraría los artículos 14 y 24 CE al suponer un tratamiento discriminatorio y desigualitario, sin aparente justificación, en exclusivo perjuicio del ejecutado (quien según la Ley 1/2013 debía ser especialmente protegido por la misma) por privarle de la posibilidad de recurrir la resolución que no estimase su alegación del carácter abusivo de las cláusulas, lo que conllevaría la firmeza de la ejecución, la realización del bien mediante subasta y el lanzamiento, a diferencia del ejecutante, quien sí estaría legitimado para recurrir la resolución que estimase la alegación de abusividad. De manera tal que *en función del contenido de la resolución*, una parte tendría derecho a recurrir y otra no, lo que afectaría a la igualdad de tratamiento procesal de las partes en un mismo acto procesal y ante un supuesto similar, correspondiendo, o bien suprimir los recursos para ambas partes, con independencia de cómo se resolviese el motivo de oposición, tal como preveía la antigua redacción del artículo 695 LEC, antes de la Ley 1/2013, o bien dar la posibilidad de recurso a ambas partes, tal como en un supuesto similar (art. 560 LEC) se viene haciendo. Si bien podría parecer que de esta norma (art. 695.4.2.º LEC) no dependería la validez del fallo a dar por el Juzgado (lo que se exige para poder plantear cuestión de inconstitucionalidad), por afectar a un tema procesal (recursos) posterior al fallo (auto que resuelve la oposición), y no afectar al derecho material o procesal previo a la resolución, lo cierto es que afectaría a la validez del fallo en cuanto a su firmeza y la posibilidad de discusión de su contenido por la redacción dada a los recursos frente al mismo, en perjuicio del ejecutado. Tampoco además existiría otro cauce o momento procesal para hacer valer dicha desigualdad de trato, todo lo cual haría que la resolución (caso de ser desestimatoria de la oposición, por lo menos en parte) quedase firme, sin que cupiesen más motivos ni oportunidades de defensa del ejecutado. Por lo que dicho precepto afectaría realmente a la validez del fallo. Conclusión que no se vería afectada por el hecho de que el ejecutado pudiese acudir a un declarativo (art. 698 LEC) alegando esos mismos motivos de oposición, y pidiendo unas medidas cautelares o la suspensión por prejudicialidad civil del procedimiento de ejecución, pues si bien existiría tal posibilidad, lo cierto es que lo que se discute es el tratamiento discriminatorio, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, respecto del ejecutante. La relevancia constitucional de la cuestión planteada (lo cual debe acreditarse para la admisibilidad de la cuestión) se encontraría en todo lo expuesto y en el hecho de que las partes que acudan a un procedimiento judicial deberían tener las mismas posibilidades de defensa y alegación, independientemente de la posición procesal que ocupasen, no privilegiándose a una respecto de la otra en un mismo acto procesal, pues ello ocasionaría indefensión. Además existiría un precedente constitucional, en un caso similar de privación de recursos a una de las partes respecto al otro, como sería la STC de 14 de diciembre de 1982, donde se declara inconstitucional el artículo 14 de la Ley 9/1980, en que se privaba a las partes condenadas de interponer recurso de casación en caso de condena a penas inferiores a tres años de prisión, mientras que el MF en todo caso podía interponer recurso de casación, siendo el motivo de inconstitucionalidad considerado la vulneración del artículo 24 CE. Si bien se alegaría que el artículo 455.1 LEC dispondría que solo cabe apelación frente a autos definitivos, y que el auto que desestimase la oposición sería de mero trámite (siendo definitivo si la estima, lo que justificaría la diferencia de trato), el Juzgador considera que sería discutible jurídicamente que un mismo auto tuviese carácter de mero trámite o definitivo en función del contenido de la decisión. El auto que resolviese un incidente de oposición en cuanto al fondo, como acontecería en este supuesto, no sería de mero trámite, sino definitivo, y en apoyo de ello cabría examinar el artículo 565 LEC, donde se dispone que se puede interponer recurso por ambas partes tras la resolución de un incidente de oposición, sencillamente porque el auto que resuelve una oposición por motivos de fondo es definitivo. Por otro lado, si bien se alegaría también que en la redacción anterior del mismo precepto se señalaba que solo cabría recurso para el caso de que se estimara el motivo de oposición y se sobreesayera el

procedimiento, con lo que solo podía recurrir el ejecutante, el Juzgador indica que él lo que cuestiona es la nueva redacción dada por la Ley 1/2013; que nunca pudo cuestionar la redacción antigua por no haber habido un supuesto que lo hubiese permitido al no haber sido habitual la oposición a la ejecución en esta clase de procedimiento por los específicos motivos de oposición que se podían alegar antes, que no eran jurídicos, sino formales, procesales o aritméticos; que desconoce si existe alguna cuestión de inconstitucionalidad recaída sobre la redacción anterior del precepto y que no cuestiona el tratamiento de los otros motivos de oposición, sino el aplicable al caso concreto, como es la alegación de cláusulas abusivas, *motivo jurídico y no meramente matemático o formal*. Además si el proceso se sobreseía por inexistencia de deuda o por existencia de una prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria inscrita con anterioridad al gravamen que motivase el procedimiento, cabía recurso por el ejecutante y no por el ejecutado, siendo ello lógico, *pues se carece de legitimación para recurrir la decisión que beneficia, pudiendo ejercer la contradicción en la fase de oposición al recurso*. Y para el caso de que se estimara o desestimara total o parcialmente el segundo motivo de oposición, es decir, errónea fijación del saldo, no cabía recurso alguno por ninguna parte. Finalmente, comparando con el artículo 560 y sigs. LEC que regulan la oposición en el procedimiento de ejecución ordinaria por motivos de fondo, similar a la alegación de cláusulas abusivas, *el tratamiento procesal es el mismo para ambas partes, pues tanto si se estima como si se desestima cabe recurso de apelación para ejecutado y ejecutante*. Y comparando con la oposición del ejecutado por motivos formales del artículo 559 LEC, si se pone fin al proceso tras estimar la oposición del ejecutado, la legitimación para recurrir es solo del ejecutante por ser el único perjudicado. Tampoco es equivalente el auto que resuelve la oposición del artículo 695.1.4.³ LEC, al auto de los artículos 551.4 y 552 LEC, donde no cabe recurso alguno por el ejecutado, por referirse al auto de despacho de ejecución (*cuestión esta de la que discreparía el recurso de inconstitucionalidad planteado ante el TC, según lo expuesto antes, al considerar que en el momento de dictarse dicho auto ya es parte el ejecutado si se le dio traslado para pronunciarse sobre la posible presencia de cláusulas abusivas*). En línea con lo expuesto, el Juzgado de 1.^a Instancia, número 34 de Barcelona, mediante Auto de 28 de noviembre de 2013, también plantea cuestión de prejudicialidad al TJUE en relación con la Ley 1/2013, por considerar que puede infringirse el Derecho Comunitario, dado que en caso de desestimación de la oposición planteada por el consumidor por posible existencia de cláusulas abusivas, no se contempla por la Ley que pueda recurrir en apelación.

¹⁰ En este sentido, la SJM, número 1 de Palma de Mallorca, de 3 de enero de 2014, señala que si bien existe una amplia discusión doctrinal sobre la naturaleza de la venta extrajudicial regulada en el artículo 129 LH, el tenor literal de la Ley 1/2013 y, fundamentalmente, la doctrina emanada de la STS de 25 de mayo de 2009, consagran la idea de que nos encontramos ante un procedimiento de ejecución forzosa, no un mero acuerdo contractual relativo a la forma en que se puede realizar un derecho de crédito, por lo que serían extrapolables al mismo las conclusiones de la STJUE de 14 de marzo de 2013. Si bien el principio de autonomía procesal atribuiría a los Estados la regulación de los procesos, esta autonomía tendría como límite que tales normas no hicieran imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento de la UE confiere a los consumidores (principio de efectividad), de manera que en la medida en que el cauce procesal regulado mermase o dificultase al consumidor el hacer efectivo el ejercicio de tales derechos, en virtud del principio comunitario de efectividad, el juez comunitario estaría habilitado para inaplicar sin más la normativa procesal nacional. Por otro lado, sería en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios donde más limitaciones encontraría el principio de autonomía de la voluntad, pues sería un ámbito en el que, en los contratos que se suscriben, se constata una clara situación de preponderancia de una de las partes, no jugando la presunción liberal de libertad e igualdad de las partes contratantes, lo que habría llevado al legislador a tales limitaciones en aras de proteger los derechos de la parte más débil. De acuerdo con la Directiva 93/13/CEE, artículo 4.2, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referiría a la definición del objeto principal del contrato, siempre que dichas cláusulas se redactasen de manera clara y comprensible, lo que *a sensu contrario* supondría que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se deben someter a un control de abusividad si no están redactadas

de manera clara y comprensible. Parecería, pues, que el objeto del contrato, en una economía de mercado, donde impera la libertad de empresa que supone la libertad de contratación, la determinación del precio quedaría exclusivamente al arbitrio de la libre competencia, de manera que el control de contenido o material de abusividad, no sería un control de precios o del objeto principal del contrato, esto es, no sería un control del contenido económico del contrato. El control de transparencia, como parámetro de validez de la cláusula predisuelta, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del error vicio, cuando se proyectase sobre los elementos esenciales del contrato tendría por objeto que el adherente conociera o pudiera conocer con sencillez la «carga económica» que supondría para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a realizar a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, y la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo, todo lo cual habría sido puesto de relieve por la sentencia del Pleno del TS de 9 de mayo de 2013 (sobre cláusulas suelo). Presupuesto lo anterior, el Juzgado entiende que puesto que la parte demandante (*que ha ejercitado una acción individual de nulidad al amparo del art. 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación*), pretende el control de contenido de la estipulación por la que se prevé la posibilidad de que la entidad bancaria utilice el procedimiento extrajudicial del artículo 129 LH y 234 y sigs. del RH, para la realización del crédito hipotecario, se está en presencia, en efecto, de un control de contenido y no de transparencia, *por cuanto no se referiría tal estipulación a un elemento esencial del contrato*. Ello exigiría analizar si la citada cláusula produce un desequilibrio, no en las contraprestaciones entre las partes, sino en los derechos y obligaciones de las partes. Entiende el Juzgador que tal desequilibrio se produce «si el predisponente obliga al adherente a acudir a un procedimiento legal que suponga una merma de derechos que produzca un perjuicio injustificado para el consumidor; y ello con independencia del carácter legal o no del procedimiento establecido». «Y esta merma de derechos únicamente puede entenderse como tal si el estatus del consumidor en un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria es distinto de su estatus en un procedimiento de venta extrajudicial, y esta diferencia de trato no encuentra una justificación razonable». El Juzgado concluye que dicha diferencia de tratamiento existe y es injustificada, tanto con la redacción vigente del artículo 129 LH en el momento de formalizarse el contrato de préstamo hipotecario, como con la actual redacción. Ello podría apoyarse en el informe redactado por el CGPJ, de 25 de julio de 2013, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el RH. En dicho informe se indica que la diferencia de trato reside, principalmente, en la facultad que el artículo 552.1 de la LEC confiere al órgano judicial, habilitando al tribunal para apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas, lo que no obsta para que la parte pueda suscitar como motivo de oposición (art. 695.1.4.º LEC) el carácter abusivo de una cláusula. El artículo 129 LH (en su redacción dada por la Ley 1/2013), y los proyectados preceptos reglamentarios concordantes, preverían que el notario advirtiese a los interesados sobre el posible carácter abusivo de alguna cláusula, e impondría la suspensión del procedimiento cuando se acreditase que alguna de las partes ha interesado del juez competente la declaración de nulidad por abusiva, conforme al procedimiento previsto en el artículo 695.1.4.º LEC. «Si bien las modificaciones introducidas —señala el informe— constituyen un avance respecto de la situación precedente, lo cierto es que el modelo previsto para la venta extrajudicial solo permite que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre el carácter abusivo de alguna de las estipulaciones cuando el interesado suscite tal pretensión —como motivo de oposición— pero no contempla la posibilidad de que el órgano judicial pueda apreciar esa circunstancia de oficio, ya que la venta forzosa no se sustancia en sede judicial. Además, aunque el hecho de que el notario pueda advertir sobre la existencia de cláusulas abusivas merece una valoración positiva, no deben pasar inadvertidas las dificultades que se entrevén para su aplicación efectiva, pues, por un lado, o bien el notario se vería obligado a emitir un juicio de valor sobre el clausulado que obra en la escritura autorizada por un compañero de profesión o, en su caso, dada la modificación que el Proyecto establece para la determinación del notario hábil, pudiera ser que el propio notario que autorizó la escritura fuera el que, a la postre, tuviera que pronunciarse sobre la existencia de cláusulas abusivas». A

diferencia, pues, del procedimiento judicial, en el que la suspensión es automática ex artículo 695 LEC, en el caso de la venta extrajudicial se requiere una actuación activa del consumidor mediante la presentación de una demanda en los Tribunales y la solicitud de adopción de una medida cautelar consistente en la suspensión de la venta extrajudicial. En este sentido, sería revelador el artículo 236.º del RH, ya que ni siquiera contempla que el notario suspenda el procedimiento por el planteamiento del debate sobre la abusividad de la cláusula. Por otro lado, sigue indicando el Informe, mientras que en el seno del procedimiento de ejecución judicial, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula determina el sobreseimiento (si fundamenta la ejecución) o su inaplicación (en cualquier otro caso), para la venta extrajudicial, solo se proscribe la prosecución del procedimiento cuando el pacto declarado abusivo sea fundamento de la ejecución, pero nada se dice cuando la estipulación no afecte al desarrollo de la venta extrajudicial en sí misma considerada, pero sí a otros aspectos tales como la cuantía objeto de reclamación o el importe de los intereses exigibles. De acuerdo con lo expuesto, el juzgador concluye la abusividad, conclusión que entiende se robustece si se atiende al hecho de que el enjuiciamiento del carácter abusivo de una cláusula debe referirse al momento en que se suscribe el contrato (año 2005), en el que el control de cláusulas abusivas por medio del notario y las posibilidades de hacer efectiva la protección del consumidor dimanante de la Directiva 93/13 se encontraban más mitigadas. No habiéndose demostrado además, a tenor del artículo 82.2.2.º TRLGDCU y del artículo 3.2 de la Directiva la existencia de una negociación individual de la referida cláusula, prueba que incumbe al profesional, la consecuencia de todo lo anterior es declarar la nulidad de la estipulación del contrato relativa a la posibilidad del acreedor de acudir a la venta extrajudicial, lo que no supone la nulidad de todo el contrato, sino que permite acudir al acreedor al procedimiento judicial, más garantista. En contra del parecer de esta sentencia, cabe citar la SJM, número 9 de Madrid, de 18 de octubre de 2011.

¹¹ En fechas recientes (28 de febrero de 2014) se ha publicado en el DOUE la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE), número 1093/2010. Destacamos su artículo 28, *Demoras y ejecución hipotecaria*, según el cual:

1. Los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución.
2. Los Estados miembros podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago.
3. Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos.
4. Los Estados miembros no impedirán que las partes, en un contrato de crédito, puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito.
5. Los Estados miembros se dotarán de procedimientos o medidas que permitan lograr que, en caso de que el precio obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria.
6. Los Estados miembros velarán por que se adopten medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, con el fin de proteger al consumidor.

2. DERECHO MERCANTIL

Conditio iuris o condición suspensiva en los contratos de compraventa de empresa en la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 2013

Conditio iuris or Condition Precedent in Share Purchase Agreements in the Supreme Court Ruling of 28 October 2013

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: En la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 2013, se falla la no aplicación del artículo 1119 del Código Civil por considerarse que una autorización administrativa a un contrato de compraventa de participaciones sociales tiene la consideración de *conditio iuris*, sin tenerse en cuenta, por otro lado, la exigibilidad de la normativa administrativa aplicable de que dicha autorización administrativa apareciera en el contrato de compraventa como condición propia, como de hecho así ocurrió.

ABSTRACT: *In its ruling of 28 October 2013, the Spanish Supreme Court found that article 1119 of the Spanish Civil Code was not applicable, because the court regarded administrative authorization as a conditio iuris for an agreement to purchase shares in a company. Furthermore, the court took no account of the fact that applicable administrative rules require the administrative authorization to appear in the purchase agreement as an inherent condition (as in fact it did).*

PALABRAS CLAVE: *Conditio iuris* vs. condición suspensiva.

KEY WORD: *Conditio iuris* vs. *condition precedent*.

SUMARIO: I. UNA APROXIMACIÓN A LAS DIVERSAS CUESTIONES ANALIZADAS.—II. LA *CONDITIO IURIS* COMO FALSA CONDICIÓN. EL CUMPLIMIENTO FICTICIO.—III. EPÍLOGO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. UNA APROXIMACIÓN A LAS DIVERSAS CUESTIONES ANALIZADAS

En la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) número 628-2013, de 28 de octubre de 2013 (*RJ* 2013/7442), se enjuicia un supuesto de compraventa de participaciones sociales fallando que el incumplimiento de la obligación asumida en un contrato de compraventa de empresa de solicitar una autorización administrativa es incumplimiento del contrato, no cumplimiento de la condición suspensiva consistente en la obtención de la autorización.

Los hechos relevantes que se analizaron en la referida sentencia fueron los siguientes:

- (i) A comienzos de 2008, Falcó Produccions, S. L. era una sociedad dedicada a la actividad de operador de televisión local que tenía siete licencias analógicas y digitales en el ámbito de las Islas Baleares, y operaba con la denominación comercial TVI-Localia.
- (ii) El 29 de enero de 2008 se firmó un acuerdo de intenciones de colaboración y de confidencialidad entre la entidad Falcó Produccions, representada por sus administradores mancomunados (Valeriano y Donato), y la sociedad Editorial Balear, S. A. El objeto del acuerdo era formalizar los términos y condiciones generales de la compra de la sociedad Falcó Produccions, por parte de Editorial Balear.
- (iii) El 8 de julio de 2008, se firmó un contrato de compraventa de participaciones sociales de las compañías Falcó Produccions, S. L. y Can Chali Produccions, S. L., en el que aparecían como vendedores Valeriano, en representación de Lluclblanca Produccions, S. L. U., Severino, Abilio, Donato y Verónica, y como comprador Augusto, en representación de Epi Radio TV, S. L.
- (iv) El contrato de 8 de julio de 2008 contenía la siguiente estipulación tercera, bajo la rúbrica «Condición suspensiva»:
 - 3.1. *El comprador solicitará las autorizaciones administrativas necesarias, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 31/2006, de 31 de mayo (sic) (LIB 2006/126), por el que se regula el régimen jurídico de las concesiones para la presentación del servicio de televisión local por ondas terrestres en el ámbito territorial de las Illes Balears, para la transmisión de las participaciones sociales de Falcó Produccions, S. L., en tanto adjudicataria de siete concesiones administrativas de servicio público de televisión digital terrestre con cobertura local en las Illes Balears (expediente de contratación núm. NUM000).*
 - 3.2. *La obtención de dichas autorizaciones serán condición suspensiva de los derechos y obligaciones regulados en este contrato.*
 - 3.3. *Se establece un plazo de tres meses desde la firma de este contrato para la obtención de dichas autorizaciones. Pasado tal plazo sin haberse obtenido estas el comprador, el contrato queda sin efecto alguno.*
 - 3.4. *El comprador comunicará de inmediato a los vendedores la eventual obtención de las referidas autorizaciones».*

Los demandantes (Lluclblanca Produccions, S. L. U., Severino, Abilio, Donato, Verónica, Justiniano, Industrias Gráficas Mallorquinas, S. A. y Silvio) pedían en su demanda que se declarara la eficacia de los contratos de compraventa de participaciones y de cesión de créditos de 8 de julio de 2008, porque debía entenderse cumplida la condición suspensiva (la obtención de la concesión administrativa para la transmisión de las participaciones), en virtud de lo previsto en el artículo 1119 del Código Civil porque fueron los compradores demandados quienes impidieron el cumplimiento de la condición suspensiva al paralizar el expediente de renuncia a las concesiones de televisión digital terrestre, como consecuencia de no haber acreditado debidamente la representación que ejercía el señor Augusto respecto de Editorial Balear, al realizar la renuncia.

La demanda fue dirigida contra Epi Radio TV y contra Editorial Balear, por considerar los demandantes que ambas eran responsables solidarias, al existir entre ellas una comunidad jurídica de objetivos y pertenecer al mismo grupo empresarial.

La sentencia dictada en primera instancia, después de estimar las excepciones de falta de legitimación activa de Silvio y de falta de legitimación pasiva de Editorial Balear, por no formar parte de un mismo grupo empresarial con Epi Radio TV, entiende que no se ha cumplido la condición suspensiva pactada, sin que la autorización administrativa pueda ser salvada por el juzgado que resuelve. Por esa razón se desestima la demanda y absuelve a los demandados. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes frente a la sentencia absolutoria de primera instancia.

Las dos demandadas, Epi Radio TV y Editorial Balear, interponen sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, estimándose por el Tribunal Supremo la falta de legitimación pasiva de Editorial Balear al no ser parte contractual, pero en lo que ahora nos interesa, se estima también el motivo casacional material con el siguiente razonamiento:

«13. *Estimación del motivo. La condición suspensiva a la que quedaban sujetos los dos contratos era la obtención de la preceptiva autorización administrativa para la venta de las participaciones de la sociedad Falcó Produccions, titular de siete concesiones administrativas de servicio público de televisión digital terrestre con cobertura local en las Islas Baleares. La necesidad de autorización administrativa venía impuesta por el artículo 17 del Decreto 31/2006, de 31 de mayo (sic) (LIB 2006/126), por el que se regula el régimen jurídico de las concesiones para la prestación del servicio de televisión local por ondas terrestres en el ámbito territorial de las Illes Balears, de tal forma que constituía, respecto del contrato principal de transmisión de participaciones, una *conditio iuris*.*

En el propio contrato se impuso al comprador (Epi Radio TV) la obligación de recabar la autorización, lo que ha quedado acreditado en la instancia que llevó a cabo, aunque para su concesión otra sociedad del grupo (Editorial Balear), debía realizar una renuncia de otros derechos incompatibles, que no llegó a hacer efectiva, por no cumplimentar el requerimiento administrativo de verificar la representación con que se había pedido por su administrador la renuncia a tales derechos. Es indudable que si Editorial Balear no cumplimentó el requerimiento administrativo para justificar la representación con que había actuado el señor Augusto al pedir la renuncia a las concesiones de TV digital terrestre que tenía, fue porque no quiso. Este comportamiento omisivo obstaculizó la obtención a tiempo de la preceptiva autorización administrativa, lo que frustró los contratos que dependían de ello.

*Pero aun cuando la vinculación entre las sociedades Epi Radio TV y Editorial Balear, que fue la que motivó el impedimento para la autorización administrativa, en tanto Editorial Balear era concesionaria de otros derechos, permita concluir que Epi Radio TV no cumplió con el deber asumido en el contrato de recabar la autorización administrativa, ello no determina en este caso la aplicación del artículo 1119 CC (LEG 1889/27). Aunque consideremos que el incumplimiento de la condición suspensiva es imputable a Epi Radio TV, no puede tenerse por cumplida la condición, porque la autorización administrativa constituye una *conditio iuris* del negocio traslativo de las participaciones, que no puede alcanzarse por esta vía. En todo caso, lo que ha existido es un incumplimiento de un deber de conducta contenido en el contrato, consistente en poner todos los medios para obtener la preceptiva autorización administrativa, imputable a la parte que lo asumió, la compradora,*

lo que podría dar lugar no a la perfección del contrato sino a la reclamación de los daños y perjuicios derivados de su frustración, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, que no es lo que se ha pedido».

El ámbito de la discusión trae causa, pues en lo previsto en el artículo 17 del Decreto 31/2006 de la Consejería de Economía, Hacienda e Innovación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares por el que se regula el régimen jurídico de las concesiones para la prestación del servicio de televisión local por ondas terrestres en el ámbito territorial de las Islas Baleares, que expresamente prevé lo siguiente:

«Artículo 17. Modificación de la estructura del capital social de la sociedad concesionaria y otros actos sujetos a autorización:

- 1. Se requiere la autorización previa de la persona titular de la Consejería competente para todos los actos o negocios jurídicos que impliquen la transmisión, la disposición o el gravamen de las participaciones sociales y, en general, para cualquier modificación de la composición del capital social de las sociedades concesionarias del servicio público de televisión local por ondas terrestres, salvo las ampliaciones de capital que se realicen de manera idénticamente proporcional entre los propietarios del capital social inicial.*
- 2. El representante legal de la sociedad presentará al órgano directivo competente la solicitud de autorización, junto con un documento acreditativo de la ampliación de capital o, si fuera el caso, del cambio de titularidad de las acciones o participaciones, o del acto de disposición o gravamen de estos títulos, en el que las partes condicionen expresamente la eficacia del acto o negocio a la autorización administrativa. La solicitud irá acompañada, como mínimo y en defecto de lo que se establezca en el pliego de cláusulas del correspondiente concurso concesional, de la siguiente documentación:*
 - a) Copia íntegra del título de ampliación o de reducción del capital social, o de la transmisión o disposición o gravamen de los títulos sociales.*
 - b) En los expedientes de ampliación o de reducción de capital social o disposición o gravamen de participaciones sociales, declaración responsable de la concesionaria sobre la composición y la estructura actual del capital social.*
 - c) En los expedientes de transmisión de títulos sociales, declaración responsable de la sociedad concesionaria sobre la posición actual de los adquirentes en su estructura de capital social y declaración de los adquirentes sobre su eventual titularidad de participaciones sociales en otras sociedades concesionarias del servicio de televisión.*
 - d) Declaración responsable de la concesionaria relativa a otras concesiones de su titularidad o a sociedades concesionarias participadas por ella, con indicación del porcentaje de participación en el capital social.*

El mencionado órgano directivo analizará la solicitud y la documentación anexa, emitirá la correspondiente propuesta y la elevará a la persona titular de la Consejería competente para su resolución. En las solicitudes de autorización de modificaciones del capital social que comporten una alteración de la composición del accionariado de la sociedad se debe adjuntar una declaración responsable de su representante legal conforme la nueva composición accionarial no comporta que la sociedad se encuentre incluida en ninguna de las limitaciones

establecidas en los apartados 5, 6 y 7 del artículo 13 anterior. A estos efectos, el órgano directivo antes citado puede solicitar la documentación complementaria que crea conveniente con la finalidad de verificar con exactitud el estricto cumplimiento de los mencionados preceptos».

3. La modificación que implique un cambio de estructura del capital social que afecte al control de la sociedad se asimila a una transmisión y debe cumplir los mismos requisitos que se establecen para este negocio jurídico.
4. También requieren autorización administrativa la emisión de obligaciones convertibles y títulos similares y la transformación, fusión o escisión, en cualquiera de sus modalidades, de la concesionaria, cuando esta sea una persona jurídica. Las correspondientes solicitudes de autorización se acompañarán de documentación equivalente a la que se recoge en el apartado 2 de este artículo.
5. Si la Administración no emite resolución dentro de un plazo de tres meses a contar de la presentación de la solicitud, se entenderá que esta ha sido desestimada cuando la modificación propuesta comporte un cambio en la estructura del capital social que afecte al control de la sociedad. En el resto de supuestos el silencio tendrá carácter positivo.

En realidad la temática ofrecida en la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 2013, sobre las consecuencias jurídicas de las transmisiones de acciones o participaciones sociales para las que se prevea la obtención de una autorización administrativa previa es de carácter múltiple y puede ser analizada desde la óptica de diversas cuestiones jurídicas que pueden resultar aplicables al efecto y que por razones del ámbito del presente análisis no pueden ser lógicamente abordadas.

En primer lugar nos referimos, por ejemplo, a la problemática distinción entre las «condiciones suspensivas» y las que pudieran denominarse «condiciones de cumplimiento». La imprecisión terminológica (muchas veces producida por la importación de términos y arquetipos contractuales ajenos a nuestro tradicional Derecho de Obligaciones y Contratos), así como la ligereza con la que los agentes jurídicos utilizan el término «condición» para expresar o pretender expresar la voluntad de las partes en cuanto a la reglamentación de sus propósitos e intereses contractuales hacen que la tradicional discusión jurisprudencial acerca de si lo que realmente han querido las partes es establecer una auténtica condición o bien una obligación de las mismas, lejos de ser una cuestión meramente académica tenga sin duda una gran influencia en nuestra práctica contractual¹.

Un análisis de la controversia jurisprudencial al respecto ha sido efectuado magistralmente por Díez-PICAZO², quien concluye al respecto que: «...la jurisprudencia española ha sido concorde en el sentido de que la condición debe ser expresa e inequívocamente manifestada. En efecto, una constante y reiterada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo recuerda que la regla o principio es la obligación pura y simple, respecto de la que la obligación condicional se presenta como excepción, que no se puede presumir. E igualmente que es la condición una cláusula de tal importancia en la vida de un negocio jurídico que debe contenerse expresa y claramente en el texto de este o inferirse del mismo de manera concluyente e inequívoca».

En segundo lugar, no menos discutido y discutible resulta la siempre atractiva doctrina de las nulidades del negocio jurídico por infracción de norma imperativa prohibitiva³, aunque no ha faltado jurisprudencia que se inclinaba por la validez de los contratos que tienen por objeto bienes cuya transmisión

está sujeta a intervención administrativa aun cuando esta no haya sido obtenida (STS 20-6-1998 [RJ 1988/7639], 3-1-1991 [RJ 1991/105], y SAP de Cádiz de 22-5-1998 [AC 1998/8186] y Madrid, 20-1-1994 [AC 1994/219]), incluso para el sector audiovisual puede consultarse la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), número 981-2007, de 27 de septiembre de 2007 (RJ 2007/5448)⁴, parece que existe una nueva corriente jurisprudencial al respecto, así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 2010 (RJ 2010/2677) que tras la nueva doctrina de las nulidades por infracción de normas administrativas que sentó la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), de 10 de octubre de 2008 (RJ 2008/56871), resume la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad del negocio jurídico, del siguiente tenor:

«La sentencia de 9 de octubre de 2007, con cita de otras, ha declarado que: “Por lo que atañe a la jurisprudencia de esta Sala, la sentencia de 25 de septiembre de 2006 (RJ 2006/6577) (recurso núm. 4815/99), citando las de 18 de junio de 2002 (RJ 2002/5224) y 27 de febrero de 2004 (RJ 2004/1316), declara en relación con el artículo 6.3, de un lado, que el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la Ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurran trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público”».

Asimismo y en tercer lugar, esta sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 2013, nos ofrece también otro problema para el debate como es el de la configuración o no de la autorización administrativa como *conditio iuris* y la aplicabilidad o no a las condiciones legales de la consecuencia jurídica del artículo 1119 del Código Civil.

En realidad, un acercamiento a este problema ya nos lo ofreció la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), número 701-2007, de 25 de junio de 2007 (RJ 2007/4672) en un caso donde el Alto Tribunal enjuicia la procedencia de una tercera de dominio ante un embargo de tarjeta de transporte que la empresa ejecutada había cedido a la tercerista con anterioridad a la traba, cuando la realización del embargo se había producido pendiente la autorización administrativa de la transmisión de aquella, razonando que su pendencia no obsta a la perfección civil de la transmisión, ya que el carácter fiscalizador de la autorización no comporta *conditio iuris* de su validez. El razonamiento judicial fue el siguiente:

«TERCERO.

A) La sentencia recurrida se acoge a la jurisprudencia de esta Sala, la cual tiene declarado que el buen éxito de la acción de tercera de dominio depende de que concurran los requisitos exigidos por las normas de Derecho Civil para reconocer la propiedad y estos requisitos no pueden entenderse modificados por normas administrativas cuando estas no se establecen como conditio iuris [condición de Derecho] de la validez del contrato (SSTS de 25 de octubre de 1988 [RJ 1988/7639] y 17 de septiembre de 1996, entre otras), tanto más cuanto que la jurisprudencia admite que el incumplimiento de requisitos de carácter administrativo puede ser compatible con el mantenimiento de los efectos económicos del acto entre las partes interesadas, cuando estos sean susceptibles de ser considerados como integrantes de un sustrato independiente del cumplimiento de la norma administrativa (SSTS de 21 de diciembre de 2005 y 25 de septiembre de 2006 [RJ 2006/6577]).

B) El motivo interpuesto se apoya en el texto del artículo 52.2 LOTT (RCL 1987/1764), según el cual: “[l]a transmisión [de los títulos administrativos habilitantes] estará en todo caso subordinada a que la Administración dé previamente su conformidad a la misma, realizando la novación subjetiva del título habilitante en razón al cumplimiento de los requisitos previstos en el punto 1 anterior”.

La expresión “novación subjetiva” —que el abogado del Estado juzga impropiamente utilizada por la LOTT, pues la entiende referida a la transmisión—, se refiere en puridad a la modificación o cambio de la autorización o habilitación administrativa desde el punto de vista de su titularidad, pero no necesariamente a la transmisión de la titularidad del derecho en el orden privado. Por su parte, la expresión legal “estará [...] subordinada”, que tanto quiere decir como ordenado o dependiente de algo que ocupa un lugar superior, no es una expresión que necesariamente comporte el establecimiento de presupuestos o requisitos para la existencia o validez de la transmisión. La expresión “previamente” —con la que se califica la conformidad de la Administración a la que se subordina la transmisión en el art. 52.2 LOTT— es la única de la que podría inferirse que se establece una *conditio iuris* para la existencia o validez de aquella.

Sin embargo, no puede darse a esta expresión legal un carácter absoluto. En efecto, la LOTT admite que la regulación jurídica de los títulos habilitantes de transporte puede ser diversa, según su diferente naturaleza, pues el artículo 47.2 establece que “[l]os referidos títulos habilitantes revestirán, para las distintas clases de servicios o actividades de transporte, la forma jurídica que expresamente se establezca en la regulación específica de cada una de ellas”.

En el Reglamento de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (RCL 1990/2072) [ROTT], en el que se desarrolla la anterior regulación, se establece una distinción entre, por una parte, los títulos habilitantes consistentes en una concesión administrativa para transportes regulares de viajeros por carretera, respecto de los cuales se exige expresamente el carácter previo de la autorización y la necesidad de la formalización posterior de la transmisión en escritura pública (art. 94.2 ROTT), y, por otra, las autorizaciones de transporte, respecto de las cuales el artículo 118 ROTT se limita a exigir para la transmisión a otros titulares “que la Administración así lo posibilite, realizando la correspondiente novación subjetiva de las mismas en favor de los adquirentes”. De esta expresión no puede deducirse que la autorización administrativa se establezca como un requisito previo determinante de la validez de la transmisión.

Este distinto tratamiento se justifica por el hecho de que, mientras en la concesión de transporte regular de viajeros existen elementos discrecionales (art. 51.1 II LOTT: “[...] cuando se trate de servicios de transporte de viajeros asumidos por la Administración, que esta gestione indirectamente, mediante concesión, podrá la misma decidir sobre la conveniencia del establecimiento del servicio”), en el caso de las tarjetas de transporte la aprobación de la transmisión tiene carácter reglado, siempre que la regulación de aquellas establezca su transmisibilidad (art. 51.1 LOTT: “El otorgamiento de los títulos administrativos habilitantes para la realización de los transportes y las actividades auxiliares y complementarias regulados en esta Ley tendrá carácter reglado, por lo que, cuando se cumplan los requisitos previstos en el punto 1 del artículo 48, así como los exigidos por las normas específicas reguladoras de cada servicio o actividad, deberá realizarse dicho otorgamiento, siempre que no se dé alguna de las causas de restricción o limitación determinadas legalmente”).

En consecuencia, la autorización de la Administración, en este último caso, no puede ser entendido como una *conditio iuris* determinante de la validez de la transmisión, sino solamente como un acto de fiscalización por parte de la Adminis-

tración de la concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento, algunos de los cuales tienen carácter objetivo (carácter transmisible de la tarjeta de transporte), mientras que otros dependen de la conducta del transmitente o del adquirente (hallarse al corriente de determinadas obligaciones y, este último, cumplir los requisitos generales exigidos para obtener la titularidad de una autorización de transporte). La denegación de la transmisión por incumplimiento de alguno de estas condiciones generará efectos diversos desde el punto de vista de la relación contractual entre las partes, que pueden abarcar desde la nulidad o resolución del contrato a la pérdida del derecho en perjuicio del adquirente según los casos, pero su ausencia no puede impedir que se entienda perfeccionada la transmisión si consta haberse efectuado contractualmente la cesión de la tarjeta cuando, como en el caso examinado, no consta que esté prohibida por las normas que integran el régimen jurídico aplicable.

En el caso examinado, la cesión producida mediante documento privado de las correspondientes tarjetas de transporte resulta acreditada frente a terceros desde la fecha de presentación ante un registro público —como es en este caso el que corresponde a la Administración competente para otorgar la autorización— en fecha anterior al embargo».

En lo que ahora nos atañe, esta sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 2007, en interpretación de la normativa administrativa de ordenación del transporte terrestre niega por tanto el carácter de *conditio iuris* a la labor fiscalizadora de la Administración en el caso de transmisión de la tarjeta de transporte porque dicha labor posibilitadora no es equiparable a la conformidad de la Administración con que «previamente» se tenía que dotar a la transmisión de la concesión administrativa en materia de transportes. Es decir, el Alto Tribunal da a entender en esta sentencia que la intervención previa de la Administración competente pudiera ser interpretable como *conditio iuris*.

En suma, la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 2013, parece recoger el razonamiento que propone la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 2007, en cuanto a la consideración de la autorización administrativa como presupuesto de validez del contrato impuesta por el Ordenamiento Jurídico, aunque da un paso más al negar la aplicación de la consecuencia jurídica del artículo 1119 del Código Civil a las conocidas como condiciones legales.

Sin embargo, el paralelismo entre las consecuencias que sobre el particular pudieran extraerse de ambas sentencias es, a nuestro juicio, solo aparente. En este sentido, no puede obviarse que la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 2007, se está refiriendo a la calificación de la actividad administrativa ante supuestos de transmisión de títulos habilitantes administrativos, mientras que en la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 2013, se está refiriendo a la actuación administrativa previa de la transmisión de unas participaciones sociales de una sociedad con actividad regulada administrativa, lo que implica que la *quaestio iuris*, relativa a la eficacia del negocio jurídico sea, en realidad, propia del Derecho Privado Patrimonial, debiendo ser en el mismo donde haya de encontrarse la correspondiente respuesta, que en nuestra opinión no ha de pasar por la conceptualización de la labor administrativa en este caso como un presupuesto de eficacia del negocio jurídico transmissivo de compraventa cuyo objeto son participaciones sociales, las cuales no pueden equipararse a estos efectos de entendimiento de la actuación administrativa previa a la transmisión como si de licencias o concesiones administrativas se tratara.

II. LA *CONDITIO IURIS* COMO FALSA CONDICIÓN. EL CUMPLIMIENTO FICTICIO

En realidad la *conditio iuris* no es uno de los temas propios de las condiciones en los que la doctrina y la jurisprudencia civil más se hayan prodigado⁵.

De inicio, la *conditio iuris* no es una auténtica condición, sino un presupuesto legal para la eficacia del correspondiente negocio jurídico.

VON THUR⁶ razona que: «No constituyen condición en el sentido de los artículos 151 y siguientes, los hechos que han de concurrir por imperio de la ley con las declaraciones de voluntad de las partes, para completar los factores de hecho de un contrato o de otro negocio jurídico cualquiera. Estos requisitos del contrato que no responden a la voluntad de las partes, sino a la existencia de la ley, suelen denominarse *condiciones jurídicas (conditio iuris)* (...) Si las partes, superfluamente, establecen una condición jurídica como requisito para la validez del negocio, esta adición no tiene valor jurídico alguno, ni convierte la declaración en condicional...».

Sobre la falta de mención de la *conditio iuris* en el negocio, CASTÁN PÉREZ⁷ analiza las fuentes romanas y razona lo siguiente: «La *conditio iuris* tampoco suele aparecer, por principio, en el contenido del negocio, pues se halla sobreentendida en el mismo. Puesto que se trata de acontecimientos o circunstancias preestablecidas para la perfección del negocio (ya por una orden del Derecho, ya por derivar directamente de la naturaleza jurídica del negocio celebrado) que deben cumplirse necesariamente en el futuro, aunque puede que no se cumplan (de ahí su carácter de *conditio*), su mención expresa resulta superflua por entenderse implícita en la propia sustancia del acto realizado. Es una cláusula implícita en el tenor del negocio que no precisa de otro tipo de mención expresa (...)».

MONTÉS PENADÉS⁸ se refiere a la aplicación del artículo 1119 del Código Civil a los supuestos sujetos a *conditio iuris* del siguiente modo: «Respecto de la *conditio iuris*, se dice que incluso un comportamiento culpable de la parte contrainteresada no justificaría la pretensión de tener por cumplida la condición, por cuanto, en todo caso, el ordenamiento requiere el concurso del evento.

Ciertamente aquí la condición, que hemos denominado anteriormente «condición impropia», forma parte del supuesto de hecho de la regla por imperativo legal y, por tanto, no consiste en una previsión pacticia. De ello deriva, acaso, la imposibilidad de una conducta desleal por parte del interesado en el incumplimiento. Pero este es solo un examen superficial de la cuestión porque cabe, efectivamente, algún supuesto en que se produciría una conducta desleal por parte de alguno de los interesados en que la condición no se cumpla. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de aprobación o autorización administrativa, si es que en tales casos puede hablarse de *conditio iuris*. Es perfectamente posible que otro concursante, o que otro interesado en obtener un contrato, una concesión, o una licencia, impida voluntariamente la aprobación o autorización o licencia en favor de otro solicitante. En tal caso, ¿estaríamos ante un supuesto de aplicación del artículo 1119?

Desde luego, esta norma se ha dictado pensando en la condición voluntaria y en las relaciones entre las partes del negocio, y no para prevenir consecuencias derivadas de una condición impropia, como es la *conditio iuris*. En el supuesto que hemos planteado, la acción de otro concursante o interesado sería acción de un tercero, y por ello creemos que no se seguiría de ella la consecuencia que previene el artículo en cuestión. Si se tratara de la acción de la otra parte (por ejemplo, del comprador respecto del vendedor en un contrato sometido a

la *conditio iuris* de una licencia administrativa) cabría plantear la aplicación de este artículo. Y la razón de tal planteamiento se encontraría precisamente en la vinculación establecida como efecto preliminar por razón del negocio celebrado».

Mientras que CARRASCO PERERA⁹ razona en análogo sentido lo siguiente: «Lo que debe cuestionarse tan solo es si a tales condiciones legales le son aplicables las normas propias de las condiciones convencionales. En términos prácticos, esta aplicabilidad, siquiera analógica, solo podría proponerse, y de modo parcial, respecto de los artículos 1119 y 1121 del Código Civil. Habrá casos (pero no creo que sea ni siquiera el supuesto mayoritario) que la mala fe de uno de los contratantes que impidiera la consumación del supuesto de hecho legal del que depende la adquisición del derecho del tercero pueda ser neutralizada mediante el artículo 1119 del Código Civil, con la consecuencia de que el supuesto de hecho en cuestión tendría que darse como completado. Por lo que respecto al artículo 1121 del Código Civil, la aplicación analógica se refiere especialmente a la posibilidad de inferir de este precepto un principio general por el que el titular de posiciones jurídicas interinas e *in fieri* esté legitimado para la defensa de tales posiciones ante la otra parte contractual o ante terceros. No vamos a detenernos en este punto, de extrema dificultad e impropio de este lugar, pero en general puede proponerse la existencia de un principio de esta clase. Lo que se acaba de explicar respecto de la condición legal no cambia por el hecho de que las partes hayan elevado a condición expresa condicional —cosa que frecuentemente ocurre— una condición legal».

De la exposición del tratamiento doctrinal de la *conditio iuris* que hemos realizado nos quedamos, por el momento y a los efectos del presente trabajo, con las siguientes ideas, a saber: generalmente la inclusión de la condición legal en el contrato no añade nada al régimen del mismo; la dudosa conceptualización de una autorización administrativa como condición legal para la eficacia contractual y la posible aplicación en determinados supuestos del régimen del cumplimiento ficticio previsto en el artículo 1119 del Código Civil a las condiciones legales.

III. EPÍLOGO

En nuestra opinión, si bien es cierto que no puede generalizarse, el hecho de que un determinado contrato requiera autorización administrativa previa no creemos que pueda calificarse la misma como condición legal, sin la cual no haya habido producción de efectos jurídicos propios del contrato en cuestión. Es decir, podemos llegar a comprender que la transmisión de concesiones administrativas o licencias administrativas que requieran o impliquen una labor fiscalizadora administrativa, implique el tratamiento de dicha autorización administrativa como condición legal necesaria para el nacimiento del derecho subjetivo en cuestión. De hecho en el ámbito de los condicionantes impuestos a las licencias administrativas, este ha sido el tratamiento que ha venido otorgando la Jurisprudencia a los supuestos de hecho previstos en los artículos 13 y 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aunque razonándose, por otro lado, que la cesación de efectos de la licencia transmitida por el incumplimiento de los condicionantes de la licencia tampoco se ajusta del todo a la figura de la condición legal con su carácter de presupuesto de validez del negocio y la fase de pendencia.

Así, a título de ejemplo, puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a) (*RJ* 1999/3272), que razona lo siguiente:

«TERCERO.

El motivo no puede prosperar. Es cierto que el artículo 13.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales posibilita la transmisión de las licencias, pero sin alterar su naturaleza y efectos. La transmisión no enerva ni suprime las condiciones a que se encuentra sometida la licencia que se quiere transmitir.

Por ello resulta de aplicación a este caso lo dispuesto en el artículo 16.1 del mismo RSCL, y la jurisprudencia que lo interpreta, en cuanto dispone que las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren condicionadas, siendo de precisar la naturaleza de la «condición» a que se subordinó la licencia en este caso.

CUARTO.

Se distingua en Derecho justiniano entre condiciones que dependen de la voluntad de las partes (“condiciones facti”) y las que, siendo ajenas a esta, constituyen sin embargo requisitos o presupuestos implícitos de la validez del negocio jurídico celebrado (“condiciones iuris o tacitae”). Este es el sentido que cabe dar a la expresión “condición” en el artículo 16.1 del Reglamento de Servicios del año 1955, y en él se ha orientado la jurisprudencia de esta Sala en repetidas ocasiones (sentencias de 18 de diciembre de 1996 [RJ 1996/9527], 9 de octubre de 1995 [RJ 1995/7221], 14 de abril de 1993 [RJ 1993/2837], 2 de julio de 1991 [RJ 1991/5727] o 21 de abril de 1987 [RJ 1987/4582]).

QUINTO.

No se trata de auténticas condiciones en sentido propio, en cuanto les falta la incertidumbre propia de todo negocio jurídico condicional. Tampoco les acomoda la definición de conditio iuris en sentido estricto, entendida como presupuesto de eficacia que no existe en el momento de la conclusión del negocio, pero que se puede realizar con posterioridad, ya que es connatural a tal figura la existencia de una eficacia intermedia hasta el cumplimiento de la condición, distinta de la eficacia plena, que se desplegará cuando la condición se cumpla.

SEXTO.

El Diccionario de la Real Academia ofrece, junto al significado de condición como “acontecimiento incierto o ignorado que influye en la perfección o resolución de ciertos actos jurídicos” la acepción que aquí conviene de condición como situación o circunstancia indispensable para la existencia de otra. Se trata de requisitos o imposiciones al titular de la licencia que, como en el caso, resultan indispensables para que esta se ajuste a la ley y que quedan incorporadas a ella o, si se prefiere, en la medida en que no suspenden su eficacia, de cargas de origen legal, como ha dicho la Sala de Oviedo. Son —como afirmó la sentencia de esta Sala, de 14 de abril de 1993, con invocación de una nutrida jurisprudencia anterior— cláusulas que evitan la denegación de la licencia mediante la incorporación a esta de exigencias del ordenamiento jurídico y que, sin embargo, no existían en la petición formulada por el interesado. Tales condiciones deben ser introducidas por virtud de las exigencias del principio de proporcionalidad (art. 6 del RSCL), cuando la acomodación de la petición a la legalidad aplicable resulta posible con facilidad, y sin alterar sustancialmente la actuación pretendida.

SÉPTIMO.

Como el requisito o condición, lícita y proporcionalmente impuesta como consecuencia de las normas de planeamiento a que hemos hecho alusión anterior-

mente, impedía la transmisión separada de la licencia, procede la desestimación del motivo, que conlleva la del recurso, con la consiguiente imposición de las costas del mismo a la parte recurrente, por imperativo del artículo 102.3 de la LJCA (RCL 1956/1890 y NDL 18435)».

Sin embargo, si bien la actuación o aprobación de un tercero sí puede considerarse condición legal en algún supuesto como es el de la ratificación por el *dominus negotii* de lo actuado sin poder, en el caso de Autos entendemos no predicable la categoría jurídica de la *conditio iuris*, máxime si la propia normativa administrativa autorizante está exigiendo que en el correspondiente contrato de transmisión de las participaciones sociales aparezca expresamente recogida la necesaria autorización administrativa como condición convencional introducida por las partes al contrato de compraventa, es decir, dicha condición convencional no añadiría más en este caso si de una auténtica condición legal se tratara la autorización administrativa requerida.

Por otro lado, según hemos tenido ocasión de exponer aunque de condición legal se tratara la analizada por la presente sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 2013, no faltarían argumentos para poder sostener la aplicación analógica a la misma del cumplimiento ficticio previsto en el artículo 1119 del Código Civil, ante la actitud dolosa del obligado, impidiendo el cumplimiento de la condición, máxime cuando en el propio contrato de compraventa aparecía la necesaria autorización administrativa como condición propia introducida por las partes, aunque dicho cumplimiento ficticio desplegase sus efectos en las relaciones jurídico privadas de las partes contractuales.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO PERERA (2010): *Derecho de Contratos*. Thomson-Aranzadi.
— (2012): «Contra la nulidad de negocios de autocartera de participaciones sociales en la STS de 1 de marzo de 2012», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 39.
- CASTÁN PÉREZ GÓMEZ (2006): «Conditio iuris y tacita conditio: las condiciones implícitas en el Derecho Privado romano», Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones.
- DÍEZ PICAZO (2006): «Condiciones y otros sucesos futuros e inciertos», en *Libro homenaje a don Manuel Alonso Pérez*, Tomo I, Ed. La Ley, Madrid.
- GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio (2008): «Comentario a la sentencia de 27 de septiembre de 2007», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 76.
- MONTÉS PENADÉS (2004): *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa, Tomo XV, vol 1.º: Artículos 1088 a 1124 del Código Civil.
- REDONDO TRIGO (2012): «La nulidad de las adquisiciones derivativas de participaciones sociales en la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732.
- VON THUR (1999): *Tratado de las Obligaciones*. Tomo II, Editorial Reus. Reimpresión de la primera edición.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), núm. 628-2013, de 28 octubre de 2013 (*RJ* 2013/7442).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 2010 (*RJ* 2010/2677).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/56871).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), núm. 981-2007, de 27 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007/5448).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), núm. 701-2007, de 25 de junio de 2007 (*RJ* 2007/4672).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a) (*RJ* 1999/3272).

NOTAS

¹ CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, Thomson-Aranzadi, 2010, págs. 551 y 552, razona que: «Cuanto más impropios son los términos de un contrato, o cuanto más se aproxima la jerga del mismo a modelos decididamente anglosajones, más veces nos encontramos con un uso inflacionario o irrespetuoso del término “condición”. Es acostumbrado utilizar este término para expresar algo que solo tiene sentido como una obligación de una de las partes. Hay condiciones a lo largo de todo el texto del contrato. Hay condiciones *precedentes*, hay *condiciones suspensivas del cierre* y condiciones que, a su vez, consisten en haber cumplido otras obligaciones u otras condiciones previas. Hay condiciones cuyo efecto es permitir que una parte se niegue a efectuar la consumación del contrato, pero en otros casos son cuya producción se considera como un supuesto de incumplimiento, acaso resolutorio. En los expositivos y en el texto del clausulado no es extraño encontrar afirmaciones de que ciertos compromisos o consecuencias son “condiciones esenciales” del contrato, sin las cuales la parte concernida no habría firmado, o que la “conformidad” de la cosa al contrato es una condición (incluso suspensiva)».

² DIEZ PICAZO, «Condiciones y otros sucesos futuros e inciertos», en *Libro homenaje a don Manuel Alonso Pérez*, Tomo I, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pág. 523.

³ Un reciente repaso a la doctrina de las nulidades y sus controversias jurisprudenciales, puede verse en CARRASCO PERERA, «Contra la nulidad de negocios de autocartera de participaciones sociales en la STS de 1 de marzo de 2012», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 39, 2012, págs. 339-355.

También, vid. REDONDO TRIGO, «La nulidad de las adquisiciones derivativas de participaciones sociales en la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012, págs. 243-2471.

⁴ Vid. comentario a esta sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2007, por GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio, «Comentario a la sentencia de 27 de septiembre de 2007», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 76/2008.

⁵ Destaca, sin embargo, el análisis romanista realizado por CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, «Conditio iuris y tacita conditio: las condiciones implícitas en el *Derecho Privado romano*, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2006.

⁶ VON THUR, *Tratado de las Obligaciones*. Tomo II, Editorial Reus. Reimpresión de la primera edición, 1999, págs. 218 y 219.

⁷ Vid. *op. cit.*, pág. 41 y sigs. En este sentido, se cita el Digesto 23.3.21 (Ulp. 35 Sab): «La estipulación que se hace a causa de la dote, es claro que implica la condición de “si se efectuase el matrimonio”, y que por ello solo puede reclamarse en virtud de ella (aunque no se haya expresado la condición) si “se efectuase” el matrimonio; por lo cual, si se enviara un nuncio “de desistimiento que impida el matrimonio” se considera que faltó la condición de la estipulación». Digesto 36.2.22.1: «Algunas condiciones son superfluas, como si escribe “el testador”: “sea Ticio mi heredero. Si Ticio hubiera adido mi herencia, que dé diez mil sestercios

a Mevio”, pues tal condición se tiene por no puesta, de forma que de todos modos el legado pase al heredero de Mevio, aunque Mevio hubiese muerto antes de adirse la herencia. Y lo mismo si se hubiera escrito en estos términos: “Si Ticio llegara a adir mi herencia, que dé cien mil sestercios a Mevio antes de los cien días”, pues este legado será con término y no bajo condición, ya que debe aprobarse la definición de Labeón cuando dice que pasa al heredero del legatario aquel legado que es cierto que se deberá si la herencia es adida».

Digesto 50.17.77: «Los actos “llamados legítimos”, que no toleran el término ni la condición, como son la emancipación, la aceptilación, la adición de la herencia, la opción de un esclavo y el nombramiento de tutor “por el magistrado”, se anulan si se inserta en ellos un plazo o una condición. Sin embargo, estos actos supraescritos admiten implícitamente lo que les anularía si lo contuvieran expresamente; así, si se hace aceptilación al deudor que prometió bajo condición, solo se entiende que vale la aceptilación si se cumple la condición de la obligación, pero si se contuviera expresamente tal condición, esta anularía el acto». CASTÁN PÉREZ (*ibídem*, págs. 43 y 44), explica este texto de Papiniano de la siguiente forma: «El inciso final del fragmento es el que más nos interesa y, a la vez, el que mayores dudas levanta. Papiniano dice que la *acceptilatio*, acto de los considerados legítimos, puede tener por objeto una obligación que esté afectada por una condición, pero si esta se expresa o se repite en el acto de la aceptilación, lo deja sin efecto. El jurista parece decir que es imprescindible que el nexo de subordinación no esté explícitamente afirmado en el tenor del negocio legítimo, ya que si consta de forma expresa provoca la nulidad de tal acto. Esto indica, entre otras cosas, que el formalismo romano seguía todavía vigente durante el Derecho clásico y justiniano en ciertos negocios que no admitían una limitación de este tipo. Cuando Papiniano, cuya doctrina tuvo tanto predicamento en los últimos periodos romanos, sostiene que la incorporación expresa de una *conditio iuris* en el negocio deviene en condicional —y por tanto en nulo— a este, prácticamente viene a decir que la *conditio iuris* así agregada se transforma en una *conditio facti*, de forma que el negocio se hace nulo por tratarse de *actus legitimi*. Es evidente que es aplicable tan solo a este tipo de negocios formales, porque ya hemos visto, *v.gr.*, cómo la mención expresa en el testamento de la aceptación de la herencia como *conditio* de la eficacia de los legados se consideraba superflua y en nada afectaba a los efectos jurídicos del testamento. Pero volviendo a la interesante observación de Papiniano, cabe recordar que la misma idea la encontramos en un texto de Modestino (...): Digesto 35.1.52: «Ocurre algunas veces que algunas declaraciones directas perjudican, aunque sin perjuicio podrían sobrentenderse indirectamente en otra; como por ejemplo, cuando se lega algo a alguien diciendo “doy y lego diez mil sestercios a Ticio si Mevio subiera al Capitolio”, pues aunque dependa de Mevio subir al Capitolio y el querer que se deba el legado a Ticio, no procedía, sin embargo, hacerse el legado con eficacia diciendo “doy a Ticio diez mil sestercios si quisiera Mevio”, pues un legado no puede dejarse a la voluntad de un tercero. Así, suele decirse que (= D. 50.17.195) lo que declarado abiertamente perjudica, no perjudica si se implica en una declaración indirecta».

⁸ MONTÉS PENADÉS, *Comentarios al Código Civil*, Editorial Edersa, Tomo XV, vol. 1.º: Artículos 1088 a 1124 del Código Civil (2004).

⁹ CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, pág. 545. En cuanto a la posibilidad de que las partes contractualicen la condición legal, CARRASCO opina que: «La cuestión puede tener importancia ocasionalmente. Si se eleva a condición convencional un elemento legalmente necesario para la producción del efecto jurídico, y este elemento no puede producirse sin culpa de las partes, no se aplicaría el artículo 1116 del Código Civil, sino que la obligación de que se tratara habría devenido sobrevenida o inicialmente imposible. A veces, sin embargo, hay un valor adicional en pactar una condición legal. Piénsese, por ejemplo, en el contrato que eleva a condición que el contratante no sea un incapaz, para permitir a la otra parte no quedar atrapado por la falta de legitimación activa para la nulidad a que le condena el artículo 1302 del Código Civil».

3. URBANISMO

La declaración de obra antigua tras la Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas

Old constructions after the Urban Rehabilitation and Renewal Act

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

Resolución de 16 de diciembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva.

RESUMEN: Examinamos los requisitos de la declaración de obra antigua en la legislación y en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a la vista de la nueva regulación tras la Ley 8/2013.

ABSTRACT: Exam of the old construction statement after the Urban Rehabilitation and Renewal Act.

PALABRAS CLAVE: Declaración de obra antigua.

KEY WORD: Old construction statement.

SUMARIO: I. HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA SUPRESIÓN DE TODA REFERENCIA A LA SITUACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN. 3. LA INTERVENCIÓN DEL AYUNTAMIENTO EN GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE TERCEROS ADQUIRENTES. 4. LA INADECUADA REMISIÓN INICIAL DEL ARTÍCULO 20.4 TRLS. 5. EL CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. 6. EL CARÁCTER NO EXHAUSTIVO DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 20.4 TRLS.

I. HECHOS

PRIMERO. Mediante escritura de fecha 21 de agosto de 2013, con el número 959 de protocolo, se otorgó declaración de obra que había sido terminada en el año 1980. En la descripción del cuerpo de la escritura figura que en el solar sito en San Sebastián de la Gomera, en el número 82 de calle, se ha construido por los otorgantes, en el perímetro de la finca, una edificación con tres plantas de altura, destinadas todas ellas a vivienda: la planta baja con una superficie de cuarenta y un metros cuadrados, la planta primera con una superficie de cuarenta y tres metros cuadrados y planta alta o azotea con veinte metros cuadrados, lo que hace un total de ciento cuatro metros cuadrados.

Como medio de acreditación de la antigüedad de la construcción, se incorpora certificación catastral descriptiva y gráfica obtenida por la notaría, de la que resulta que la antigüedad de la construcción es del año 1980, y las medidas superficiales son de cuarenta y un, cuarenta y tres y veinte metros cuadrados cada una de las tres plantas respectivamente, lo que hace un total de ciento cuatro metros cuadrados; en esta certificación catastral figura que la ubicación de la parcela, junto con su edificación, está en el número 82 de una calle de San Sebastián de la Gomera. En resumen, coinciden todos los datos reflejados con los que se mencionan en el título.

SEGUNDO. La referida escritura se presentó telemáticamente en el Registro de la Propiedad de San Sebastián de la Gomera el día 23 de agosto de 2013 y fue objeto de calificación negativa de fecha 14 de septiembre de 2013, notificada a la notaría presentante el día 19 de septiembre de 2013 y que, a continuación, se transcribe: «La Registradora de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por la notaría (...), ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: El documento contiene la declaración de una Obra Nueva Terminada, que se levanta sobre la finca registral 2.060 del término municipal de San Sebastián de La Gomera. La extensión superficial de la finca es de 72 m². La edificación ocupa en la planta baja una extensión superficial de 41 m². La superficie construida es la de 104 m². Queda acreditada la finalización de la misma mediante certificación catastral, descriptiva y gráfica, en el que consta que las obras tienen una antigüedad que datan del año 1980. De dicho certificado no se puede desprender que la edificación respecto de la cual se acredita la antigüedad se encuentre dentro de la finca sobre la que se declara la misma. Bastaría con aportar un certificado de técnico competente, con firma legitimada notarialmente y debidamente visado por su colegio profesional, en el que se describa la obra nueva ubicada en la parcela/finca sobre la que se levanta y que acredite la antigüedad de la misma. Fundamentos de Derecho: Artículos 49.2, 50 y 52 letra a) Real Decreto 1093/97, de 4 de julio. Artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. Y por considerarlo un defecto subsanable se procede a la suspensión de los asientos solicitados del documento mencionado. No se toma anotación preventiva por defectos subsanables por no haberse solicitado. Contra la anterior nota de calificación (...) San Sebastián de La Gomera, a catorce de septiembre del año dos mil trece.—La Registradora de la Propiedad (firma ilegible)».

TERCERO. El día 27 de septiembre de 2013, la notaría de San Sebastián de la Gomera, interpuso recurso contra la calificación, en el que entre otras cuestiones que deberán seguir el procedimiento correspondiente, alegó lo siguiente: «(...) 1. Sobre el contenido de la nota de calificación: a) Motivación insuficiente: carece la calificación recurrida de motivación suficiente porque no basta con proceder a relatar los hechos, debiendo aportar razonamientos jurídicos. Como declara reiterada doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado (vinculante para notarios y registradores en cuanto superior jerárquico) es preciso exponer en la calificación, como acto emanado de la Administración Pública, cuál es la razón por la que la resolución invocada es de aplicación, y cuál es la interpretación que de la misma efectúa el funcionario calificador, ya que solo de ese modo se podrá recurrir, con las garantías propias de un Estado de derecho, aquella calificación que no se considere ajustada a la legalidad vigente. Además, aunque la motivación pueda ser sucinta, ha de ser suficiente (art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de LRJAP y PAC). La presente calificación

no reúne, a juicio del recurrente, las mínimas garantías dichas, pues se limita a citar unos preceptos legales, sin detenerse a fundamentar el por qué de su aplicación y su interpretación para el caso concreto que nos ocupa. 2. Sobre el fondo de la calificación. Fundamentos de hecho: Se presenta Escritura de Declaración de obra antigua, basándose en la Certificación Catastral obtenida por medios telemáticos. Admite la antigüedad de la obra en la calificación, si bien no considera que del certificado se desprenda que se encuentre dentro de la finca registral. En ningún momento encuentra dudas fundadas sobre la identidad de la finca, ni hace relación a ello en su calificación; solicitando un documento complementario firmado por un técnico, ¿con objeto de identificar que la obra se encuentra dentro de la finca registral? Fundamentos de Derecho: No se expone defecto en sí, ni se apoya en ninguna resolución ni precepto legal, sugiriendo que sea un técnico quien identifique la finca dentro del Registro de la Propiedad. Si bien no se alude en su calificación, considerando la existencia de dudas sobre la identidad de la finca, estas son infundadas, puesto que son claros sus linderos, correspondiéndose con la realidad catastral. Únicamente hay dos nuevos linderos (nuevas calles), que probablemente sea la consecuencia de que los metros que constan en Catastro sean inferiores a los que constan en el Registro. En todo caso, no se solicita en la escritura que se declare la menor cabida de la finca. Conforme al artículo 52.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, la declaración de obra nueva puede hacerse mediante Certificación Catastral donde conste su antigüedad. La identidad de la obra descrita en la escritura es plenamente coincidente, constando la parcela catastrada a nombre de los otorgantes. La adquisición por parte de los cónyuges del solar es de fecha dos de agosto de mil novecientos setenta y ocho, habiendo sufrido desde entonces el término municipal de San Sebastián de la Gomera y, en particular, la zona de "La Ladera", cambios significativos en cuanto a su planeamiento».

CUARTO. Tras haber recabado la documentación pertinente, mediante escrito, de fecha 8 de octubre de 2013, la Registradora de la Propiedad emitió el informe correspondiente y elevó el expediente a este Centro Directivo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 9, 18 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 51 del Reglamento Hipotecario; 52 y siguientes 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; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de septiembre de 2005, 27 de enero de 2006, 25 de agosto de 2008 y 5 de febrero y de 10 de noviembre de 2011.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de declaración de obra antigua en la que concurren las circunstancias siguientes: a los efectos de la inscripción de la declaración de obra, se incorpora certificación catastral, descriptiva y gráfica de la finca donde se levanta la construcción y de la que resultan la antigüedad y extensión superficial y descripción coincidentes con los que figuran en el título que se presenta. La registradora señala como defecto, de forma escueta, que de dicho certificado no se puede desprender que la edificación respecto de la cual se acredita la antigüedad se encuentre dentro de la finca sobre la que se declara la misma. La notaria recurrente alega que no se expone defecto en sí, ni se apoya en ninguna resolución ni precepto legal.

Que no se señala el defecto de que existan dudas sobre la identidad de la finca, y que serían infundadas, puesto que son claros sus linderos, correspondiéndose con la realidad catastral. Únicamente hay dos nuevos linderos (nuevas calles), consecuencia de que los metros que constan en el Catastro son inferiores a los que constan en el Registro. En todo caso, no se solicita en la escritura que se declare la menor cabida de la finca.

La cuestión a debatir es si de la certificación catastral descriptiva y gráfica resulta con claridad que la edificación cuya antigüedad se acredita, está dentro de la parcela sobre la que se declara.

2. Como cuestión previa, respecto a la alegación de la recurrente de motivación insuficiente en la nota de calificación de un análisis de la misma, se deduce lo siguiente: se señalan los defectos que a juicio de la registradora adolece la escritura, los fundamentos en los que se apoya para esa calificación y las circunstancias que con arreglo a esos defectos y fundamentos impiden la inscripción. Carece de relevancia, a estos efectos, que la argumentación sobre el primer defecto se realice conjuntamente con la exposición de los hechos, dada la conexión que existe entre los certificados que se exponen como hechos y la argumentación jurídica que sobre su suficiencia o no, ha de hacerse, lo que la registradora hace de modo pormenorizado por lo que contiene motivación suficiente. Y además, cita como preceptos que fundamentan su argumentación no solo el artículo 49.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sino los artículos 52.a) del mismo, que es el fundamento legal que exige que en el certificado correspondiente se acredite la fecha determinada de la terminación de la obra y la descripción coincidente con el título, que son precisamente los extremos objeto de calificación. Y además, cita también como precepto legal el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo. Por tanto, hay motivación y argumentación suficiente y cita de los preceptos legales en que se basa. Además señala la registradora los medios que, a su juicio, se pueden emplear para la subsanación de los defectos señalados, lo que añade más elementos de motivación, pues a través de esos medios se completan los fundamentos anteriormente consignados. En consecuencia, existe una motivación suficiente de la nota calificadora frente a la alegación de la recurrente.

3. Entrando en el único defecto resultante de la nota calificadora que consiste en que de dicho certificado no se puede desprender que la edificación respecto de la cual se acredita la antigüedad se encuentre dentro de la finca sobre la que se declara la misma y consiguientemente, la falta de acreditación de la antigüedad de la obra, tal como se describe en la escritura, que es requisito exigido tanto en el apartado a) del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, como en el número 4 del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, hay que partir de que en la inscripción de declaraciones de edificaciones confluyen aspectos de interés público junto con los intereses particulares del propietario, así como el interés de los terceros resultante de la seguridad del tráfico y de ahí que la legislación vigente establezca unos requisitos para la inscripción y el consiguiente control registral a efectos de la constancia registral de la obra.

En este sentido, el artículo 55 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que aprueba las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, bajo la rúbrica «Calificación registral», establece una norma específica de control por parte del Registrador de la Propiedad de los requisitos de inscripción de las declaraciones de obras, diciendo: «Artículo 55. Calificación registral. Los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de lo establecido en este

Reglamento para la inscripción de declaraciones de obra nueva, de tal forma que los documentos que no reúnan los requisitos exigidos no serán inscribibles, sin perjuicio de lo dispuesto, sobre publicidad registral de la irregularidad urbanística, en la legislación aplicable en cada caso».

Por su parte, el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, ya en la redacción primitiva, pero también en la redacción dada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, exige la calificación registral como requisito para la inscripción de las declaraciones de edificaciones, tanto de las obras nuevas como de las antiguas, cada una con sus respectivos requisitos. Concretamente, después de señalar como regla general en el apartado 2 del artículo 20 del citado Texto Refundido de la Ley de Suelo que «para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los Registradores de la Propiedad exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior», es decir, la licencia municipal, el certificado del técnico y los demás requisitos que señala, establece una excepción para las obras antiguas en cuanto a los requisitos exigibles pero no en cuanto a la necesidad de calificación registral respecto a esos requisitos, pues dicho apartado 4 comienza diciendo que «no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, la constancia registral de la terminación de la obra se registrará» por el procedimiento que a continuación señala, por lo que mantiene la necesidad de calificación registral aunque refiriendo la misma en cuanto a las obras antiguas lógicamente a los distintos requisitos que señala para ellas respecto a la regla general de obras nuevas ordinarias. Así, el referido apartado 4 del artículo 20 declara «inscribibles» las obras antiguas, pero siempre que se cumplan los requisitos que señala el precepto y que, por tanto, han de ser objeto de calificación registral, máxime si se tiene en cuenta que en esas obras antiguas hay que extremar las precauciones, al no exigirse la licencia municipal ni otros controles previstos en los apartados anteriores de dicho texto legal y establecerse como un supuesto de excepción, al decir «no obstante lo dispuesto en el apartado anterior».

Y dentro de los requisitos que para la inscripción de las obras antiguas exigen tanto el citado apartado 4 del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo como el artículo 52.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, figura la acreditación de la existencia de la obra descrita, la terminación de dicha obra en fecha determinada y su descripción coincidente con la del título, a través de cualquiera de los medios que dichos preceptos señalan. Estas cuestiones tienen especial trascendencia, teniendo en cuenta que según cuál sea la fecha de terminación de las obras se podrá determinar si han prescrito las posibles infracciones urbanísticas a efectos de expedientes disciplinarios o de medidas de protección de la legalidad urbanística y de la notificación que debe realizar el registrador al Ayuntamiento una vez practicada la inscripción, en la que tiene especial relevancia la descripción de la obra antigua inscrita, su acreditación y también la de la fecha de terminación de la obra. Obsérvese que, una vez practicada la inscripción, previa la calificación registral, el asiento practicado está bajo la salvaguardia de los tribunales y goza de presunción de exactitud, conforme a los artículos 1.3.º y 38.1.º de la Ley Hipotecaria, y de ahí la trascendencia de que queden perfectamente acreditados los requisitos de inscripción de tales obras antiguas. Y ello sin entrar, por no haberse planteado en la nota calificadora en

otras posibles consecuencias de la fecha de terminación de las obras como, por ejemplo, a efectos de la aplicación o no de la Ley de Ordenación de la Edificación respecto al seguro decenal.

4. Partiendo de la necesaria calificación o control registral como presupuesto necesario para la inscripción de esas obras antiguas, procede primeramente aclarar si tanto el artículo 52.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, como el artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, establecen algún orden de jerarquía entre los cuatro medios probatorios de la existencia de la obra, de su descripción y de la fecha determinada de terminación de la obra o antigüedad de la misma, pues caso de que así fuera se habría de estar al medio considerado preferente.

Ahora bien, la Ley no establece ninguna jerarquía o preferencia de medios de acreditación, por lo que el interesado puede optar por cualquiera de los cuatro medios que establecen dichos preceptos, puesto que no se señala ningún medio preferente, sino que se emplean fórmulas disyuntivas o alternativas, al decir en el párrafo a) del apartado 4 del artículo 20 del citado Texto Refundido de la Ley de Suelo que «se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva (de las antiguas a que se refiere) que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título». El legislador hace una enumeración sin establecer ninguna preferencia ni jerarquía, por lo que basta que cualquiera de esos medios probatorios cumpla los requisitos acreditativos que se exigen. Pero en realidad, no es esa la cuestión planteada en la nota calificadora ya que esta no parte de que de las certificaciones incorporadas a la escritura haya que atenerse con preferencia a una de ellas y no a la otra. La calificación registral no se refiere a eso sino a las discordancias existentes respecto a la descripción y a la terminación de las obras.

5. En principio, la notaría recurrente incorpora la certificación catastral, descriptiva y gráfica, que es uno de los medios que permite el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997. En la citada certificación catastral, coinciden la antigüedad, la extensión superficial y descripción de la construcción con los que se declaran en la escritura y así se reconoce en la nota de calificación. El marco legal en el que debe encuadrarse dicho precepto ha variado mucho desde su inicial entrada en vigor, como consecuencia de las sucesivas modificaciones de la Ley de Suelo; y sus dudas interpretativas han sido resueltas en numerosas ocasiones por este Centro Directivo. Recoge el precepto las exigencias de la Ley a las obras nuevas ya construidas con antigüedad suficiente para no incurrir en actos de disciplina urbanística: «Artículo 52. Reglas aplicables a otras construcciones. Podrán inscribirse por el Registrador de la Propiedad las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas en las que concurren los siguientes requisitos: a) Que se pruebe por certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. b) Que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante. c) Que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación».

Las dudas interpretativas sobre este precepto quedaron solventadas por la Resolución de 25 de agosto de 2008, que causa la doctrina reiterada por este Centro Directivo (vid. «Vistos») y que recoge la de 10 de noviembre de 2011, en

las que se determinó de forma definitiva la posibilidad de inscripción por la vía de este artículo 52, de una obra nueva iniciada y terminada con posterioridad incluso a la entrada en vigor de la Ley de Suelo de 1990, amparando así la legalidad de las obras que pudieran declararse en lo sucesivo.

Es claro que las formas de acreditar la antigüedad de la obra construida —certificación del Catastro, certificación del Ayuntamiento, certificación técnica y acta notarial— constituyen una lista cerrada conforme se deduce de reiterada doctrina de este Centro Directivo, pero no hay mención en la norma citada sobre la existencia de una jerarquía entre estas formas de acreditar antigüedad y descripción coincidente con el título. Así pues, como ha dicho este Centro Directivo (Resolución de 10 de noviembre de 2011) ante el silencio de la Ley, deben entenderse todas en el mismo orden de categoría sin que deban prevalecer unas sobre otras y basta una de ellas en la que concurran los requisitos para que proceda la inscripción de la construcción.

6. Pues bien, en el supuesto de este expediente se reúnen todos los requisitos expresados en el citado artículo 52 del Real Decreto 1093/1997: se prueba mediante la certificación catastral que la antigüedad de la terminación de la obra y su descripción es coincidente con el título, dicha fecha es anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante y no consta en el Registro, anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que ha sido objeto de edificación. En consecuencia no hay obstáculos para su inscripción.

Además, la obra que se declara está situada, tanto en la escritura como en la certificación catastral, en el mismo número de calle; según se manifiesta en la escritura: «dentro del perímetro de la finca»; y así resulta del plano (gráfica) que se incorpora a la certificación catastral, que identifica con el mismo número de la parcela de ubicación y la descripción que se hace de la edificación en la «Descriptiva», por lo que es evidente que está ubicada en la misma.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el primer punto del recurso, considerando motivada suficientemente la calificación y estimarlo en cuanto al segundo punto del mismo relativo al defecto impuesto, y revocar la nota de calificación.

III. COMENTARIOS

1. PLANTEAMIENTO

El caso al que se enfrenta la Resolución que se ha transcrito tiene por objeto una declaración de obra antigua de las reguladas en el artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo (en adelante, TRLS), es decir, de aquellas obras terminadas sin el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos pero respecto de las cuales ya no procede adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes.

La norma contenida en dicho precepto, desarrollado reglamentariamente en los artículos 52 y 54 del Real Decreto 1093/1997, ha sido objeto de diversas modificaciones que en cierto modo parecen apuntar hacia un reconocimiento por parte del legislador de no hallarse totalmente satisfecho con su redacción.

La última modificación que hasta la fecha ha experimentado dicho artículo 20 del TRLS es la introducida por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación,

regeneración y renovación urbanas, de la que se hace eco la propia Resolución para extender sobre la nueva redacción la argumentación que emplea para adoptar su decisión final.

Aunque las novedades introducidas por la Ley 8/2013 han afectado a otros apartados del citado artículo 20, en estas líneas nos vamos a circunscribir exclusivamente al examen de su apartado 4, referido, como se ha dicho, a las obras antiguas.

El apartado 4 referido establece en la actualidad lo siguiente:

«4. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, la constancia registral de la terminación de la obra se registrará por el siguiente procedimiento:

- a) Se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. A tales efectos, el registrador comprobará la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.
- b) Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción, en la nota de despacho, y en la publicidad formal que expidan, la práctica de dicha notificación.
- c) Cuando la obra nueva hubiere sido inscrita sin certificación expedida por el correspondiente Ayuntamiento, este, una vez recibida la información a que se refiere la letra anterior, estará obligado a dictar la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción de la declaración de obra nueva, la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario.

La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de la referida nota marginal dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados».

Con la nueva redacción dada al precepto se han corregido algunos defectos de los que adolecía la anterior, pero otros se han mantenido; la norma ha mejorado en algún extremo pero no se ha aprovechado la oportunidad para aclarar determinadas ambigüedades u oscuridades que permanecen intactas, como vamos a ver seguidamente.

2. LA SUPRESIÓN DE TODA REFERENCIA A LA SITUACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN

En primer lugar, la modificación del artículo 20.4 TRLS por la Ley 8/2013 ha subsanado lo que en nuestra opinión constituía un clamoroso error en que con anterioridad incurrió el Real Decreto-ley 8/2011 al dar al mismo artículo su redacción anterior.

El error consistía en equiparar la situación de las edificaciones antiguas con la de fuera de ordenación.

En efecto, la modificación de 2013 suprime la letra *b)* del artículo 20.4 TRLS, que había sido introducida en 2011 y que establecía lo siguiente en relación con la inscripción de las obras antiguas:

«*b)* El asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable. A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido».

Con ello se trataba de identificar todas las situaciones urbanísticas en las que pudieran encontrarse las obras antiguas con las situaciones de fuera de ordenación, lo cual es un evidente error. Esta pretendida identidad queda confirmada por las palabras del preámbulo del Real Decreto-ley 8/2011 cuando intenta nada menos que definir las edificaciones fuera de ordenación, en los términos que reproducimos a continuación: «Se permite el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquellos respecto de los cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes. De esta manera, se consigue la protección de sus propietarios, en muchos casos terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer su carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica».

Sin negar la evidente conexión existente entre los dos conceptos que se tratan en el texto del preámbulo, no puede equipararse la obra antigua (aquella respecto de la cual «ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes») con la que se encuentra fuera de ordenación. Es cierto que una obra antigua puede encontrarse en esta situación, y así ocurrirá con frecuencia, pero también es posible que no.

La Resolución de la Dirección General de 17 de enero de 2012 detectó con claridad el contraste existente entre ambos conceptos expresando que: «Parece con ello el legislador partir de la consideración de que la totalidad de las edificaciones cuya obra se declara sobre la base de su antigüedad se hallan total o parcialmente fuera de ordenación. Pero lo cierto es que no todas las declaraciones de obras antiguas se corresponden con edificaciones en situación de fuera de ordenación, pues no cabe duda, y de hecho ocurre con frecuencia, que sobre la base de su consolidación por antigüedad se declaran obras de edificaciones que están dentro de ordenación y en cuya inscripción, por tanto, no puede hacerse constar, no obstante el mandato legal, situación alguna de fuera de ordenación».

Como hemos sostenido en alguna ocasión, el concepto de fuera de ordenación de los edificios no es unívoco en el ordenamiento urbanístico español, sino que varía de unas comunidades autónomas a otras. Algunas utilizan una acepción amplia, al considerar que esta situación se produce en cualquier caso en que la

edificación se haya verificado sin licencia (se ajuste o no lo construido al planeamiento), en tanto que en otras se emplea una fórmula más limitada, al exigir expresamente que se trate de edificaciones disconformes con el planeamiento. Por lo tanto, no puede el legislador estatal ignorar la competencia autonómica en esta materia y establecer un concepto general de esta situación. Si la obra que se intenta inscribir por esta vía, a pesar de tratarse de una edificación antigua en el sentido apuntado, no se encuentra dentro del concepto de fuera de ordenación, como sucederá en muchos casos, resulta inaplicable la exigencia de acreditar y constatar registralmente que lo está, como exigía la letra *b*) del artículo 20.4 TRLS, cuyo contenido ha sido afortunadamente suprimido por la Ley 8/2013.

Siendo, por tanto, erróneo el punto de partida del legislador de 2011 al establecer la expresada equiparación entre obra antigua y fuera de ordenación, esta circunstancia dificultaba e incluso imposibilitaba en ocasiones la aplicación práctica de aquella norma que exigía la aportación de la declaración municipal de la situación de fuera de ordenación. Prueba de ello es que la propia Resolución de 17 de enero de 2012, antes citada, hace un esfuerzo interpretativo extraordinario (aunque en nuestra opinión equivocado) para intentar salvar la posibilidad de aplicación del precepto, concluyendo que si el interesado aportaba el acto administrativo del que resultara que el edificio estaba en situación de fuera de ordenación, se haría constar así en la inscripción, pero que si no se aportaba no habría inconveniente en que la obra se inscribiera a pesar de no concurrir ese requisito: «El apartado *b*) puede ser cumplido con carácter previo, si por ejemplo, se aporta junto con la certificación del Ayuntamiento en la que conste la terminación de la obra en fecha determinada, el acto administrativo en el que se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido; y posterior puede ser en el caso de que la terminación de la obra en fecha determinada se justifique por acta notarial, certificado de técnico competente o certificación catastral». Se dice que «basta con notificar a la Administración Local la inscripción de la declaración de obra nueva de edificación antigua, quien deberá declarar mediante acto administrativo la concreta situación urbanística en que se encuentra la edificación o construcción y hacerlo constar en el Registro de la Propiedad posteriormente a la inscripción ya practicada». Rechazamos este criterio que viene a atribuir carácter meramente dispositivo a la norma, cuando son innegables los términos imperativos en los que se pronuncia: «dejará constancia (...)»; «será preciso aportar (...)».

Por todo ello aplaudimos la supresión por la Ley 8/2013 de la exigencia que había introducido el Real Decreto-ley 8/2011, consistente en la aportación de la declaración municipal de la situación de fuera de ordenación para la inscripción de todas las obras antiguas.

3. LA INTERVENCIÓN DEL AYUNTAMIENTO EN GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE TERCEROS ADQUIRENTES

Demostrada la inviabilidad del intento realizado por el Real Decreto-ley de 2011 de salvaguardar los derechos de los terceros adquirentes mediante la fórmula expuesta, la Ley 8/2013 ha tratado de dar respuesta al mismo problema consistente en la protección de los mismos, si bien abordándolo desde otra perspectiva diferente. Con esta finalidad añade al artículo 20.4 TRLS una letra *c*) cuyo primer inciso expresa:

«c) Cuando la obra nueva hubiere sido inscrita sin certificación expedida por el correspondiente Ayuntamiento, este, una vez recibida la información a que se refiere la letra anterior, estará obligado a dictar la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción de la declaración de obra nueva, la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario».

El supuesto de hecho de esta norma se encuentra formado por el concurso de dos circunstancias. La primera entronca con los medios de acreditar la antigüedad de la obra enumerados en la letra a), que contempla cuatro: «certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca». Pues bien, la letra c) se refiere tan solo a los tres últimos medios, con exclusión de la certificación municipal. A *contrario sensu* se entiende que no se aplicará cuando se haya empleado la certificación municipal. No alcanzamos a entender el porqué de esta exclusión, ya que si bien es posible que la propia certificación municipal recoja «la concreta situación urbanística» de la obra nueva, en cuyo caso se dejaría constancia de ella en el cuerpo de la propia inscripción, se está descartando, creemos que muy a la ligera, la posibilidad de que dicha certificación no haga referencia a esa situación.

Por otro lado, la letra c) termina expresando que: «La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de la referida nota marginal dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados». Con esta regla se refuerza así la protección del tercer adquirente que ya procuraba la norma contenida en el artículo 19 TRLS, el cual exige que el transmitente de terrenos haga constar en la enajenación la existencia en ellos de edificaciones fuera de ordenación, facultando en otro caso al adquirente su apartado 3 «para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil». De este modo, a la responsabilidad del transmitente prevista en el artículo 19 TRLS, se le añade por el artículo 20.4.c) la responsabilidad del Ayuntamiento. Sin embargo, el régimen jurídico de una responsabilidad y otra es diferente: la del transmitente se rige por la legislación civil, con sujeción al expresado plazo de cuatro años, en tanto que la responsabilidad municipal entendemos que se halla sometida a las normas del derecho administrativo, siendo aplicable el plazo de un año propio de la acción de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

4. LA INADECUADA REMISIÓN INICIAL DEL ARTÍCULO 20.4 TRLS

Junto a las anteriores novedades introducidas por la Ley 8/2013, en gran medida acertadas, también cabe afirmar que esta ha pasado por alto algunos extremos que podrían haberse mejorado.

La primera cuestión que suscita la lectura de la norma es que se mantiene la remisión con que comenzaba el apartado 4 del artículo 20.4 TRLS: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior (...)». Sin embargo, la Ley 8/2013 mantiene invariable el evidente error que el precepto arrastra desde su redacción por el

Real Decreto-ley 8/2011: «el apartado anterior» no es el que establece el régimen general del acceso al Registro de la Propiedad de las declaraciones de obra nueva, del que el presente apartado 4 constituye ciertamente una excepción. Dicho régimen general es el contenido en los apartados 1 y 2. El apartado «anterior» al número 4, es decir, el 3 se refiere realmente a los supuestos en los que, habiéndose inscrito la obra nueva estando en construcción, se trata de hacer constar después su terminación, supuesto que no resulta afectado en modo alguno por la regulación de las obras antiguas del apartado 4. Por lo tanto, si de lo que se trata con este apartado es de establecer un régimen especial para las obras antiguas, la conjunción empleada debería enlazar con el régimen general de los apartados 1 y 2, en lugar de hacerlo con «el apartado anterior», es decir, con el número 3.

5. EL CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

La prueba de la antigüedad de la obra, como se ha visto, puede acreditarse a través de alguno de los siguientes medios: «certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título».

Se ha discutido sobre el carácter de los medios de prueba de la antigüedad enumerados, esto es, si se trata de una lista abierta o cerrada, pudiendo citarse opiniones en ambos sentidos. GARCÍA GARCÍA se decanta por el carácter de *numerus clausus*, si bien añade un medio distinto de los enumerados, que sería la sentencia firme¹.

La Dirección General, en un primer momento, pareció admitir otros medios de prueba directa frente al registrador. Así, la Resolución de 11 de junio de 2007, se ocupa de un supuesto de presentación en el Registro de una escritura de compra de una casa de planta baja, de cincuenta y seis metros cuadrados más otro elemento arquitectónico, consistente en «un arrimo, a su izquierda, entrando, de cuarenta metros cuadrados». Se acompañan certificaciones catastrales en las que no hay referencia alguna al «arrimo». El registrador suspende la inscripción por no probarse la edificación del llamado «arrimo» por certificación catastral, y, por tanto, no cumplirse lo previsto en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997. El Fundamento de Derecho 2.º de la Resolución estima el recurso justificando la inscripción de toda la obra incluyendo el arrimo, a pesar de que la antigüedad de este no estaba probada por la certificación catastral, por entender que la misma quedaba acreditada mediante distintas escrituras que comprenden varias transmisiones de la finca desde 1966, en las que figura la finca con la misma descripción anteriormente expresada, incluyendo el «arrimo» y el terreno unido. La argumentación empleada por la resolución es excesivamente simplista: «si bien es cierto, como dice el registrador, que tales descripciones se basan exclusivamente en la declaración del interesado, es impensable que exista desde 1966 una declaración de una construcción que no existe en la realidad». Se considera de este modo acreditada la antigüedad del arrimo a través de un medio distinto de los enumerados en el artículo 20.4 del TRLS y que coinciden con los que ya recogía el Real Decreto 1093/1997, ya vigente en el momento de dictarse aquella Resolución.

Sin embargo, en la actualidad la Dirección General afirma con rotundidad el carácter tasado de la lista de medios de prueba, y así lo hace la Resolución de 16 de diciembre de 2013, objeto de este comentario, al señalar que: «Es claro que

las formas de acreditar la antigüedad de la obra construida —certificación del Catastro, certificación del Ayuntamiento, certificación técnica y acta notarial— constituyen una lista cerrada conforme se deduce de reiterada doctrina de este Centro Directivo».

Para terminar con los medios de prueba, es importante la reflexión que se contiene en esta Resolución cuando expresa que «no hay mención en la norma citada sobre la existencia de una jerarquía entre estas formas de acreditar antigüedad y descripción coincidente con el título. Así pues, como ha dicho este Centro Directivo (Resolución de 10 de noviembre de 2011), ante el silencio de la Ley deben entenderse todas en el mismo orden de categoría sin que deban prevalecer unas sobre otras y basta una de ellas en la que concurran los requisitos para que proceda la inscripción de la construcción».

6. EL CARÁCTER NO EXHAUSTIVO DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 20.4 TRLS

Finalmente, al ser una norma excepcional la recogida en el artículo 20.4 TRLS, parecería lógico pensar que concurriendo todos los presupuestos y requisitos contenidos en ella debería poder inscribirse la declaración de obra antigua sin que quepa exigir otros requisitos diferentes. La norma comienza con la expresión: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior (...)», referencia que según vimos debe entenderse hecha al régimen general de inscripción de declaraciones de obra nueva, contenido en realidad en los apartados 1 y 2. La conjunción adversativa empleada induce a pensar que si bien el régimen general de inscripción de las obras nuevas exige la aportación de documentación complementaria (por ejemplo, la licencia de obras o el certificado de técnico competente, etc.) la excepción permite la inscripción de las obras antiguas sin que resulte exigible ninguno de los requisitos propios de aquel régimen general.

Lo deseable sería que la regulación del régimen excepcional de la inscripción de obras antiguas se realizara de manera exhaustiva, esto es, aglutinando todos los requisitos necesarios para obtener la inscripción. Sin embargo, no sucede así, como vamos a ver seguidamente.

Existe un llamativo contraste entre el apartado 1 del artículo 20 TRLS, que contempla el régimen general de la inscripción de las declaraciones de obra nueva terminada y el apartado 4, relativo a las obras antiguas: para las primeras se exige la presentación, entre otros, de los documentos que acrediten «el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios», exigencia que no se recoge de manera expresa en el apartado 4 para las obras antiguas. El interrogante que se impone por ello es el de determinar si esta omisión significa que no son aplicables a las declaraciones de obra antigua los requisitos exigidos por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

La remisión del artículo 20.1 TRLS a la legislación reguladora de la edificación debe entenderse hecha en el sentido de ser precisa la acreditación del seguro decenal, cuando dicho seguro sea preceptivo; así como el depósito del Libro del Edificio regulado en el artículo 7 de la misma Ley. Así lo hace la Dirección General en su Resolución-Circular de 26 de julio de 2007.

La Dirección General se ha ocupado de esclarecer si estos dos requisitos exigibles para la declaración de obra nueva terminada ordinaria lo son también o no para las obras antiguas. La Resolución de 16 de mayo de 2013 concluye que solo es aplicable a ellas la exigencia del seguro decenal, pero no la relativa

al Libro del Edificio. La argumentación empleada por ella consiste, en primer lugar, en la relación con el seguro, que también es preciso acreditar su constitución para la inscripción de la obra antigua porque dicha exigencia se deduce del artículo 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, según el cual: «no se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19», en cuyo precepto no se establecen distinciones respecto a si la declaración de obra nueva de las edificaciones se realiza por antigüedad o no.

Por el contrario, y en relación con el Libro del Edificio, excusa de su aplicación por entender que «la exigencia de su depósito se refiere a las obras nuevas terminadas que se formalizan al amparo del artículo 20.1 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, pero no a las que se formalizan al amparo de su apartado cuarto en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, las llamadas obras nuevas antiguas, sin que su exigencia tampoco venga impuesta para la autorización de la escritura, ni para su inscripción, de las declaraciones de obras nuevas de edificios, ni antiguos, ni nuevos, por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, por cuanto el citado artículo 20 de dicha Ley, se refiere única y exclusivamente a las garantías del artículo 19, no al Libro del Edificio».

En definitiva, creemos que el carácter excepcional de la regulación de las obras antiguas aconsejaría que la regulación de su inscripción por el artículo 20.4 se agotara en sí misma, por lo que la referencia a dicha Ley debería haberse incluido en él de modo expreso, tal y como lo hace el apartado 1 al establecer el régimen general. No hay razón para que la aludida referencia se haya realizado solo en este último omitiéndose en el apartado 4.

NOTAS

¹ GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V, Ed. Civitas, pág. 505: «Dada la excepcionalidad del supuesto, hay que interpretar que se trata de documentos de lista cerrada o *numerus clausus*, sin que sea admisible otro, salvo el que resultara de sentencia firme de los Tribunales, que constituye una prueba de superior rango a estos efectos».

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

Los días 12 y 13 de mayo de 2014, se celebraron en Sevilla, en la sede del Colegio de Registradores de la Propiedad de Andalucía Occidental, las *II JORNADAS SOBRE DISCIPLINA URBANÍSTICA Y SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA*.

Día 12 de mayo:

Presentación.

Ponencias:

- «Actuación de la Inspección en relación con demoliciones en las zonas costeras», por doña Fabiola SÁNCHEZ DE LA CUESTA SÁNCHEZ DE IBARGÜEN, Inspectora de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Junta de Andalucía, y doña Virginia PÉREZ PINO, Inspectora de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Junta de Andalucía.
- «Demoliciones urbanísticas y Registro de la Propiedad», por don Jesús CAMY ESCOBAR, Registrador de la Propiedad.
- «Aspectos técnicos de las demoliciones urbanísticas: Coordinación y unificación de lenguajes entre la Inspección y el Registro», por don Joaquín DELGADO RAMOS, Registrador de la Propiedad, y doña Luisa TERESA CHAMIZO CALVO, Inspectora de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

Día 13 de mayo:

- «Demoliciones urbanísticas: La perspectiva de la Fiscalía», por doña Yolanda ORTIZ MALLOL, Fiscal especialista en materia urbanística de Sevilla.
- «Demoliciones urbanísticas: perspectiva judicial», por don Joaquín YUST ESCOBAR, Magistrado-Juez de lo Penal.

- «Novedades legislativas y jurisprudenciales en materia de demoliciones urbanísticas», por don Francisco Javier RUIZ BURSÓN, Inspector de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Junta de Andalucía.

Conclusiones y despedida.

ARAGÓN

El 11 de marzo, organizada por la Sección de Derecho Tributario del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, tuvo lugar la CHARLA INFORMATIVA DE LA AGENCIA TRIBUTARIA, *EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CRITERIO DE CAJA EN EL IVA*, a cargo de don Sergio RUIZ GARROS, Inspector de Hacienda del Estado.

* * *

Del 12 de marzo al 9 de abril, se celebró el CURSO PRÁCTICO SOBRE *EL DERECHO FORAL DE ARAGÓN*, organizado por el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, con el siguiente programa:

Día 12 de marzo:

Introducción (en particular *Standum est Chartae*):

- «Derecho de la persona (capacidad, autoridad familiar, Junta de parientes), Derecho Civil Patrimonial (vecindad, servidumbres, abolorio)». Ponente: Don David ARBUÉS AISA, abogado.

Día 19 de marzo:

- «Régimen económico-matrimonial (efectos del matrimonio, parejas estables, capítulos, separación de bienes), viudedad (durante el matrimonio, usufructo viudal)». Ponente: Don Manuel SERRANO BONAFONTE, exmagistrado TSJA.

Día 26 de marzo:

- «Consortio conyugal (bienes comunes y privativos, deudas, gestión, disolución y liquidación)». Ponente: Don Daniel BELLIDO DIEGO-MADRAZO, abogado.

Día 2 de abril:

- «Sucesiones (capacidad e indignidad, sustitución, aceptación y repudiación, colación y partición, consorcio foral), sucesión voluntaria (desig-

nación, legado, derecho de acrecer, clases de testamentos, invalidez e ineficacia), sucesión paccionada».

Ponente: Don Fernando GIMÉNEZ VILLAR, notario.

Día 9 de abril:

- «Fiducia (herencia pendiente de asignación, ejecución, extinción), legítima (cuantía, preterición, desheredación, exclusión, intangibilidad, acciones), sucesión legal (orden, recobro de liberalidades, sucesión troncal, sucesión en defecto de parientes y cónyuge)».

Ponente: Don Luis GIL NOGUERAS, magistrado-juez.

* * *

Los días 3 y 4 de abril, en la Universidad de Zaragoza, tuvo lugar el CONGRESO: *VIVIENDA Y CRISIS ECONÓMICA. ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS PROPUESTAS PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS DE VIVIENDA PROVOCADOS POR LA CRISIS ECONÓMICA*, con el siguiente programa:

Día 3 de abril:

Apertura oficial del Congreso:

Don Manuel LÓPEZ, rector de la Universidad de Zaragoza; don Juan Alberto BELLOCH, alcalde de Zaragoza; don Sergio LARRAGA MARTÍNEZ, director de Consumo del Gobierno de Aragón; don Juan GARCÍA BLASCO, decano de la Facultad de Derecho, y doña M.^a Teresa ALONSO PÉREZ, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

Conferencia inaugural:

- «El (escondido) derecho a la vivienda y su posible actuación por los operadores jurídicos», por don Gabriel GARCÍA CANTERO, Catedrático de Derecho Civil.

Ponencias:

Fase precontractual y de perfección del préstamo hipotecario para adquisición de vivienda:

- «Nuevos instrumentos de protección precontractual en la contratación bancaria de préstamos hipotecarios», por doña Esther HERNÁNDEZ SÁIZ, profesora de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza.
- «La protección del consumidor por parte del notario en el momento de otorgamiento de la escritura», por don José Manuel MARTÍNEZ SÁNCHEZ, notario. Ilustre Colegio Notarial de Aragón.

- «Préstamo responsable. Consultas y reclamaciones», por don Julio GIL, Banco de España, Jefe de la división de relaciones con la clientela bancaria.
- «Regulación del mercado hipotecario y protección del deudor hipotecario. En particular, las entidades de tasación», por don Pedro BUESO GUILLÉN, profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza.

Cláusulas abusivas:

- «Las cláusulas de interés moratorio y de vencimiento anticipado», por doña M.^a Teresa ALONSO PÉREZ, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.
- «La cláusula suelo y la STS de 9 de mayo de 2013», por don Alberto CARDONA, abogado, delegado de AUSBANC de Aragón.
- «La posibilidad del registrador de controlar el carácter abusivo de las cláusulas en el momento de la inscripción», por don Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Registrador de la Propiedad, Decanato de los Registradores de Aragón.

Aspectos procesales de la ejecución de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda:

- «Venta extrajudicial: el nuevo artículo 129 de la Ley Hipotecaria», por don Miguel VIELA CASTRANADO, notario. Ilustre Colegio Notarial de Aragón.
- «Especialidades de la oposición basada en cláusulas abusivas», por don Juan Ignacio MEDRANO SÁNCHEZ, magistrado de la Audiencia Provincial de Zaragoza.
- «Otras modificaciones en el proceso especial de ejecución hipotecaria», por don Alberto LAFUENTE TORRALBA, profesor de Derecho Procesal Universidad de Zaragoza.

Día 4 de abril:

Destinatarios de las medidas:

- «El ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios y sus (restrictivos) criterios delimitadores», por doña Aurora LÓPEZ AZCONA, profesora de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.

¿Es la dación en pago una solución?:

- «La dación en pago en la regulación más reciente», por don Miguel LACRUZ MANTECÓN, profesor titular de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.

- «Las implicaciones jurídico-económicas de la dación en pago», por doña Dulce M.^a CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Registradora de la Propiedad, Decanato de los Registradores de Aragón.

Políticas tendentes a solucionar el problema de la vivienda en tiempos de crisis:

- «Las medidas adoptadas en relación con el arrendamiento de vivienda», por doña Marta SALANOVA VILLANUEVA, profesora de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.
- «Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social», por doña Elisa MOREU CARBONELL, profesora titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.
- «Las políticas públicas preventivas en relación a la presencia de cláusulas abusivas en contratos relacionados con adquisición y financiación de vivienda y actividad de control de mercado», por don Javier MASIP USÓN, Jefe de Sección de Control de Mercado, Dirección General de Consumo, Gobierno de Aragón.
- «Programa de asesoramiento y mediación en deuda hipotecaria», por doña Cristina SERRANO ENTIO, abogada, directora de la Secretaría Técnica de la Vivienda de Zaragoza.

Presentación del libro «Vivienda y crisis económica»:

Don Julio TEJEDOR BIELSA, codirector de la Cátedra Zaragoza Vivienda y profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.

Clausura del Congreso:

Don Antonio MORÁN DURÁN, decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza; don Juan GARCÍA BLASCO, decano de la Facultad de Derecho; doña Belinda LÓPEZ MESA, codirectiva de la Cátedra Zaragoza Vivienda; don Julio TEJEDOR BLESÁ, codirector de la Cátedra Zaragoza Vivienda, y doña M.^a Teresa ALONSO PÉREZ, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

MADRID

El día 25 de febrero de 2014, a invitación de la representación en Madrid del Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD), con motivo de la nueva publicación de la obra de Ernst Forsthoff, *EL ESTADO DE LA SOCIEDAD*

INDUSTRIAL, varios profesores de Universidad y los editores y traductores de la edición, debatieron sobre las aportaciones de Forsthoff (1902-1974) acerca de cuestiones como la evolución constitucional de Alemania, el Estado Social, los valores y los Derechos Fundamentales, las relaciones entre Parlamento y Administración, el papel del Tribunal Constitucional, y la hipotética validez del análisis del autor alemán respecto a la situación actual de Alemania y España.

Participantes:

Don Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, catedrático emérito de Derecho Administrativo (UCM); don Francisco LAPORTA SAN MIGUEL, catedrático de Filosofía del Derecho (UAM); don Germán GÓMEZ ORFANEL, catedrático de Derecho Constitucional (UCM); don Celestino PARDO NÚÑEZ, Registrador de la Propiedad, secretario de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo; don Jaime NICOLÁS MUÑIZ, administrador civil del Estado, y don Luis LÓPEZ GUERRA, catedrático de Derecho Constitucional (Universidad Carlos III), editores y traductores de la obra.

* * *

El día 29 de abril de 2014, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *ESTADOS DE DERECHO: JUSTOS E INJUSTOS*.

Ponente: Don Mario BUNGE, profesor emérito de la Universidad McGill (Canadá), Premio Príncipe de Asturias 1982.

Contraponente: Don Ernesto GARZÓN VALDÉS, profesor emérito de la Universidad de Maguncia (Alemania), Medalla Goethe 1986, Presidente de la Fundación.

Moderador: Don Manuel ATIENZA, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante.

VALENCIA

El día 15 mayo de 2014 se celebró en el decanato autonómico del Colegio de Registradores de la Propiedad de la Comunidad Valenciana una JORNADA: *¿Y AHORA QUÉ? HACIA UNA LEY DE SEGUNDA OPORTUNIDAD*.

La mesa redonda se programó para reflexionar acerca del problema del sobreendeudamiento familiar, visto desde una perspectiva no solo jurídica, sino también social. La jornada se inscribe dentro del programa «Hacia un nuevo

espacio europeo de Justicia: reconocimiento mutuo, aproximación de legislaciones y e-justicia» de la Universidad de Valencia.

La decana autonómica de los registradores, María Emilia Adán García, fue la encargada de presentar el debate, en el que participaron también Francisco J. Fonseca, director de la representación de la Comisión Europea en España, Pedro Luis Vígner, juez decano de Valencia, Francisco de Paula Blasco, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, Pía Calderón, magistrada del TSJ, y Vicente Guilarte, vocal del Consejo General del Poder Judicial.

En su intervención, María Emilia Adán recordó, en relación a este acuciante problema, que «algunas familias no podrán remontar por el lastre que supone para ellas que, perdidos todos sus bienes, subsistan sus deudas», al tiempo que ha reconocido que «los juristas hemos fracasado a la hora de dar solución a los problemas de sobreendeudamiento de las personas físicas». Para Adán, «es hora de que trabajemos para ofrecerles una segunda oportunidad, si bien cualquier solución debe pasar por un equilibrio entre las partes, acreedora y deudora, de modo que pretendiendo ayudar al deudor no le condenemos al exilio fuera del sistema crediticio». La clausura del acto, celebrado en el decanato autonómico de los registradores, ha corrido a cargo de Pilar de la Oliva, presidenta del TSJ de la Comunitat Valenciana.

Mercado hipotecario, el importe medio del crédito hipotecario solicitado para compraventa de vivienda en 2013 fue de 100.841 euros en España y 74.669 en la Comunitat Valenciana, donde se produjo una bajada del 9,61 por 100 en relación a 2012.

Con un tipo de interés medio del 4,14 por 100 en la Comunitat Valenciana y 4,02 por 100 en España, la duración media de los nuevos créditos experimentó una bajada del 3,09 por 100 en la Comunitat Valenciana, situándose en 251 meses. Por último, la cuota de la hipoteca y el porcentaje en relación al coste salarial mensual fue de 445 euros y 26,51 por 100 en la Comunitat Valenciana, por 569 euros y 30,4 por 100 en España. Todos estos datos forman parte del informe dado a conocer recientemente por los registradores en relación con la Estadística Registral Inmobiliaria correspondiente al año 2013.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 1441 págs.

por

MARÍA TERESA ÁLVAREZ MORENO
Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

La editorial Thomson Reuters Aranzadi ha lanzado recientemente al mercado unos *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, dirigidos por Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ. No es fácil hablar de crédito, y menos cuando nuestra economía aún se resiente de los efectos de la crisis, que han provocado una minoración del crédito por las entidades bancarias, tanto en el caso de créditos al consumo, como de aquellos garantizados con hipoteca. Pero al mismo tiempo era una publicación necesaria, fundamentalmente por dos motivos: por los importantes cambios introducidos a partir de la Directiva 2008/48 en la materia, y segundo, porque la nueva Ley de Contratos de Crédito al Consumo (Ley 16/2011) es una norma compleja, con múltiples aspectos que requería un comentario exegético para su adecuada comprensión.

La finalidad de comentar la Ley de contratos de crédito al consumo no puede afrontarse de una manera aislada e independiente, porque forma parte de un sistema jurídico más complejo, con múltiples referencias y niveles. En cuanto norma especial, no es la única sobre la materia, dado que la protección del consumidor en el crédito no solo se recoge en la Ley 16/2011, sino que se encuentra dispersa, por lo que también se regulan aspectos del crédito de consumo en normas como la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos, y en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, o la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura. Sin duda, la punta de lanza de esta normativa es precisamente la Ley 16/2011, comentada por los autores, y a partir del comentario articulado de la misma se traen a colación los preceptos afectados de las normas mencionadas, en los que pueden establecerse regulaciones específicas sobre las materias que tratan. Y en materias conexas con el crédito, enmarcadas en el ámbito de la normativa sectorial bancaria, también ha de tenerse en cuenta su regulación específica, puesto que incide en los prestamistas que sean a su vez entidades de crédito, y que repercute, en definitiva, sobre la protección del consumidor en el crédito de consumo. Y, por último, en cuanto norma tuitiva de los consumidores, debe también ponerse en relación con la norma general de protección de los consumidores (TRLUCU).

M. J. MARÍN LÓPEZ era la persona adecuada para dirigir este tipo de obra, habida cuenta de su larga trayectoria de investigación en esta materia, y todas las publicaciones y estudios previos en la materia, desde la monografía sobre «La compraventa financiada de bienes de consumo» (Aranzadi, 2000) especialmente

en el marco de los contratos vinculados (recuérdese la pluralidad de artículos publicados por este autor sobre el tema, o su monografía sobre «Crédito al consumo y contratos vinculados: estudio jurisprudencial», Aranzadi, 2010), que él mismo comenta también en esta sede. Su trabajo en estos Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo no se limita a la dirección y coordinación de los autores participantes, sino que aporta el esqueleto central objeto de estudio. Así, en relación con las disposiciones generales, analiza MARÍN el ámbito de aplicación de la ley, el concepto de contrato de crédito y (art. 1) de las partes en el contrato (art. 2.1.º y 2.º). En relación con los contratos vinculados, estudia MARÍN los artículos 23, 26 y 29. En el comentario al artículo 26 analiza la vinculación entre los contratos de préstamo y de consumo en la ley, para destacar la posibilidad de obtener la ineficacia del contrato crediticio, una vez declarada la ineficacia del contrato de consumo, y especialmente la liquidación de dichos contratos, y las reglas aplicables (que se estudian en el comentario al art. 23). Y en el comentario al artículo 29 se analizan los cambios operados en la ley en relación con los requisitos para la existencia de los contratos vinculados y los derechos que el consumidor puede ejercitar frente al prestamista. Por último, comenta MARÍN la Disposición Derogatoria y algunas de las Disposiciones Finales (1.ª-2.ª y 5.ª-7.ª), de entre las que debemos destacar el comentario a la Disposición Final segunda, en la que se analiza la modificación de la Ley de venta a plazos de bienes muebles y la articulación de las relaciones entre ambas normas.

MARÍN LÓPEZ está rodeado en estos Comentarios por un nutrido grupo de civilistas que contribuyen al éxito de la empresa, porque todos ellos son reputados investigadores, participes de distintos proyectos de investigación en este campo, de alcance nacional o autonómico, y con numerosas publicaciones en el ámbito de consumo. Señalemos sus aportaciones, aunque sea de un modo genérico, siguiendo, en la medida de lo posible, el orden de su participación, aunque el reparto entre ellos responde a criterios temáticos:

PEÑA LÓPEZ analiza la figura del intermediario del crédito (en el comentario del art. 2.3), su régimen jurídico y las obligaciones que este asume frente al consumidor (art. 33) y se adentra en cuestiones netamente económicas, como la modificación del coste total del crédito (comentario al art. 22) o el reembolso anticipado (art. 30), en el que tanto se tiene en cuenta la facultad del consumidor de amortizar anticipadamente el crédito, como el derecho de compensación del prestamista.

DÍEZ GARCÍA se ocupa de comentar los contratos excluidos de la ley (art. 3) o parcialmente excluidos (arts. 4.4 y 4.5), como son aquellos concertados con garantía de carácter real, los excluidos por razón de su destino, o de la naturaleza del acuerdo, o bien por su cuantía [en cuyo caso debe ponerse en relación con los contratos parcialmente excluidos por exceder del tope máximo (art. 4.5) o por la inclusión de acuerdos de refinanciación].

ÁLVAREZ OLALLA analiza el régimen del descubierto, expreso o tácito, así como las obligaciones de información que pueden derivarse en cada caso, motivo por el cual comenta los artículos 17, 19 y 20 de la LCCC. Con carácter previo a dicho análisis, explica aquellos supuestos en que se produce una aplicación parcial de la Ley en caso de descubierto, cuestión que necesariamente debe ponerse en relación con la regulación de esta materia en la normativa sectorial bancaria (comentario al art. 4.1.º a 3.º).

GARCÍA VICENTE y HEREDIA CERVANTES se ocupan del comentario al artículo 5, dedicado al carácter imperativo de la aplicación de la ley desde la perspectiva interna e internacional, respectivamente. Ello permite a GARCÍA VICENTE estudiar

la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos a los consumidores con carácter previo, y la nulidad de los actos *contra legem*. Trata también este autor, en el comentario del artículo 28, del derecho de desistimiento, su ejercicio y las consecuencias del mismo, inclusive sobre contratos complementarios al de crédito de consumo. Aborda, por último, el comentario del artículo 31 de la LCCC, en el que analiza tanto la cesión de contrato, como la cesión del crédito a un tercero.

BUSTO LAGO se ocupa de comentar todos los artículos relacionados con la información precontractual que se contienen en la Ley. Con la claridad habitual de su prosa, analiza los requisitos de la información y la sanción pertinente en caso de incumplimiento de los mismos (comentario al art. 7), el contenido de la información previa al contrato que ha de facilitarse al consumidor (art. 10 y Anexos II y III LCCC), incluidos los contratos de crédito con información limitada, regulados en el artículo 12, o las excepciones a los requisitos de información del artículo 13.

ÁLVAREZ LATA aborda algunos preceptos relacionados con los derechos del consumidor en relación con el crédito responsable. Así, en el comentario del artículo 11, analiza la asistencia al consumidor con carácter previo al contrato, y las explicaciones adecuadas que se le deben facilitar para evaluar si el contrato propuesto se ajusta a sus necesidades, sin dejar de lado su correlación necesaria con el crédito responsable. Y en conexión con ello, comenta también el artículo 14, relativo a la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor y la configuración de dicha obligación en la ley. Y en el comentario del artículo 15, la mencionada autora analiza el acceso a los ficheros de solvencia patrimonial. Por último, comenta también la Disposición Transitoria, insistiendo en la no aplicación retroactiva de la norma, salvo en la adaptación a ciertas reglas de los contratos de crédito de duración indefinida.

ARROYO AMAYUELAS comenta los dos preceptos dedicados a la forma: el artículo 16, en el que analiza la forma y el contenido mínimo obligatorio del contrato, así como la entrega del ejemplar del contrato; y el artículo 21, que se dedica a la sanción aplicable en caso de infracción de la forma interna y/o externa exigidas.

QUICIOS MOLINA comenta los artículos 25, 27 y 36. En el 25 aborda el análisis de los cobros indebidos derivados del crédito al consumo, tanto si se han realizado con o sin culpa del prestamista. En el comentario del artículo 27 explica los supuestos en que las partes tienen derecho a poner fin a los contratos de duración indefinida, así como la extinción de los contratos accesorios a estos. Por último, en el artículo 36, QUICIOS estudia la inserción en la LCCC de la acción de cesación, analizando tanto la técnica legislativa utilizada para establecerla, como el objeto, los legitimados activos, y demás cuestiones procesales que esta acción colectiva plantea.

Algunas cuestiones de carácter netamente económico o financiero, y de perspectiva mucho más práctica, corren a cargo de notarios, como es el caso de NIETO CAROL, quien se encarga del comentario del artículo 6, en el que analiza el contenido económico del contrato, con una clara explicación de los componentes del coste total del crédito y del modo de calcularlo. Así por ejemplo, ahonda en componentes como la tasa anual equivalente o el tipo deudor, cuestión a la que se enfrenta de nuevo en el comentario del artículo 18, para determinar las posibles modificaciones que puedan darse del tipo deudor, así como la obligación del prestamista de informar sobre los mismos. Por su parte, SERRANO DE NICOLÁS se ocupa de comentar los artículos 8 y 9, centrados en la oferta vinculante para la celebración del contrato, y la información básica que obligatoriamente debe constar en la publicidad que se haga. Por último, SÁNCHEZ SÁNCHEZ analiza en el artículo 32, todas las cuestiones relacionadas con el cálculo de la tasa anual equivalente, y cómo esta debería reformarse para representar el precio del crédito. Igualmente,

esta autora analiza los supuestos en que la LCCC deslegaliza la creación de otros posibles supuestos para el cálculo de la tasa anual equivalente, en el comentario a la Disposición Final cuarta de la Ley.

Fuera del ámbito estrictamente civil, otros cuatro profesores aportan su contribución a este estudio: El ya citado HEREDIA CERVANTES, quien comenta los contratos internacionales en este ámbito (en el comentario al art. 5.3). PETIT LAVALL se ocupa de una cuestión netamente mercantil, al comentar el artículo 24, dedicado a las obligaciones cambiarias, haciendo especial hincapié en la protección del consumidor de crédito cuando se utilizan efectos cambiarios. IZQUIERDO CARRASCO aborda el estudio del régimen sancionador, es decir, las infracciones y sanciones administrativas que pueden darse en este ámbito, tanto para las entidades de crédito, como para sujetos distintos a estas. MARCOS FRANCISCO comenta el artículo 35, relativo al sistema de reclamación extrajudicial, ya sea en relación con el derecho interno, y en consecuencia también con el arbitraje de consumo; o bien sea con un contrato transfronterizo que permita la posibilidad de cooperación extrajudicial, o bien someterse a soluciones extrajudiciales europeas en sede de consumo o de servicios financieros.

Revisado a vuela pluma el contenido de la obra, podemos señalar que es francamente interesante el tratamiento práctico de cada precepto, para poder tener una visión de conjunto, no solo desde el punto de vista dogmático, sino también los problemas que se presentan en la práctica.

En términos generales, es difícil encontrar un comentario a una norma que tenga un contenido tan completo, y al mismo tiempo tan exhaustivo. Pese a la variedad de los autores, y sus distintas maneras de expresarse, el contenido resulta brillante y homogéneo. Estos Comentarios han cubierto un importante vacío existente en este sector, puesto que nadie se había atrevido a dirigir una obra de esta envergadura, aunando el esfuerzo y el saber hacer de autores que pese a su «juventud»¹, tienen detrás de sí el peso y el nombre de una buena obra.

NOTAS

¹ El profesor CARRASCO en la presentación editorial de estos Comentarios, se refirió a este conjunto de civilistas como la «generación 30-40».

MAYOR DEL HOYO, María Victoria: *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad. Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, 136 págs.

por

ANTONIO LEGERÉN MOLINA
Profesor Contratado-Doctor
Universidad de A Coruña

La obra objeto de esta reseña versa sobre un tema de evidente actualidad y que no está adecuadamente resuelto en el Código Civil: la *protección funcional* de las personas con discapacidad; esto es, el modo de resolver las situaciones de

desprotección real en que se pueden encontrar tales personas a pesar de estar bajo el amparo de alguna figura de guarda legal.

Por lo que se refiere a las cuestiones generales de la monografía es preciso señalar que está compuesta de ocho capítulos de desigual extensión; cuestión formal que en nada desmerece al contenido general, que está muy bien redactado y se lee cómodamente. La buena escritura tiene la ventaja de que va introduciendo al lector de manera paulatina en la materia, pero también supone cierto «peligro» pues, como te va «llevando de la mano», vas progresando página a página sin casi darte cuenta del trecho que llevas avanzado. Asimismo, hay que reconocer el mérito de la autora por efectuar un estudio del artículo 239.3 del Código Civil. Y es que, como menciona en el libro, se trata de un precepto cuya principal característica es que tiene «incorrecciones técnicas, problemas de aplicación», y cuando se introdujo la figura en él contenida, se hizo «de forma incompleta» (pág. 12). Finalmente, y antes de analizar más en detalle las partes de la obra, cabe indicar que en el estudio se contiene y se cita toda la bibliografía que en la actualidad existe sobre esta temática. No hay casi referencias jurisprudenciales por el mero hecho de que sobre esta materia son muy pocas las resoluciones dictadas, y las que hay proceden de primeras instancias y no siempre son del todo acertadas, por lo que su ausencia en la obra no perjudica al conjunto de la misma.

El objetivo que se persigue en este trabajo queda bien centrado en la *Introducción*: partir del examen de «la regulación jurídico-privada de la protección de las personas con discapacidad», para estudiar de manera detenida el «nuevo modelo» de protección funcional introducido por el artículo 239.3 del Código Civil (págs. 11 y 12). Ante la falta de complitud que presenta el texto legislativo, a lo largo del escrito se efectúan una serie de propuestas *de lege ferenda* a que luego aludiremos.

Tras la breve *Introducción* —contenida en el Capítulo I— se contienen otros tres que sitúan al lector respecto de la materia que se va a analizar. En el Capítulo II se alude a la regulación de la capacidad en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006. En esta parte, como no podía ser de otro modo, se incluyen conceptos básicos como la discapacidad o la incapacitación —incidiendo, en este caso, en su dimensión positiva y protectora, a pesar de su terminología—, se señala el *status quaestionis* respecto de la división entre capacidad jurídica y de obrar —a mi juicio y, de acuerdo con la autora, mantenida por la propia Convención, aunque sea con otra denominación—, y se apunta la nueva sensibilidad introducida por dicho instrumento internacional conforme a la que ha de potenciarse, en lo posible, la autonomía vital y jurídica de las personas con discapacidad, sin descuidar, por ello, su necesaria protección. Este capítulo concluye con la mención de las normas que en nuestro ordenamiento jurídico han traspuesto —de manera incompleta— el contenido de la Convención: fundamentalmente la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En el ámbito legislativo, el último paso que se ha dado tuvo lugar el 19 de diciembre de 2012 con la aprobación de una Proposición no de Ley donde el Congreso de los Diputados instaba al Gobierno a remitir, en el plazo de tres meses, el Proyecto de Ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención (cfr. Disposición Adicional 7.^a de la Ley 26/2011). De todos modos, a día de hoy, la remisión de tal Proyecto de Ley aún no se ha efectuado.

Los dos capítulos siguientes —el III y el IV— terminan de delinear el marco en que ha de encuadrarse la figura introducida por el artículo 239.3 del Código

Civil. Uno de ellos se dedica a la *protección institucional* que contiene el Código Civil —las instituciones legales que cabe arbitrar como medidas tuitivas de menores e incapacitados— y otro a la *protección funcional*; esto es, a las medidas que cabe establecer cuando una persona, institucionalmente protegida, ya sea por medio de tutela, patria potestad u otra figura, está en situación de *desprotección real*. El análisis de ambos tipos de protección se efectúa tanto respecto de los menores como de los incapacitados. Este estudio comparativo permite concluir que mientras que aquellos gozan de una protección institucional y funcional, estos carecen de esta última; laguna que intentó colmar el legislador con el precepto que comentamos aunque de manera más que insuficiente. En efecto, mientras que en la protección institucional de menores e incapaces existen una serie de piezas o figuras que componen un «puzzle perfecto en el que cada una encaja en el hueco que el legislador ha previsto» (pág. 28) —patria potestad, asistencia, tutela, curatela y defensor judicial por lo que hace a los menores; y patria potestad prorrogada o rehabilitada, tutela, curatela y defensor judicial respecto de los incapacitados— no sucede lo mismo en el ámbito funcional. En este ámbito se aprecia una evolución desapareja: mientras que respecto de los menores, por medio de diversas reformas legales, se introdujo la tutela y la guarda administrativa ante una situación real de desamparo —o para evitarlo—, hasta el año 2003 nada se contemplaba en el ordenamiento jurídico respecto de los incapacitados, no siendo de aplicación análoga las figuras referidas a menores.

Como se ha dicho, a fin de rellenar este hueco, el legislador introdujo el artículo 239.3 en el Código Civil por medio de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. De entrada, sorprende que la figura tuitiva introducida en dicho precepto sea fruto de una ley de neto contenido patrimonial en la que, además, no queda claramente determinado el ámbito personal al que se aplica: a veces parece referirse a las personas con discapacidad y en otras parece exigir sentencia de incapacitación. Junto con ello, el carácter tangencial de tal disposición en el marco de dicha Ley explica los numerosos errores que contiene y que en la obra se desgranar: desorden sintáctico, falta de concreción de los supuestos de hecho, lenguaje poco preciso desde un punto de vista técnico, etc. De entre ellos, destaca la falta de rigor en la determinación de los destinatarios: el artículo 239.3 del Código Civil no señala con claridad si solo se refiere a incapacitados —como defiende la autora— o incluye también a los incapaces naturales —como defienden otros autores—. En el texto se desestima esta última posibilidad con una serie de argumentos lógicos, aunque la ambigüedad y la falta de técnica de la norma permite defender también la otra opinión. Por tanto, a pesar de ser la protección funcional una demanda muy solicitada por la doctrina, ha sido criticada con la misma intensidad: el legislador ha efectuado un tímido acercamiento a la protección funcional de los incapacitados, a todas luces insuficiente.

Los supuestos de hecho ante los que «la entidad pública (...) asumirá por ministerio de la ley» la tutela del incapaz son los dos siguientes: que «ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor» y que «este [el incapaz] se encuentre en situación de desamparo». Respecto de ellos, la autora señala que el legislador «ha utilizado la capa de la *tutela administrativa* para cobijar dos supuestos en que la Administración asume la tutela, pero que responden a estructuras jurídicas distintas» (pág. 48). En efecto, según se expone en el libro, en dicho precepto se mezclan «con una mala técnica jurídica, dos cosas bien distintas» (pág. 48): una tutela ordinaria ejercida por la entidad pública y una tutela administrativa de carácter automático cuando existe desamparo.

Por lo que se refiere al primer supuesto ante el que surge la figura tuitiva a cargo de la entidad pública —que «ninguna de las personas recogidas en el art. 234 sea nombrado tutor»— la autora indica que es «una norma de cierre en el orden de preferencias para nombrar tutor ordinario por parte del juez» (pág. 48). Si ello es así, la novedad de este primer supuesto de hecho del artículo 239.3 del Código Civil consiste únicamente en el reconocimiento legislativo de un modo de proceder al que ya se acudía en la práctica cuando no existían personas idóneas para el cargo de tutor. Ahora bien, si tal es la finalidad pretendida por el legislador, se olvidó resolver la discrepancia existente entre los artículos 235 y el 239.3 del Código Civil, pues ambos establecen una solución supletoria ante la inexistencia de tutor. De todas maneras, ha de apuntarse que este primer supuesto de hecho, así concebido, continúa moviéndose en el ámbito de la *protección institucional*. En consecuencia, es únicamente el segundo supuesto el que resulta innovador en materia de *protección funcional* de incapacitados; esto es, para los casos en que la institución de guarda legal a que estén sometidos «no les ofrezca asistencia real, hallándose de hecho desprotegidos» (pág. 54). Para remediar tales situaciones, según señala el artículo 239.3 del Código Civil, surgirá la tutela a cargo de la entidad pública. A esta «tutela administrativa» se dedica el Capítulo VI; el más extenso —lógicamente— de toda la obra.

En varios momentos de la monografía se destaca la conveniencia de la tutela administrativa, pues las situaciones de personas incapacitadas en que, pese a la protección institucional, exista una desprotección real necesariamente han de abordarse y resolverse. Con esta figura se completaría el sistema tuitivo referible a los incapacitados que, como hemos señalado, evolucionó de manera más lenta que el relativo a los menores en lo que a la protección funcional se refiere. Ahora bien, es un hecho palpable que «el legislador se limita a “introducir” la figura sin más. No regula su régimen jurídico: no hay una sola norma que la desarrolle. Y tampoco realiza ninguna remisión a otras normas (...) Con lo cual existe un vacío normativo que dificulta considerablemente la aplicación de la figura creando inseguridad jurídica» (pág. 60). En tal sentido, la autora ofrece una explicación de la tutela administrativa introducida por el artículo 239.3 del Código Civil, adaptada a la realidad de los incapacitados a la vista de que no en todo caso resultan aplicables por analogía las normas de la tutela administrativa de menores.

En primer lugar se critica —y a mi juicio, con acierto— la ubicación sistemática del artículo 239.3 del Código Civil y se sugiere una alternativa: añadir un capítulo específico —el VI— al final del Título X del Libro I del Código Civil, que se dedicaría al desamparo de menores e incapacitados, ocupando los preceptos que actualmente están vacíos de contenido —los arts. 307 a 313 CC—. A continuación se analizan los elementos personales de la tutela administrativa. Por lo que hace al sujeto pasivo, el artículo 239.3 del Código Civil menciona al *incapaz*. La profesora MAYOR DEL HOYO entiende que dicho término única y exclusivamente alude a las personas cuya capacidad de obrar está judicialmente modificada, excluyendo a los incapaces naturales. Ello resulta perfectamente coherente con la configuración de la tutela administrativa como una tutela ordinaria, pero de carácter especial (págs. 65, 79 y 87). Admitir lo contrario supondría, como bien se señala, una quiebra en el sistema diseñado por el Código Civil para la capacidad y no parece haber sido tal la finalidad del legislador (págs. 64 a 66). Por lo que se refiere al sujeto activo de la tutela, viene determinado por el propio precepto: «la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces». En la obra se desgranar de manera totalmente correcta los dos criterios competenciales de atribución de la tutela contenidos en dicho inciso: el objetivo y el territorial.

En lo que atañe al supuesto de hecho ante el que surge la tutela administrativa —que *«este se encuentre en situación de desamparo»*—, viene configurado por el desamparo que, como bien se apunta, es una situación de hecho (pág. 77), que puede proceder de la falta de ejercicio o de un ejercicio deficiente de los deberes de protección establecidos por las leyes (pág. 77), que las causas que lo motiven resultan indiferentes (pág. 80) y que ha de producir, en todo caso, un resultado específico: la desatención material o moral (pág. 81). En este ámbito se ha de reconocer la dificultad existente, y que la autora pone de manifiesto, para señalar quién habría de ser la persona a la que *le incumben* los deberes establecidos por las leyes, si en esta tutela se comprendiesen también los incapaces naturales. Al margen de esta cuestión, el reconocimiento de la situación de hecho del desamparo corresponde, como parece lógico, a la Administración por medio de una resolución administrativa que, por analogía con el artículo 172.6 del Código Civil, es recurrible ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa.

Delimitados los elementos personales y el supuesto de hecho, la obra continúa con el examen de las características, el contenido y el modo de ejercicio de la tutela administrativa de las personas incapacitadas; figura que es concebida por la profesora MAYOR DEL HOYO, como hemos dicho, como «una tutela en sentido estricto, aunque un tanto especial» (pág. 87). A modo de síntesis de lo que la autora señala, el contenido de la tutela administrativa «queda dibujado en términos absolutos por las normas propias de la tutela: guarda del incapacitado —art. 269 CC—, administración de sus bienes —art. 270 CC— y representación —art. 267 CC—. Pero, después, el contenido de cada tutela concreta vendrá determinado, dentro de esas líneas que delimitan el contorno genérico de la figura, por la correspondiente sentencia que modifique la capacidad de obrar, dado que en ella consta la graduación de dicha capacidad y, por tanto, las necesidades tuitivas de esa persona, que no han sido satisfechas por quien ostentaba la correspondiente potestad» (pág. 91). Este capítulo sexto termina con un examen de la vigilancia de esta modalidad de tutela por parte del Ministerio Fiscal y la posibilidad de inscribirla en el Registro Civil de acuerdo con el artículo 75 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil.

Los dos últimos capítulos resultan, a mi juicio, extraordinariamente novedosos y una apuesta de futuro que efectúa la autora. En efecto, ya hemos dicho que el artículo 239.3 del Código Civil hizo un tímido acercamiento a la protección funcional sin establecer los modos de llevarla a cabo. Tal es la tarea que aborda con acierto la profesora MAYOR DEL HOYO en estos capítulos. En el Capítulo VII alude a la guarda administrativa de los incapacitados que habría que introducir en la regulación para cuando se prevea un desamparo futuro y, precisamente para evitarlo (págs. 99 y 100). En efecto, al igual que sucede con los menores, también puede haber situaciones complicadas para los encargados de la guarda legal de los incapacitados que les dificulten o imposibiliten temporalmente el ejercicio de esa guarda. La instauración de la guarda administrativa para tales casos sería un beneficio directo para el propio incapacitado. Según sugiere la autora, su constitución podría realizarse previa solicitud de los padres o tutores a la Administración o por resolución judicial, pero sin que resulte posible que la entidad pública la asuma de oficio, pues todavía no ha sido decretada la situación de desamparo. En cualquier caso, la constitución de la guarda administrativa conllevaría la asunción de la guarda por la entidad pública cuyo contenido «se identificaría con el contenido personal básico de la patria potestad o de la tutela, debiéndose prestar especial atención a las previsiones concretas de la sentencia de incapacitación» (pág. 103). Así las cosas, en el resto del capítulo la autora analiza los efectos de la

constitución de tal guarda, los motivos o causas de cese, así como su posibilidad de anotación registral.

Algo similar a lo que se efectúa en relación a la guarda, se lleva a cabo en el Capítulo VIII, respecto del acogimiento familiar como un modo de ejercicio de la guarda —tanto en caso de tutela administrativa como de guarda administrativa— que bien puede aplicarse —con las necesarias adaptaciones— a los incapacitados. La introducción de esta figura supondría acercar nuestro ordenamiento a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas de 2006, pues se daría preferencia a la familia o al entorno familiar en el mundo de la discapacidad, así como se garantizaría un mayor respeto a la voluntad y preferencias de la persona (pág. 111). En las páginas que siguen, la profesora MAYOR DEL HOYO delinea las características de este acogimiento: su contenido se identificaría con el aspecto personal de la patria potestad y la tutela (pág. 112), podría ser residencial o familiar, sin necesidad de mantener, en este último caso, la división tripartita existente para los menores (págs. 112 y 115 y sigs.), podrían ser acogedores tanto una persona sola como varias (pág. 113), y su constitución podría realizarse mediante resolución administrativa —cuando sea un modo de ejercer la guarda inherente a la tutela o a la guarda administrativa— o por medio de un escrito —cuando, no mediando tales figuras, se constituya voluntariamente por las partes implicadas—; eso sí, con la correspondiente autorización, bien de la Administración, bien del juez. El contenido de ese escrito es objeto de análisis detallado por la autora, que concluye el capítulo señalando los supuestos en que cesaría tal acogimiento (pág. 126).

Examinado de manera somera el contenido general de la obra —pues hay otros muchos aspectos que serían dignos de comentar—, solo me resta señalar tres cuestiones. La primera: a lo largo de la obra se hacen referencias continuas al Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, pues, como se señala, fue la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona —ahora recogida en dicho Código— la primera que reguló de manera completa un sistema de protección funcional de los incapacitados. En efecto, fundamentalmente en los artículos 118 a 122 y 160 y siguientes se contiene una regulación coherente de la protección funcional —desamparo, tutela administrativa, guarda de la Administración y acogimiento de menores e incapacitados— que puede servir de ejemplo y de norma de referencia en la futura —si es que llega— regulación de la tutela administrativa en el marco del Código Civil.

La segunda: que a lo largo de las páginas de esta monografía la profesora MAYOR DEL HOYO efectúa, con acierto, una aplicación de los supuestos de autotutela del artículo 223 del Código Civil a la figura que se examina, adaptada en cada caso a las circunstancias.

Y la tercera cuestión que debo señalar es que la presente monografía constituye una obra de consulta obligada para todos aquellos que pretendan tener un conocimiento cabal de la *protección funcional* de los incapacitados. Por tal motivo, no me queda más que felicitar a su autora, pues se trata de una obra sólida, coherente y de muy amena lectura.

NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LA REVISTA CRÍTICA DE 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 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 irán 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:

Por ejemplo, STS de 22 de octubre de 2002.

— Por último contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para las citas 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.

Ejemplo: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

— *Capítulo de Libro:*

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial nombre y apellido (ed./dir./coord.), Título del libro. Ciudad: Editorial (página inicial y final).

Ejemplo: PARRA JIMÉNEZ, M.^a Á. (2000). «Comentario al artículo 211». En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentario al Código Civil*, Tomo II, Vol. 2.º Barcelona: Bosch (págs. 1764-1790).

— *Artículo:*

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, número de la revista, páginas inicial y final.

Ejemplo: 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.

Ejemplo: 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.

Ejemplo: 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 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.